

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

PEDRO HENRIQUE PROVIN RIBEIRO DA SILVA

**ABANDONO AFETIVO:
A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA**

MARÍLIA – SP
2015

PEDRO HENRIQUE PROVIN RIBEIRO DA SILVA

**ABANDONO AFETIVO:
A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para o desenvolvimento do Trabalho de Conclusão da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

Orientador: Prof. Me. César Augusto Luiz Leonardo

SILVA, Pedro Henrique Provin Ribeiro da

Abandono Afetivo: a responsabilidade civil no direito de família / Pedro Henrique Provin Ribeiro da Silva; Orientador: Prof. Me. César Augusto Luiz Leonardo.

65 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, 2015.

1. Menor 2. Abandono Afetivo. 3. Responsabilidade Civil 4. Indenização.

CDD: 342.163



Pedro Henrique Provin Ribeiro da Silva

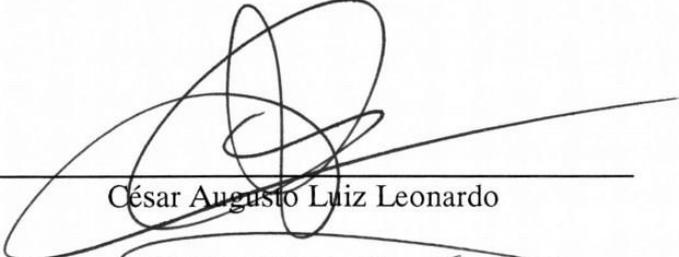
RA: 47321-9

Abandono Afetivo: A Responsabilidade Civil no Direito de Família.

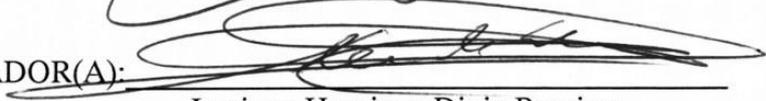
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0 (per)

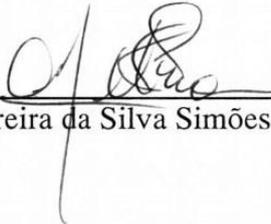
ORIENTADOR(A):


César Augusto Luiz Leonardo

1º EXAMINADOR(A):


Luciano Henrique Diniz Ramires

2º EXAMINADOR(A):


Melrian Ferreira da Silva Simões

Marília, 03 de dezembro de 2015.

Dedico este trabalho a todas as pessoas que de alguma maneira são importantes para mim, seja de longa data ou período recente, porém, que contribuíram ou ainda contribuem para meu sucesso pessoal, tornando minha caminhada mais feliz e fácil.

Aos grandes amigos da minha vida, minha segunda família, sejam eles tanto provenientes de berço universitário quanto do inigualável grupo "Nipônicos" do qual faço parte, meus irmãos de consideração e espírito e que tive a felicidade de ver meu caminho chocado aos deles, não cabendo aqui nenhum identificar e nomear, ficando apenas a minha mais sincera e infinita gratidão a cada um pela oportunidade de partilhar sempre a mais verdadeira amizade e incontáveis inesquecíveis momentos, os quais da memória jamais desaparecerão.

Aos meus familiares, por sempre terem sido comigo muito carinhosos e hospitaleiros, principalmente às minhas avós Olga e Iraci pelo jeito muito amável de ser, além de dever a elas o aprendizado sobre o valor de ser resiliente e diplomático.

Dedico especialmente ao meu pai Jorge, minha mãe Dora Lúcia e meu irmão João Augusto, por serem os grandes garantidores e protetores de todas as minhas caminhadas e que me possibilitaram chegar até aqui, preenchendo-me com todos os bons e sublimes sentimentos e ensinamentos que existem, me fazendo entender porque a família é união eterna de amor e laços de afeto, e por todos os dias me darem a chance de experimentar e saber como é possuir o verdadeiro sucesso que importa na vida: a mais pura felicidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao UNIVEM, por ter disponibilizado um perfeito apoio e aprendizado durante todo o período de graduação, tanto dentro quanto fora de sala de aula. Se por algum momento nesses 5 anos de minha caminhada eu contribuí com algo para a instituição, nada se compara ao que ela fez por mim.

A todos os Professores pelos ensinamentos de matéria e experiência de vida, por terem demonstrado todo o profissionalismo na profissão e grandeza no caráter, pois, cada um à sua maneira, tornou-me antes de qualquer espécie de profissional, um ser ainda mais justo e humano.

Ao Professor César Augusto Luiz Leonardo, pela inteligência, dedicação e clareza ao transferir seu conhecimento em sala de aula, como também em orientação, além de sempre ter se posicionado de forma profissional e atenciosa, aberto ao diálogo.

Ao Escritório de Assistência Jurídica do Univem, que durante os dois anos que ali cumpri estágio, proporcionaram-me o melhor exercício e aprendizado da prática jurídica, ensinaram-me a trabalhar e ter harmonia, além de terem se demonstrado bons amigos e colegas de profissão, sinônimos de confiança.

Aos meus colegas de graduação e aos que de alguma maneira também contribuíram dentro desta seara acadêmica, pois toda a evolução e crescimento se desenvolve pelas mais diversas maneiras, e sempre que precisei estavam dispostos a ajudar, ladeado ao mais admirável mútuo respeito e solidariedade.

Ao Universo e todas as forças e energias positivas que o regem, por ter me concedido poder suficiente para chegar até aqui.

Ao meu pai, minha mãe e meu irmão, sempre.

“Tentei mostrar-lhe que a vida de um guerreiro não é a perfeição ou vitória que se imagina, e sim o amor. O amor é a espada do guerreiro; onde quer que ela corte, trará vida e não morte.”

- DAN MILLMAN, O Caminho do Guerreiro Pacífico

SILVA, Pedro Henrique Provin da. **Abandono afetivo: a responsabilidade civil no Direito de Família**. 2015. 65 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

RESUMO

Ao longo da história, tem-se deparado com incontáveis casos de ausência dos pais em face de seus filhos, tanto no aspecto material quanto imaterial, assim os deixando em pleno abandono, principalmente afetivo, culminando em diversos danos que vieram a se agravar ao passo que os menores evoluíram. Ocorre que, até o fim do século passado, tais arbitrariedades passavam a limpo pela justiça, sem que houvesse punição suficiente para que esse grotesco costume acabasse. Desta maneira, com a chegada da nova e atual Constituição, a qual consagrou e elevou valores inerentes ao ser humano, por reflexo, as famílias tiveram seu foco modificado, sendo antes o patrimônio e agora o afeto. Assim, em decorrência do abandono afetivo paterno-filial, menores abandonados carregando consigo dores de longos anos, começaram a levar seus casos até o poder judiciário, a fim de que fossem apreciados para posteriormente obter alguma maneira que dizimasse ou atenuasse suas dores. Ainda que a doutrina e jurisprudência sempre relutou em reconhecer a responsabilidade civil dos pais infratores nos casos de abandono afetivo, naturalmente a sucessão de demandas provenientes das famílias provocou uma devagar mudança. Hoje, com uma maior valorização do afeto, discute-se a possibilidade de atribuir a responsabilização dos danos aos pais que cometeram atos ilícitos em face de seus filhos, com a posterior condenação a indenizações pecuniárias. Este trabalho tem por escopo demonstrar a possibilidade e finalidade das indenizações por abandono afetivo, sempre de acordo ao caso concreto em análise.

Palavras-chave: Menor. Abandono Afetivo. Responsabilidade Civil. Indenização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DIREITO DE FAMÍLIA	10
1.1. Conceito de família.....	10
1.2. Breve história do direito de família no Brasil.....	11
1.3. Princiologia do direito de família	13
1.3.1. Princípios gerais do direito de família	14
1.3.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana.....	15
1.3.1.2. Princípio da igualdade	17
1.3.1.3. Princípio da vedação ao retrocesso.....	18
1.3.2. Princípios específicos do direito de família.....	19
1.3.2.1. Princípio da afetividade	19
1.3.2.2. Princípio da igualdade de filiação	21
1.3.2.3. Princípio da solidariedade familiar	23
1.3.2.4. Princípio da função social da família	24
1.3.2.5. Princípio do melhor interesse da criança.....	24
1.3.2.6. Princípio da convivência familiar	25
1.3.2.7. Princípio da intervenção mínima do estado no direito de família	26
2. A AFETIVIDADE	28
2.1. Conceituação de afeto.....	28
2.2. O afeto como elemento essencial nas relações paterno-filiais	29
2.3. Afeto como valor jurídico.....	33
3. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO	37
3.1. Responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro	37
3.1.1. Elementos da responsabilidade civil subjetiva	39
3.1.2. Responsabilidade civil nas relações paterno-filiais	40
3.2. Danos decorrentes do abandono do menor.....	48
3.3. Indenização pecuniária pelos danos causados por abandono afetivo	52
3.4. Breve análise do projeto de lei do Senado nº 700/07 e projeto de lei nº 4294/08	57
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

Atualmente, é notória a evolução acerca do interesse em tratar de questões individuais e que refletem em uma coletividade. É o instituto da família, mais especificamente no âmbito do principal elemento que dá sentido a esta união: o afeto.

Uma vez que a sociedade caminha em constantes mudanças, estas significam evoluções provenientes de indivíduos que de pouco a pouco interferem na cultura e costumes de um todo, uma massa. Como de praxe, sabe-se que sempre que há mudanças e evoluções, o ordenamento jurídico, por meio do legislador, doutrinas e jurisprudências, as acompanha.

O Direito de Família, por matéria, vem sendo um dos grandes alvos desta evolução como especifica o tema do abandono afetivo, pois se faz notório no meio desta evolução que os valores que sempre foram forte característica da relação entre pais e filhos, como afeto, amor, carinho, atenção e outros, ganharam força a ponto de direcionar novos entendimentos no âmbito jurídico sobre o assunto.

Esses elementos, analisados à luz da Constituição, condizem diretamente à dignidade humana, pois, com a Constitucionalização do Direito Civil e, por consequência, do Direito de Família, os princípios consagrados em nossa Carga Magna de 1988 atribuíram aos referidos valores inerentes às entidades familiares, uma maior carga jurídica, que veio a refletir de maneira incisiva sobre as demandas afetivas apreciadas no judiciário.

Na tentativa de demonstrar a situação de incertezas que se encontra o presente tema, clareia-se em algumas questões que abrange todo e qualquer indivíduo de uma sociedade: uma vez que o afeto é um sentimento que se faz necessário ao relacionamento dos pais e filhos e a fim de obter boa evolução destes, mas não é possível ser imposto a nenhum ser humano, pois tem caráter espontâneo, o que pode ser feito a fim de prevenir os atos que possam gerar o abandono de menores? Ao passo que se faz necessário sopesar todas as hipóteses, valores, princípios que norteiam as famílias, além das necessidades do menor, para que referidos itens sejam adequadamente aplicados em cada caso concreto, por esta lógica, mostra-se justa uma indenização pecuniária pelo abandono afetivo, a fim de atenuar ou extinguir a dor do menor, com base em elementos tão abstratos e subjetivos?

A importância do estudo aprofundado do abandono afetivo, baseia-se na família contemporânea, pois, ante a referida evolução da matéria, busca-se entender o papel dos elementos inerentes às famílias, a atuação de seus valores quanto às relações paterno-filiais, a

relação dos atos ilícitos e danos, além da responsabilidade civil familiar e a obrigação de uma reparação e indenização.

O primeiro capítulo aborda brevemente a família, conceituando-a e verificando os reflexos que a inserção de princípios constitucionais no Direito de Família atribuiu à natureza das entidades famílias, tendo agora por mérito principal, não mais o patrimônio e sim o indivíduo que a compõe.

O segundo capítulo estuda o afeto em sua essencialidade, baseado no princípio da afetividade, o grande norteador das relações familiares, o qual tem por fundamento os princípios constitucionais da dignidade humana, da solidariedade e outros. Mostra também a discussão acerca da elevação do valor jurídico do afeto perante o Poder Judiciário.

Por derradeiro, encontra-se no terceiro capítulo a problemática em essência: a responsabilidade civil subjetiva dos pais calcada no descumprimento da obrigação afetiva e protetiva que os pais têm para com seus filhos menores.

A relatividade do “ser” de cada pessoa nos dá um parecer abstrato sobre os reflexos do abandono afetivo; alguns sofrem efeitos psicológicos, fisiológicos, pois se encontram desde o início do abandono sobre grande estado emocional; outros simplesmente se acolhem a realidade a qual encontram, e prosperam. Os reflexos variam, porém, se há danos, é necessário que sejam o máximo evitados, em busca de tutelar a dignidade e personalidade dos menores ausentes de afeto.

Assim, este projeto objetiva demonstrar que atendendo a um bem-estar social, moral e coletivo, a fim de evitar os referidos danos ao menor, o afeto é um valor necessário e absolutamente solidário a ser demonstrado em qualquer espécie de relação paterno-filial, ao passo que a solução mais pacífica é demonstrar o caráter didático de uma suposta indenização, não obrigando nenhum genitor a se sentir tomado por afeto e deste dispor aos filhos de maneira forçada, pois é um valor natural e assim deve ser disposto, de forma espontânea.

1. DIREITO DE FAMÍLIA

Como forma de demonstrar a importância da existência da matéria, de ser regulada por diversos dispositivos e Carta Magna e, da necessidade de haver seu estudo aprofundado, é certo que “o Direito de Família, entre todos os ramos do Direito Civil, é aquele que mais de perto toca os nossos corações e as nossas vidas” (GAGLIANO, 2011, p. 35).

Com vistas a demonstrar uma sucinta evolução histórica das famílias no ordenamento jurídico brasileiro, e pormenorizar os mais determinantes e essenciais princípios e forças normativas que tutelam as diversas instituições familiares hoje existentes, dá-se destaque neste capítulo a necessidade desses de terem sua aplicabilidade imediata, sem hierarquia e com força e caráter constitucional, seja expresso ou implícito, a fim de gerar segurança jurídica a todos os indivíduos que compõem as mais distintas formas de família.

1.1. Conceito de família

Como se sabe, a família é a instituição mais importante para a regular evolução e sobrevivência de um indivíduo.

Venosa, assim, leciona (2013, p. 2):

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

Gagliano (2011, p. 36) conceituou a instituição familiar alegando que a família é indubitavelmente o ingrediente em nossa vida que nos propulsiona diretamente às nossas maiores felicidades e, concomitantemente, é na comunhão com os entes familiares que também amargamos sentimentos de angústia, frustrações, traumas e medo, de forma que todo e qualquer tipo de sentimento e emoção experimentado nas relações familiares gera reflexos para o futuro. Neste compasso, afirma-se que muitos dos problemas que acometem um indivíduo são frutos de acontecimentos passados, totalmente a este condicionados, tornando o ser humano umbilicalmente ligado à sua família.

Para Dias (2015, p. 29), a família é um agrupamento informal no meio da sociedade que se procede de forma espontânea, é uma **construção cultural** que naturalmente preexiste ao Estado e está acima do direito, porém estrutura-se por meio do deste.

O conceito acima que esclarece a importância da família na vida de qualquer indivíduo, é regulado pelo Direito de Família, o qual também se faz necessário ser conceituado e, nessa toada, assevera Gonçalves (2010, p. 19) esclarecendo que “O direito de família constitui o ramo do direito civil que disciplina as relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco”, destacando ainda que a finalidade e objetivo das normas provenientes do direito de família regulam tanto o relacionamento pessoal entre os cônjuges quanto entre os adolescentes e descendentes, abrangendo até mesmo os parentes que se encontram fora desta linha reta.

Ou seja, o Direito de Família é o ramo do Código Civil, fundamentado a luz de diversos outros dispositivos, principalmente pela nossa Carta Magna de 1988, que regula as mais diversas formas de relação entre os seres humanos com laço familiar e afetivo, porém, com certas peculiaridades provenientes da natureza da matéria, que nos próximos tópicos serão abordadas.

1.2. Breve história do direito de família no Brasil

Há de se reconhecer que o Direito de Família no Brasil evoluiu muito, ainda que gradativamente, porém suas mudanças tomando proporções que antigamente seriam inimagináveis e até mesmo.

Assim busca explicar Baptista (2010, p. 13), ao dividir a evolução da entidade familiar em três fases que denomina de estado selvagem, barbárie e civilização, vindo essa terceira fase a ser o ponto mais relevante, quando comparada às duas anteriores. Sucintamente falando, hoje não há mais espaço para diversos costumes grotescos que antigamente eram considerados naturais.

Este terceiro grupo, contemporâneo, o qual condiz com a nossa realidade e o Direito de Família constantemente busca regê-lo de forma eficaz, importa que comparado com os grupos anteriores, houve uma grande evolução, fazendo-se necessário uma comparação entre os ordenamentos de cada época até que fossem atualizados pela evolução da família, de forma que cita Luz (2009, p. 01):

A família edificada pelo legislador do Código de 1916 fundava-se essencialmente na sociedade conjugal em cujo contexto, com certeza, predominava a autoridade marital. Esse enfoque no poder marital mostra-se perceptível na simples leitura de alguns dos dispositivos constantes do Livro dedicado ao Direito de Família, os quais, entre outras discriminações relativas à mulher, prescrevem que “o marido é o chefe da sociedade conjugal”, “o marido detém a representação legal da família”, “o trabalho profissional da mulher depende da autorização do marido”, “à mulher se atribui a função auxiliar do marido” etc.

Característica peculiar de épocas do século passado, por necessidade social o legislador atentou-se de que necessitava de mudanças o tratamento do dispositivo familiar, conforme Luz (2009, p. 01) reforçando que “com o passar do tempo, porém, algumas iniciativas legislativas foram tomadas no sentido de minimizar a situação de inferioridade da mulher no âmbito familiar”. Inicia-se aí uma fase de mudanças que jamais pausaram no Direito de Família Brasileiro, impulsionadas pela nossa Carta Magna, de modo que novamente Luz (2009, p. 2), destaca:

O mais importante, para esse efeito, foi o estabelecimento da igualdade entre os cônjuges, por força do art. 226, § 5º, que consigna que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Posteriormente, esse dispositivo foi referendado pela norma infraconstitucional do Código Civil de 2002: “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”

A formalidade da família anterior aos textos presentes na nossa Magna Carta de 1988 e do Código Civil, muitas vezes exagerada e que com o passar do tempo e evolução da sociedade se mostraram realmente equivocadas, necessitou ser atenuada aos poucos com a quebra de rótulos e paradigmas presentes em grande parte da sociedade, como explica Baptista (2010, p. 23) “A realidade social nos obrigou a trazer uma nova concepção de família ao longo dos anos, desvinculando-se de seus paradigmas originários (casamento, sexo e procriação), para valorizar as relações de afetividade, carinho e amor.”

A família brasileira passou por diversas fases distintas, assim como afirma Baptista (2010, p. 24) que “as Constituições brasileiras, em relação à família, reproduzem as fases históricas que o país viveu no trânsito do Estado liberal para o Estado social”, de modo que houveram fases que a família recebeu maior atenção e proteção, não se procedendo assim em outras. O grande avanço do Direito de Família aconteceu, definitivamente, com o advento da Constituição Federal de 1988, conforme foi atribuída maior proteção às entidades e grupos

familiares originados das mais diversas formas, sejam eles, o casamento, a união estável e até mesmo a família monoparental (BAPTISTA, 2010, p. 24).

Este ponto foi um marco para a evolução do Direito de Família contemporâneo, de modo que aos poucos, diversas modalidades de união, mesmo que não previstas em nossa Constituição e dispositivos do ordenamento jurídico, vão sendo aceitas e reconhecidas. O afeto, que é elemento primordial da família e que será abordado futuramente, foi ganhando força a cada ocasião em que o legislador necessitou se adequar a sociedade e evoluir o texto da matéria, como mostra Baptista (2010, p. 26), ao frisar que hoje a família está adaptada na qualidade das relações interpessoais e, diante de muita evolução, hoje está enfraquecida a função econômica da família e fortalecida sua natureza afetiva, pois agora se baseia em laços afetivos, comunhão e sentimento de solidariedade recíproca.

Faz-se de extrema importância que o legislador e todos os demais que se debruçam sobre a matéria do Direito de Família a mantenham atualizada, a fim de que todas as demandas provenientes dos indivíduos das mais variadas instituições familiares sejam satisfeitas, pois, como pontuam Fróes e Leão Junior (2015, p. 26) uma entidade familiar “evolui e a lei tem que ser atualizada, sendo aprimorada com frequência, a fim de atender às novas necessidades que envolvem o seio familiar”.

Ainda Fróes e Leão Junior (2015, p. 76), ao indicarem claramente uma característica das grandes mudanças do Direito de Família contemporâneo, afirmam que nos dias de hoje, o legislador empenhou-se muito menos com a questão patrimonial no âmbito familiar do que em comparação a legislação anterior, trazendo e consolidando o princípio da afetividade como o principal norteador das referidas relações. Dá-se esta importante mudança ao fato que o afeto se tornou o novo âmago das famílias.

Desta forma, nota-se que a evolução histórica da família no Brasil deu força ao afeto como resultado principal, que hoje é elemento primordial à família e também para o ordenamento pátrio, como valor jurídico que tutela a instituição familiar.

1.3. Principiologia do direito de família

É certo que a família é instituto de direito privado e, vez que condiz totalmente a vontade dos seus integrantes, os indivíduos que compõem uma família, a intervenção estatal há de ser mínima, porém, faz-se necessário seguir princípios que interessam a coletividade. Seguindo esse raciocínio, expõe Baptista (2010, p. 35):

Mesmo os institutos de direito privado devem ser interpretados à luz dos princípios emanados da Constituição Federal vigente. Nesse sentido, o Direito de Família sofreu e continua a sofrer expressiva mutação, sobretudo com a transformação de padrões de comportamento social, como a igualdade de gêneros, a família monoparental, a união homoafetiva, a isonomia do tratamento jurídico entre filhos havidos dentro ou fora do casamento, o reconhecimento da união estável, enfim, o rompimento progressivo de antigos tabus e costumes sociais, devendo ser, do ponto de vista principiológico, repensado dentro das novas diretrizes traçadas, implícita ou explicitamente, pela Carta Magna, que o redesenhou.

Os princípios do Direito de Família, sejam gerais ou específicos, são necessários ser inerentes e presentes a toda forma de união e família, ao ponto que possam verdadeiramente sanar ou evitar danos. Gagliano (2011, p. 72) afirma “que toda sistematização principiológica é imperfeita” e complementa ao explicar a afirmação que “isso porque, não sendo dever da legislação a positivação de princípios, cabe a doutrina o reconhecimento de sua autonomia científica”.

Neste diapasão, busca o seguinte consenso, Gagliano (2011, p. 72), ao afirmar que se faz bastante plausível, para fins didáticos, reunir princípios gerais do direito que possuem valores de caráter genérico, aplicáveis na seara familiar, com os próprios princípios específicos do Direito de Família.

Assim, como próximo passo, serão expostos os princípios, tanto gerais quanto específicos, que envolvem o Direito de Família contemporâneo, de maneira a compreender a matéria à luz destas normas norteadoras.

1.3.1. Princípios gerais do direito de família

Em busca de atribuir a melhor eficácia as normas que tutelam o âmbito do Direito de Família, garante Fiuza (2008, p. 118) que todas devem ser lidas a partir da constitucionalização do Direito Civil, ou seja, interpretadas à luz dos princípios e valores consolidados na Carta Magna de 1988.

Assim, acerca desta relevante mudança, assevera Dias (2015, p. 43):

É no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios que a Constituição Federal consagra como valores sociais fundamentais, e que não podem se distanciar da atual concepção da família, com sua feição desdobrada em múltiplas facetas. Daí a necessidade de revisitar os institutos de direito das famílias, adequando suas estruturas e conteúdo à legislação

constitucional, funcionalizando-os para que se prestem à afirmação dos valores mais significativos da ordem jurídica.

Existem princípios gerais que se aplicam a todos os ramos do direito, assim o princípio da dignidade, da igualdade, da liberdade, bem como os princípios da proibição de retrocesso social e da proteção integral a crianças e adolescentes. Seja em que situações se apresentem, sempre são prevalentes. Os princípios constitucionais representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados.

Contudo, faz-se mister saber que os princípios constitucionais e fundamentais que a seguir serão tratados, são em sua realidade grandes norteadores para a correta aplicação dos princípios específicos do Direito de Família, pois como novamente destaca Dias (2015, p. 41), no que há tanto a harmonização dos princípios constitucionais e civis pelo diálogo das fontes, há o dever dos juízes de aplicar diretamente aos princípios e direitos fundamentais a maior eficácia possível.

Assim, Gagliano (2011, p. 73) nomeou três princípios fundamentais, dentre tantos existentes em nosso ordenamento pátrio, que considera fundamentais para a compreensão do Direito de Família: são eles os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da vedação ao retrocesso.

Os princípios constitucionais supramencionados e que abaixo serão estudados, com o advento da Carta Magna de 1988, tornaram-se valores consagrados em nosso ordenamento em decorrência da elevação da carga valorativa que o constituinte atribuiu a eles, devendo sempre serem aplicados com o objetivo de alcançar a maior proteção possível dos direitos e garantias dos indivíduos componentes da sociedade e grupos familiares.

1.3.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

Este princípio transcende a mera interpretação de ter honra e de ser digno, pois se “afigura, inequivocamente, como a maior conquista do Direito brasileiro nos últimos anos” (GAGLIANO, 2011, p. 73).

Sua importância se dá logo pelo fato de ser um dos fundamentos da República, com previsão no art. 1º da nossa Constituição Federal de 1988:

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;
[...]
(BRASIL, 1988)

Canotilho, Mendes, Sarlet e Streck (2013, p. 240), consagram a fundamentalidade deste princípio condizendo que, ao passo que a dignidade da pessoa humana ampara o Estado Democrático de Direito, sendo fundamento da República Federativa do Brasil, não só busca atribuir uma finalidade e sentido ao Estado, como reconhecer e afirmar que ele existe em função da pessoa humana, não sendo correto afirmativa contrária.

No intuito de dimensionar a grandeza do presente princípio dentro do nosso ordenamento jurídico, Dias (2015, p. 44) afirma que “O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio [...]”.

Em consonância ao disposto acima, visando demonstrar o significado deste determinante e mais humano princípio a luz do Direito de Família, faz-se mister enfatizar os dizeres de Gagliano (2011, p. 74):

Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis a sua realização pessoal e à busca da felicidade. Mais do que garantir a simples sobrevivência, esse princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias — estatais ou particulares — na realização dessa finalidade.

Além do que se entende ao adentrar neste princípio, ele “traduz, pois, uma diretriz de inegável solidarismo social, imprescindível a implantação efetiva do Estado Democrático de Direito” (GAGLIANO, 2011, p. 75).

Já Gonçalves (2010, p. 23) demonstra seu estudo sobre este princípio fundamental alegando que o princípio da dignidade da pessoa humana “constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente”.

Desta forma, Tartuce (2014, p. 45), consagrou sua opinião bastante similar à de Dias, ao tratar que o art. 1.º, em seu inciso III, da Constituição Federal de 1988, manifesta que o nosso aclamado Estado Democrático de Direito se baseia e fundamenta na dignidade da pessoa humana, valorizando ao máximo o referido princípio quando o denomina de princípio máximo, superprincípio, macroprincípio e até mesmo princípio dos princípios.

Reforçando a ideia acerca deste princípio básico, cabe destacar a visão de Moraes (2003, p. 50), expressada nas seguintes palavras:

a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos;

Nota-se, assim, a magnitude da dignidade da pessoa humana ao passo que, arbitrariedades que ocorrem na seara familiar e em laços afetivos, podem tanto atingir diretamente este princípio quanto indiretamente, ao descumprir normas específicas inerentes as relações familiares, que são norteadas pela supremacia deste princípio fundamental.

1.3.1.2. Princípio da igualdade

Justo é destacar que muitos princípios fundamentais e específicos que norteiam todo o ordenamento jurídico, abrangendo até mesmo a dignidade da pessoa humana, são norteados por este presente em análise, que serve como raiz quanto a tutela dos direitos do ser humano, seja individualmente, como membro de entidade familiar ou como em sociedade.

Isto posto, elucida Lôbo (2011, p. 65) que nunca um princípio constitucional ocasionou uma alteração tão forte no Direito de Família como o da isonomia entre homens e mulheres, entre os filhos e principalmente entre grupos familiares. A igualdade é um princípio geral de todo ser humano, sem distinções em qualquer aspecto, conforme se demonstra expresso no própria Carta Magna, no art. 5.º, em seu inciso I.

Desta forma, reiterando a ideia acima exposta, insta salientar as alegações de Moraes (2003, p. 64-65):

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas [...]

[...]

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas.

Assim, proveniente desta breve exposição acerca do princípio da igualdade, nota-se a relevância de sua aplicação com máxima eficácia para que não haja desigualdades, arbitrariedades e demais atrocidades que lesam a moral e dignidade humana, principalmente com enfoque no Direito de Família, nas relações paterno-filiais, as quais serão futuramente estudadas a luz deste norteador fundamental.

1.3.1.3. Princípio da vedação ao retrocesso

Este princípio traduz a ideia de direito adquirido pela sociedade no tocante às instituições familiares e sobre todas as conquistas sociais que os seus indivíduos obtiveram ao longo da história.

Com relação a este princípio que torna defeso qualquer violação às garantias e conquistas sociais, destaca-se que “Desenvolvido genialmente por J. T. GOMES CANOTILHO, esse superior princípio traduz a ideia de que uma lei posterior não pode neutralizar ou minimizar um direito ou uma garantia constitucionalmente consagrada” (GAGLIANO, 2011, p. 85).

Desta forma, ainda Gagliano (2011, p. 86) ao destacar a importância do princípio, alega que “ao se vedar o retrocesso, respeita-se, por consequência, o princípio maior da dignidade humana”.

Na seara constitucional, também, estão corretos os dizeres de Dias (2015, p. 51), ao afirmar que:

A Constituição Federal, ao garantir especial proteção à família, estabeleceu as diretrizes do direito das famílias em grandes eixos, a saber: (a) a igualdade entre homens e mulheres na convivência familiar; (b) o pluralismo das entidades familiares merecedoras de proteção; e (c) o tratamento igualitário entre todos os filhos. Essas normas, por serem direito subjetivo com garantia constitucional, servem de obstáculo a que se operem retrocessos sociais, o que configuraria verdadeiro desrespeito às regras constitucionais.

A consagração constitucional da igualdade, tanto entre homens e mulheres, como entre filhos, e entre as próprias entidades familiares, constitui simultaneamente garantia constitucional e direito subjetivo. Assim, não pode sofrer limitações ou restrições da legislação ordinária. É o que se chama de princípio constitucional da proibição de retrocesso social. É evidente, como bem ressalta Lenio Streck, que nenhum texto proveniente do constituinte

originário pode sofrer retrocesso que lhe dê alcance jurídico social inferior ao que tinha originariamente, proporcionando retrocesso ao estado pré-constituente.

A partir do momento em que o Estado, em sede constitucional, garante direitos sociais, a realização desses direitos não se constitui somente em uma obrigação positiva para a sua satisfação - passa a haver também uma obrigação negativa de não se abster de atuar de modo a assegurar a sua realização.

Assim, nota-se o quão necessário se faz haver segurança jurídica para que as instituições familiares e seus indivíduos tenham ciência de que toda a transição histórica do Direito de Família, resultante em diversas conquistas sociais, estão protegidas pelo ordenamento jurídico pátrio, tendo o legislador a obrigação de sempre atribuir às referidas conquistas, o seu maior alcance possível, de forma que sirvam como verdadeiro ponto de partida para a constituição adequada de uma família nos moldes atuais.

1.3.2. Princípios específicos do direito de família

Os princípios que serão estudados a seguir são alguns dos considerados mais primordiais para o presente tema e, de acordo com Gagliano (2011, p. 72), são “os especiais norteadores do Direito de Família.”

Importa destacar, aqui, a força normativa dos princípios que abaixo serão expostos, pois, ainda que implícitos em nossa Carta Magna, entenda-se sua eficácia da maneira como assevera Lôbo (2011, p. 59), pela interpretação do sistema constitucional ou de forma harmonizadora das normas constitucionais específicas, como é o princípio da afetividade.

Assim, fica explícita a importância da aplicação imediata dos princípios específicos que tutelam as famílias, vez que encontram forte respaldo nos princípios constitucionais anteriormente estudados.

1.3.2.1. Princípio da afetividade

Este princípio, consagrado pela doutrina e jurisprudência, é considerado em nossa época contemporânea, a luz dos referidos princípios constitucionais já expostos, o mais importante pilar e norteador do Direito de Família, de forma que ao ser violado, o indivíduo tem lesado outros princípios e normas que tutelam seus direitos e sua personalidade.

Desta maneira, seria injusto não ter seu estudo mais aprofundado em relação aos demais princípios, vez que este será muito abordado no decorrer do trabalho.

Lôbo (2011, p. 70) define que a afetividade fundamenta as famílias em suas relações socioafetivas, sendo predominante sobre questões de caráter tanto patrimonial quanto biológico, conforme o patrimônio se enfraqueceu para a supremacia do afeto.

Já Gagliano (2011, p. 87) afirma que o moderno Direito de Família integralmente gira em torno do princípio da afetividade.

Fróes e Leão Júnior (2015, p. 76) expõem que “afetividade, hoje, é elemento nuclear e definidor da família, de forma a aproximar a instituição jurídica da instituição social, sendo a pessoa humana o centro das relações familiares e sociais.”

Cabe destacar acerca da afetividade, segundo Baptista (2010, p. 43), que é o princípio que transcende e excede o vínculo sanguíneo, superando o quesito biológico, dando maior valor ao afeto existente em uma relação e não se prendendo ao preceito sanguíneo, assim gerando uma maior segurança às novas relações de parentesco que surgem no Direito de Família, como é o caso do caráter socioafetivo em decorrência da convivência, tendo sua consagração ao ser reconhecido pela própria jurisprudência.

Pelo mesmo raciocínio, reforça Gagliano (2011, p. 88):

Mas o fato é que o amor — a afetividade — tem muitas faces e aspectos e, nessa multifária complexidade, temos apenas a certeza inafastável de que se trata de uma força elementar, propulsora de todas as nossas relações de vida. Nesse contexto, fica fácil concluir que a sua presença, mais do que em qualquer outro ramo do Direito, se faz especialmente forte nas relações de família.

Aliás, como já dissemos antes, o próprio conceito de família, elemento-chave de nossa investigação científica, deriva — e encontra a sua raiz ôntica — da própria afetividade. Vale dizer, a comunidade de existência formada pelos membros de uma família é moldada pelo liame socioafetivo que os vincula, sem aniquilar as suas individualidades.

Através deste princípio, facilmente aplicável, nota-se que se torna óbvio o afeto ser o elemento primordial de todas as relações familiares da vida do ser humano. Deve-se ser tratado com muito zelo, até pelo fato de “que toda a investigação científica do Direito de Família submete-se a força do princípio da afetividade” (GAGLIANO, 2011, p. 91).

Neste raciocínio, defronte a essencialidade do presente princípio, como pilar básico das relações familiares, assevera Dias (2015, p. 52) que “a afetividade é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico”.

A fim de demonstrar a força do princípio da afetividade, faz-se mister destacar a consonância do entendimento dos juristas acima com a explanação de Tartuce (2014, p. 91),

ao afirmar que o presente princípio tem como alicerce o nosso texto Constitucional, baseado mais especificamente na dignidade da pessoa humana, conforme previsão do art. 1.º, inciso III, na solidariedade social, com supedâneo no art. 3.º, inciso I, e na igualdade entre filhos, com fulcro no art. 5.º, caput, e 227, § 6.º.

Neste sentido, por fim, Vieira (2009, p. 20) perfeitamente pontua que, ao passo que “O princípio da afetividade é um dos desdobramentos do princípio do respeito à dignidade da pessoa humana”, a ideia é que a aplicação deste princípio garante ao indivíduo uma vida digna, repleta de afeto, principalmente no tocante às relações paterno-filiais.

Ex positis, consagrando este supremo princípio, faz-se mister enaltecer os dizeres de Dias (2015, p. 54) que provavelmente não seja nada mais necessário dizer para destacar a importância e essencialidade que tem o princípio da afetividade como o grande norteador do Direito de Família, pois, de acordo com todo o exposto, seguir ladeado ao princípio da afetividade nas relações familiares, é estar respeitando princípios fundamentais que regem o ser humano inserido em um grupo familiar.

1.3.2.2. Princípio da igualdade de filiação

Este princípio, na sociedade contemporânea diferentemente do século passado, busca tutelar os filhos de maneira mais protetiva, obter a isonomia, não apenas no aspecto subjetivo destes que supõe a proteção de seus direitos individuais como pessoa humana, mas também a relação que há entre eles perante uma família, como componentes desta.

Assim, ao tratar o referido princípio em sua obra com o relevante título de que pouco importa a procedência dos filhos, Lisboa (2012, p. 31) afirma que:

Porque se impor ao inocente a discriminação ou a pecha de “bastardo”, por ser a prole resultante de um relacionamento considerado pelas circunstâncias espaciais e temporais moralmente reprovável? O tratamento odioso que a legislação novecentista conferia aos filhos ilegítimos, como o adúlterino e o incestuoso, somente era assim regulado para a proteção do cônjuge inocente. Olvidavam-se as necessidades mais mezinhas do filho, que atualmente, em regra, prevalecem sobre os interesses dos demais. O filho não havido das relações conjugais possui atualmente os mesmos direitos dos filhos havidos do casamento. O direito pós-moderno confere uma tutela jurídica diferenciada e mais protetiva à criança, ao adolescente e ao idoso, em comparação com os demais membros da entidade familiar.

Harmonizando a citação acima exposta com a ideia de que seja obtida a máxima eficácia na aplicação deste princípio nas relações familiares, nota-se que, de fato, a igualdade se faz muito mais presente nesta era contemporânea, ao passo que os princípios constitucionais gerais outrora expostos, ganharam força e geraram reflexos nas demais searas do ordenamento jurídico pátrio.

Este princípio é tão importante e imperioso nas relações paterno-filiais dos dias de hoje, que Lôbo (2011, p. 71) afirma que ele está fundamentado na própria afetividade, vez que esta faz despontar a igualdade entre irmãos, sejam eles biológicos ou adotivos.

Desta forma, Madaleno (2013, p. 46-47), a fim de destacar a importância da valorização deste princípio, afirma que, embora haja ainda hoje muita discriminação entre gêneros sexuais e requer trabalho específico para dirimir as diferenças sociais, econômicas e psicológicas, a existência da igualdade se faz totalmente necessária nas relações paterno-filiais, vez que ela simplesmente sustenta a dignidade humana.

Ou seja, a importância que se faz é buscar a mesma valoração de ambos perante uma entidade familiar, perante os filhos, com o mesmo poder parental por exemplo, porém “a isonomia que se busca não pode apenas aninhar-se formalmente em texto de lei, mas deve, sim, fazer-se materialmente presente na sociedade brasileira” (GAGLIANO, 2011, p. 79).

Em conformidade com o entendimento doutrinário supracitado, destaca Baptista (2010, p. 37):

A igualdade conquistada entre os cônjuges aboliu a antiga idéia de “cabeça de casal” ou *pater familias*, sendo substituída pelo poder parental, termo mais adequado, em nosso entender, para representar a igualdade jurídica dos dirigentes da nova sociedade conjugal, porque diz respeito aos pais, sendo, por conseguinte, menos amplo que a denominação poder familiar.

Deste princípio, cabe destacar também o entendimento de Gonçalves (2010, p. 23), que busca tutelar a isonomia entre os filhos ao asseverar que hoje não se admite mais a distinção entre filhos, sendo todos apenas filhos independentemente de sua origem biológica, havendo igualdade em direitos e qualificações. Conforme o exposto, nota-se que a discriminação de filhos seria um verdadeiro e grave retrocesso social em uma família.

Assim, entende-se que tal princípio, uma das mais importantes conquistas sociais inseridas na instituição familiar, com fulcro nos nortes obtidos pela Carta Magna de 1988, busca a isonomia entre os indivíduos que a compõem, reforçando principalmente a necessidade que todos os filhos devem ter a sua disposição a mesma forma e intensidade de

tratamento, independentemente de sua origem e procedência, para que, como finalidade primordial, obtenham o desenvolvimento regular de sua personalidade.

1.3.2.3. Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade familiar “não apenas traduz a afetividade necessária que une os membros da família, mas, especialmente, concretiza uma especial forma de responsabilidade social aplicada a relação familiar” (GAGLIANO, 2011, p. 93).

Assim, faz-se mister dispor aqui dos deveres da família, analisando com ênfase na relação paterno-filial, como prevê o art. 4º do ECA:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

[...]

(BRASIL, 1990)

Tal princípio na visão de Baptista (2010, p. 40) é “um dos fundamentos que compele, mesmo contra a vontade expressa, um familiar a manter outro, em caso de necessidade, por meio da prestação de alimentos (art. 1.694 do Código Civil) ”.

Sua natureza não se faz unicamente voluntária, pois, conforme Lôbo (2011, p. 145), a solidariedade familiar nas relações paterno-filiais decorre de assistência tanto no aspecto moral quanto material, sendo um dever de caráter público.

Neste sentido, cabe destacar a ideia de Fróes e Leão Júnior (2015, p. 73), que põem em prática a solidariedade é enraizar noções de fraternidade e harmonia entre as relações interpessoais, efetivando o carinho, a preocupação e a responsabilidade dos indivíduos que compõem um grupo familiar, de modo que, sabendo que a família é a base da sociedade, tais discernimentos reflitam na vida em sociedade.

A solidariedade é o que cada indivíduo tem de dever ao outro, tendo este princípio origem nos vínculos afetivos, pois contém em seu próprio sentido o significado da expressão solidariedade, que envolve a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste, ou seja, enquanto existe e convive, tendo relações cordiais e próximas com os demais. O princípio da solidariedade é um fundamento constitucional, visto que na Carta Magna de 1988, o seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna (DIAS, 2015, p. 48).

1.3.2.4. Princípio da função social da família

Este princípio expõe a essência da família como necessidade do ser humano e tamanha importância para formação regular do indivíduo, para este evoluir adequadamente aos moldes da sociedade, pois, como ensina Tartuce (2015, p. 930), as relações familiares devem ser todas analisadas e compreendidas dentro de um contexto social geral, sem diferenças locais e regionais, a fim de que seja entendida sua mesma função em qualquer lugar, pois não reconhecer a finalidade social da família, é ignorar a finalidade da sociedade composta pelos indivíduos dessas instituições familiares.

Desta maneira, Gagliano (2011, p. 98) realça importante detalhe, ao dizer que a função principal da família não está mais calcada no seu simples rótulo de estar constituída e existir perante a sociedade, mas sim na característica de apoiar seus membros na realização e alcance de suas aspirações e pretensões, estando diretamente ligada ao sentimento de felicidade que existe nas relações interpessoais.

A importância da função social da família na vida do menor mostra-se pela constância do crescimento de uma criança, a fim de evitar danos psíquicos, físicos e também de proporcionar os elementos componentes de uma relação afetuosa entre todos os indivíduos de um grupo familiar. Entretanto, muito além desta finalidade que abrange os indivíduos componentes de uma família, este princípio agrega especificamente à sociedade, vez que encontra força e está previsto expressamente em nossa Constituição Federal, em seu art. 226, caput, pois, como consta, a entidade familiar tem especial proteção do estado, vez que é a base da sociedade.

Assim, fica evidente a importância da função social da família, que não apenas gera benefícios aos indivíduos nos seus termos mais subjetivos, entenda-se a formação dos mesmos, como principalmente contribui para que a sociedade seja composta desses referidos indivíduos, porém revestidos dos preceitos sociais vigentes.

1.3.2.5. Princípio do melhor interesse da criança

Este princípio demonstra a importância que o Direito de Família dispõe nas lides familiares em que figuram menores, vez que por descuido dos pais, o menor acaba por se tornar simples objeto do litígio e não o mérito em questão.

Para Lôbo (2011, p. 75), o presente princípio eleva o patamar das crianças e dos adolescentes frente às diversas ocasiões conflituosas, de modo que “deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família”, ou seja, devem ter seus direitos apreciados como questão primordial nos litígios familiares.

Acerca deste erro grotesco cometido pelos pais, Silva (2006, p. 51-52) explica que o termo “interesse” engloba diversas necessidades, destacando as necessidades materiais, morais, psíquicas, espirituais, não esquecendo do fato vital que o critério de decisão é atribuído pelo juiz, de acordo com a realidade de cada caso.

Nesta lógica, o princípio se faz muito bem observado por Baptista (2010, p. 41):

É o princípio invocado, sobretudo, nas ocasiões do desfazimento da sociedade conjugal, momento em que se discute a guarda dos filhos. Respeita-se, na matéria, o que as partes livremente acordarem (art. 1.583 do CC), ou, inexistindo acordo, a critério do juiz (art. 1.584 do CC), verificando-se, entretanto, em qualquer hipótese, o que atende ao melhor interesse da criança, em termos de segurança e crescimento físico-psíquico equilibrado.

Assim, analisa-se o interesse do menor primordialmente, em qualquer situação em que este figurar, a fim de que possa ter a melhor opção visando seu regular crescimento nos mais variados aspectos que lhe estruturam.

1.3.2.6. Princípio da convivência familiar

Este princípio atinge diretamente a questão do regular crescimento do menor, objetivando privá-lo da hipótese de, desde cedo, encontrar-se sem sua família natural, os guardiões que lhe passam certo conforto psíquico que está acolhido e protegido.

Neste raciocínio, confirma Gagliano (2011, p. 102):

Pais e filhos, por princípio, devem permanecer juntos. O afastamento definitivo dos filhos da sua família natural é medida de exceção, apenas recomendável em situações justificadas por interesse superior, a exemplo da adoção, do reconhecimento da paternidade socioafetiva ou da destituição do poder familiar por descumprimento de dever legal.

Nota-se que há exceções e destas não se faz necessário ser a família natural, pois por novas modalidades de família, o que interessa é o crescimento regular do menor com quem se

sente plenamente guardado e, mesmo que falte bens materiais, não falte o elemento primordial que é o afeto.

Desta ideia, faz-se mister destacar a consonância do exposto acima com os dizeres de Dias (2015, p. 50), que “Afim, o direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da filiação. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando dos laços de sangue”.

Reforça ainda, Dias (2015, p. 53), completando com assertiva que o afeto não tem origem na biologia, pois seus laços são provenientes da convivência familiar, a qual transcende o vínculo sanguíneo. O afeto se dá pela convivência, e esta tem por primordial desiderato garantir a felicidade do filho, vez que é um direito seu.

Destarte, fica claro que o presente princípio busca atingir, como sua maior finalidade, que a convivência entre os membros de um grupo familiar propicie, por meio do afeto e demais elementos das relações paterno-filiais, a felicidade do filho, pois sua regular evolução está calcada na coexistência com seus genitores.

1.3.2.7. Princípio da intervenção mínima do estado no direito de família

No tocante a união familiar, grande espécie da essência do direito privado, cumpre destacar que, vez que uma família tem autonomia suficiente para se organizar e direcionar, respeitando todas as normas que lhe tutelam, faz-se mister indicar a importância que o Estado, representado por uma diversidade de órgãos e entidades públicas, tem em intervir o mínimo necessário para que a família em essência se mantenha sempre em ordem, porém, não ultrapassando os limites existentes no direito privado que rege a família.

Em consonância com o dispositivo do Código Civil, aduz Gagliano (2011, p. 104):

Andou bem, pois, o codificador de 2002, quando, consciente desse princípio da intervenção mínima, prescreveu, em norma sem equivalente no Código Civil brasileiro de 1916:

“Art. 1513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Tartuce (2014, p. 72) realça que o presente princípio se relaciona diretamente com o princípio da autonomia privada, aduzindo à ideia que o homem tem liberdade não apenas na seara contratual como também no quesito familiar, ademais, cabendo destacar que a liberdade é o fundamento constitucional deste princípio e um dos grandes atributos do ser humano.

Reiterando o entendimento das palavras supracitadas acerca do presente princípio, aponta Lôbo (2011, p. 20):

Na medida em que a família deixou de ser concebida como base do Estado para ser espaço de realizações existenciais, manifestou-se “uma tendência incoercível do indivíduo moderno de privatizar suas relações amorosas, afetivas, de rejeitar que sua esfera de intimidade esteja sob a tutela da sociedade, do Estado e, portanto, do direito”.

Ainda que há toda uma necessária tutela exercida pelo Estado a fim de não confrontar a privacidade familiar, Dias (2015, p. 27) é sucinta quando ressalta que a obrigação do Estado em regular as relações das pessoas jamais poderá desrespeitar e violar o direito à liberdade delas, devendo garantir o direito à vida não só como um bem indisponível, mas também como digna e repleta de felicidade.

Desta forma, com fulcro em toda a principiologia que tutela o âmbito familiar e todas suas relações, insta salientar que o Direito de Família institui aos indivíduos, indiferentemente da maneira em que é gerada sua união, a finalidade dos princípios básicos e peculiares da sua matéria, a fim de regular o comportamento dessas uniões, ficando o Estado, como demonstra este princípio, vedado interferir, não obstante o dever de prestar assistência a todos no limite de sua jurisdição.

2. A AFETIVIDADE

É notório que o Direito de Família é uma das searas do ordenamento jurídico que mais evoluiu e ainda se aperfeiçoa, conforme o instituto da família no Brasil se transforma ao se adaptar com cada sociedade e indivíduos em sua determinada época. Em decorrência destas transições, a fim do ordenamento jurídico se adequar o mais próximo possível da realidade das famílias atuais, naturalmente algumas normas, costumes familiares, princípios e outras espécies regulamentadoras do âmbito familiar e suas relações caíram em desuso, enfraqueceram, e como resultado deste longo período de transformações, fortaleceu o elemento hoje considerado mais primordial e essencial aos vínculos familiares, tanto pela doutrina quanto por força da jurisprudência, que é o afeto.

Este capítulo tem por finalidade demonstrar o quão essencial é a afetividade, ao passo que tem seu princípio consolidado como o mais primordial e verdadeiro norteador das relações no nosso mérito em estudo, que são as relações paterno-filiais.

Busca, também, pormenorizar no que consiste o afeto, elemento abstrato inerente a cada ser humano e, além de sua essencialidade e necessidade, como seu aspecto axiológico é determinante para o ordenamento jurídico.

2.1. Conceituação de afeto

Buscando conceituar brevemente o elemento afeto, vez que se apresenta tão subjetivo e abstrato a cada um, sua conceituação esbarra na própria essencialidade, como asseveram Fróes e Leão Junior (2015, p. 141):

O afeto é o sentimento que deve estar presente nas relações familiares, de forma a ser traduzido no carinho, bem querer, cuidado, entre outros sentimentos a nortear as relações familiares, que, via de regra, irão refletir em toda a sociedade, uma vez que a família é a sua base.

Nesta mesma linha de raciocínio, Dias (2015, p. 12), logo na apresentação de sua obra, tratou de conceituar o afeto conforme expõe:

O afeto foi reconhecido como o ponto de identificação das estruturas de família. É o envolvimento emocional que subtrai um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – e o conduz para o direito das famílias, cujo elemento estruturante é o sentimento de amor, o elo

afetivo que funde almas e confunde patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos.

De forma mais compactada, Madaleno (s.d., s.p.) conceitua alegando que “é o afeto a matéria prima fundamental nas relações de filiação, de intensidade variável [...]”.

Analisando a assertiva de Madaleno acerca do afeto, vem à tona a ideia que se faz mister reconhecer o caráter subjetivo do referido elemento inerente a cada indivíduo, vez que, por ter “intensidade variável”, distingue-se quantitativamente a cada relação afetiva.

Já para Pereira (2004, p. 128), “o que se conclui é ser o afeto um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental”.

Entretanto, Tartuce (2014, p. 89), aprofundou-se mais em relação aos demais entendimentos doutrinários anteriormente citados, ao afirmar que:

De toda sorte, deve ser esclarecido que o afeto equivale à interação entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas. O amor é o afeto positivo por excelência. Todavia, há também o ódio, que constitui o lado negativo dessa fonte de energia do Direito de Família Contemporâneo.

Desta maneira, conceitua-se o afeto no ordenamento jurídico brasileiro, de uma maneira geral, o resultado dos atos de convivência, interação, emoção, troca de energia e sentimentos, dos vínculos afetivos interpessoais, especificamente dentro das mais variadas formas de entidades familiares contemporâneas.

2.2. O Afeto como elemento essencial nas relações paterno-filiais

Conforme acompanhamos a força obtida pelo afeto no tocante a sua dependência para que hajam saudáveis relações interpessoais, com foco nas relações paterno-filiais, Cassettari (2011, p. 399-400) assinala, nas grandes mudanças ocorridas entre o Código Civil de 1916 e o de 2002, que hoje o “Direito de Família é baseado mais na afetividade do que na estrita legalidade”.

Reforçando, de acordo com Dias (2015, p. 30), o afeto deve ser valorizado nas relações familiares não se limitando apenas ao momento da celebração do matrimônio, pois ele é elemento necessário para que haja harmonia enquanto perdurar toda a relação, ao passo que se enfraquecer ou esgotar, a base e pilar que sustenta uma relação familiar estará ruída.

Para Madaleno (2013, p. 99) “A sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto; é valor supremo, necessidade ingente [...]”.

Isto é, conforme o afeto se torna ausente entre os membros das instituições familiares, por ser o principal pilar que sustenta os seus vínculos, estes acabam por se enfraquecer e, por consequência, a família por não mais alcançar sua finalidade primordial.

Assim, destaca Groeninga (2011, p. 154) acerca da “importância que tem sido dada à afetividade, base sobre a qual se assenta a finalidade da família”, ou seja, só se reforça o pensamento que na atual família, a indisponibilidade de afetividade retira a finalidade da união familiar.

Em harmonia com as características da família contemporânea, revestida pelo constitucionalismo-civil, é de vital importância admirar as palavras de Farias e Rosenvald (2011, p. 70) que “a entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional”.

Reforçam a ideia, ainda, Farias e Rosenvald (2011, p. 71), quando alegam que a referida afetividade se traduz no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a dignidade de todos, sendo a família o ambiente que assegura a cada indivíduo a proteção de suas garantias fundamentais.

Neste compasso, insta salientar que sendo a afetividade o mais concreto pilar para que as finalidades de uma instituição familiar sejam alcançadas, faz-se mister frisar os dizeres de Lôbo (2011, p. 195) quando argumenta que a afetividade “é a demonstração de relação de afeto que efetivamente existe entre a criança e a pessoa que assumirá a guarda”.

Com total respeito acerca do instituto da guarda, mas em relação a citação de Lôbo acima realçada, pode entender correta a aplicação de interpretação *in lato sensu* que a afetividade é a demonstração de relação de afeto que há, não somente nas ocasiões da referida citação, mas igualmente em qualquer outra relação entre menor e seu guardião, consagrando assim o afeto em espécie como o mais essencial elemento do gênero afetividade.

Para Dias (2015, p. 52), o direito que o indivíduo tem de receber afeto está estreito ao **direito fundamental à felicidade**, tendo suporte do Estado como criador de instrumentos que auxiliam o indivíduo na busca de alcançar tal desiderato, ademais, ainda que o afeto não esteja previsto na Constituição Federal de 1988, esta abraçou o referido elemento para sua seara.

Já na visão de Gouveia (2010, p. 1), tratando diretamente do relacionamento paterno-filial, alega que itens como a convivência, o próprio amor paterno e os mais variados cuidados

que se fazem naturais e inerentes a essa referida relação, revelam a construção de um afeto verdadeiro, que desenvolve entre os indivíduos um sólido e sincero laço afetivo.

O afeto, ao se comportar como elemento essencial nas famílias, não apenas cria um importante alicerce a mesma, como conclui que há presente nela também uma evolução social, conforme certifica Gagliano (2014, p. 655):

Grande passo uma sociedade dá quando verifica que a relação paterno-filial é muito mais profunda do que o vínculo de sangue ou a mera marca da genética.
Com isso, não estamos menoscabando a paternidade ou a maternidade biológica.
Não é isso.
O fato é que, ser pai ou mãe não é simplesmente gerar, procriar, mas, sim, indiscutivelmente, criar, cuidar, dedicar amor.

Nota-se que, nas relações paterno-filiais da família contemporânea, requer que os pais concedam ao filho não mais apenas o status da referida relação, de modo que o menor ostente tal situação, mas também exerçam o papel de pais e guardiões revestidos dos elementos primordiais da afetividade desde que possam ser disponibilizados, seja o amor, carinho, bens materiais, convivência, ou seja, mantenham-se presentes, como mais evidente sinal que a finalidade da família quanto a evolução e satisfação moral, psíquica, emocional da criança está sendo alcançada.

Outrossim, Cardin (2012, p. 158) narrou que o afeto é extremamente importante nas relações familiares pois está totalmente ligado a dignidade do ser humano, dado que impulsiona a formação do indivíduo, dando-lhe melhor estrutura nas múltiplas áreas que o compõem, seja moral, social ou psicológica, assegurando uma boa autoestima, a fim de refletir na busca de sua melhor evolução.

Como já visto anteriormente, a afetividade, até mesmo por força de seu princípio aplicado no Direito de Família, é a junção de diversas qualidades subjetivas voluntárias dos seres humanos a ser transferida nas relações interpessoais e familiares por meio de inúmeras formas, destacando o afeto como a espécie e qualidade primordial deste referido gênero afetivo, que norteia e baseia vários dos demais elementos inerentes ao homem. Porém, não obstante a essencialidade do afeto em específico nas relações paterno-filiais, faz-se mister realçar que, correlacionando todo o disposto acerca do gênero afetividade com a Carta Magna de 1988, o art. 227 desta, cuja redação é similar ao art. 4º do ECA mencionado anteriormente, expressa a necessidade de concessão desses mais variados tipos de apoio dos pais ao menor, conforme se faz notório:

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.

[...]

(BRASIL, 1988)

Assim, fica evidente a essencialidade que há no que concerne ao filho receber todo tipo de apoio dos pais, vez que esse suporte, como equivale a necessidades básicas para a formação e estruturação do ser, pode ser deduzido como um direito do menor.

Reiterando a ideia, leciona Dias (2015, p. 97):

O conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano acabou por escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não se pode mais ignorar essa realidade [...]

[...]

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

Pelo referido carinho e afeto necessário exposto nos ensinamentos acima, entende-se que os referidos elementos primordiais devem estar inseridos nas relações paterno-filiais, pois, não apenas como uma nova visão doutrinária e jurisprudencial, tais elementos têm por finalidade evitar que o filho tenha um péssimo crescimento, torne-se desestruturado e assim não alcance o desenvolvimento comum esperado, ficando com falhas em sua personalidade.

Neste sentido, Fróes e Leão Júnior (2015, p. 97) lecionam acerca da necessidade de afeto inserida nas relações interpessoais, ao afirmarem que o amor é essencial sempre para com o próximo, independentemente de quem ele seja em relação ao indivíduo, o seu grau de parentesco, de modo que sua falta pode gerar sérios danos ao indivíduo que se viu ausente quanto ao recebimento desses atos afetivos.

Assim, através das demonstrações de afeto e demais elementos tão primordiais quanto, seja carinho, amor, convivência, de modo que, cada um com seu devido valor e benefício dentro das relações paterno-filiais, torna-se explícita a essencialidade da afetividade, como a grande e necessária característica das relações interpessoais contemporâneas.

2.3. Afeto como valor jurídico

Conforme todo o exposto acerca da essencialidade da afetividade neste presente capítulo, nota-se que o Direito de Família contemporâneo, por força da Carta Magna de 1988 e demais institutos jurídicos como também a ulterior atenção da doutrina e jurisprudência, consagrou o afeto inserido nas relações interpessoais das entidades familiares como a grande questão a ser tutelada e protegida, com diminuição da importância patrimonial nos litígios desta nova época.

Assim, de modo que o afeto se tornou um grande motivo para indivíduos demandarem litígios das relações familiares para serem resolvidos na justiça, discute-se ainda hoje um tema não pacificado, porém de caráter determinante a luz do Direito de Família contemporâneo, que é o valor jurídico do afeto, vez que o mesmo é abstrato diante de seu caráter subjetivo.

Este estudo será de grande valia para entendimento do próximo capítulo, pois é certo correlacionar o valor jurídico do afeto a ser tutelado, com sua situação quanto às relações paterno-filiais, a responsabilidade dos pais para com os filhos e, principalmente, a possibilidade de reparação de danos no judiciário, quando se demonstrarem existentes.

Neste compasso, relevante são os dizeres de Cardin e Frosi (2010, p. 3-4):

Trata-se o afeto de um fato jurídico, pois permite o estabelecimento de relações intersubjetivas entre as pessoas. Ele constitui relações jurídicas (famílias monoparentais, homoafetivas, relação de filiação oriunda da adoção), modifica (de namoro para casamento) e extingue (destituição do poder familiar, instituição da filiação afetiva em detrimento da biológica, etc.).

Na seara jurídica moderna, o afeto está inserido no rol de direitos da personalidade e foi paulatinamente sendo reconhecido como valor jurídico, decorrente dos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

Diante desta afirmação, importa dizer que o afeto, por força dos princípios que norteiam o Direito de Família contemporâneo, ao se tornar importante motivo de demandas judiciais não obstante seu caráter implícito no ordenamento jurídico, justamente foi elevado a um valor jurídico, para que possa ser apreciado em litígios familiares e, por outro lado, seja determinante para a solução dos referidos litígios, pois, conforme assevera Dias (2015, p. 53), diante de toda a evolução da matéria que tutela a família, “o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto”.

Na mesma ideia de Cardin e Frosi, uma discussão acerca do cuidado, que diz respeito ao valor jurídico do afeto, é fomentada na seara do judiciário, encontrando muita força na doutrina, pois conforme aponta Lôbo (2011, p. 65), o cuidado é visto como valor jurídico, pois encontra força nos estatutos tutelares de seres vulneráveis, conforme se demonstra uma criança, além de receber alta carga axiológica em decorrência de estar implicitamente baseado no princípio da solidariedade.

Entenda-se o cuidado, suportado pelos mesmos princípios basilares do afeto, como elemento essencial inerente às relações paterno-filiais, sendo um dever, de modo que não venha a ser distinto do afeto e sim mais uma vertente da afetividade. A luz do princípio da afetividade, demonstra-se toda sua importância quando presente nas relações entre os pais e seus filhos.

O que importa, enfim, são todos esses elementos primordiais para uma relação paterno-filial terem seu peso e valor quando demandado ao judiciário, pois, conforme Costa (2008, p. 368), estamos inseridos em uma fase em que o afeto recebeu maior carga em seu valor jurídico, sendo a afetividade determinante para existência e entendimento das famílias atuais. Diante disso, nota-se que o Direito de Família estabeleceu uma nova ordem jurídica para regulamentar as entidades familiares.

Não obstante o afeto ser aclamado como o elemento primordial nas relações familiares e ter reconhecido seu valor jurídico nos litígios familiares, grande questionamento paira diante de sua exigibilidade nas relações paterno-filiais.

Farias e Rosenvald (2011, p. 72-73), ainda que cientes da essencialidade do afeto, conforme explícito nesta referida obra, averiguam que a afetividade tem característica de espontaneidade, ou seja, natureza espontânea que não gera um dever, um vínculo obrigacional. Quem oferece o afeto, é porque lhe carrega e dele pode dispor a outras pessoas cuja relação se desenvolve a tal ponto, o que não acontece no caso contrário, pois é a afetividade explícito sentimento humano espontâneo, natural, uma peculiaridade que se mostra ordinária em uma relação.

Ocorre que, o afeto, cuidado e demais elementos que são direitos fundamentais da criança, são carregados não apenas de caráter amoroso que se demonstra subjetivo, mas também da objetividade que tem o caráter protetivo, ou seja, do dever que existe em tutelar o menor, pois, a luz das relações paterno-filiais contemporâneas, Dias (2015, p. 98) acrescentou que elevar o afeto a um valor jurídico não busca impor um valor ao amor, vez que isso seria impossível, mas tem por finalidade reconhecer que o afeto é o bem que para a criança tem o maior valor.

Em posição oposta, Farias e Rosenvald (2011, p. 73) pontuam acerca da inexigibilidade do afeto como valor jurídico:

O afeto, destarte, é situação relevante para o Direito das Famílias, mas desprovido de exigibilidade jurídica nas relações em que se apresente voluntariamente. Isto por conta de seu inescandível caráter de sentimento humano espontâneo.

[...]

Desta maneira, infere-se, com tranquilidade, que o afeto é elemento intrínseco às relações familiares, de grande relevo para as decisões judiciais nesse campo, porém insuscetível de ser entendido como um valor jurídico exigível através do Poder Judiciário, sob pena de martirizar a sua própria essência espontânea.

Afasta-se, portanto, uma suposta caracterização do afeto como um princípio jurídico do Direito das Famílias. Ora, se princípio jurídico fosse, o afeto seria exigível, na medida em que todo princípio jurídico tem força normativa e, por conseguinte, obriga e vincula os sujeitos. Assim sendo, a afetividade permeia as relações jurídicas familiares, permite decisões e providências nela baseadas [...]. Contudo, não se pode, na esfera técnica do Direito, impor a uma pessoa dedicar afeto (amor, em última análise) a outra.

As discussões conflitantes acerca do afeto como valor jurídico são indispensáveis, vez que indiretamente acabam por destacar o aspecto de essencialidade no cenário familiar contemporâneo, porém, mister destacar seu papel fundamental como mérito nas demandas judiciais paterno-filiais, pois, conforme exposto, tornou-se elemento primordial da família contemporânea com a vinda da Carta Magna de 1988 e tem por base, princípios e forças normativas de status constitucional, ainda que não expresso em nenhum diploma legal que tutela a família, principalmente o Código Civil de 2002, pois neste se encontra implícito.

Diante destes conflitos doutrinários, cabe brevemente destacar os dizeres de Baptista (2010, p. 223-224) que ratifica o necessário e atual status jurídico concedido ao afeto, pois, conforme o doutrinador, a família existe para disponibilizar ao menor a base para que este alcance seus objetivos e seja feliz, que não seja para ele apenas uma situação fática e sanguínea, mas também afetiva, de modo que os pais venham a cumprir satisfatoriamente seus deveres como protetores. Desta nova visão das relações entre pais e filhos, por força de entendimentos atuais jurisprudenciais, ocorreu o advento da filiação socioafetiva, a qual se sobrepõe em relação às filiações biológicas e sanguíneas, pugnando assim a elevação do afeto de não apenas elemento primordial para nortear as famílias, para também valor jurídico determinante nas mãos de um julgador.

Este visível apelo que ocorre por parte de doutrinadores adeptos da valorização do afeto, dá-se muito pela nova ordem inserida no Direito de Família contemporâneo, na troca de

holofotes do patrimônio para o afeto e, como anteriormente citado o exposto por Dias (2015, p. 97), hoje muito se fala em **paternidade responsável**, tornando a convivência entre pais e filhos um dever, uma obrigação, e não faculdade.

Considerável destacar que a elevação axiológica do afeto, cuidado, convivência e demais elementos norteados pela afetividade, para item primordial dos litígios familiares, novo mérito, decorre deste novo prisma que o ordenamento jurídico e a sociedade tem atribuído quando defronte aos referidos elementos.

Destarte, essencial realçar que não obstante as circunstâncias que tornam todos esses elementos abstratos, inerentes de caráter imensurável, por força da nova ordem que constitucionalizou as famílias, hoje não há dúvidas quanto ao valor jurídico atribuído aos referidos itens quando figuram nas lides familiares.

A questão que está distante de se encontrar mitigada, revestida de conflitos, é a possibilidade desses novos valores jurídicos criarem obrigações que, quando violados, transformam-se em condenações passíveis de reparação e indenização pecuniária na justiça.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

O conflito existente nas novas demandas familiares, em decorrência do afeto como mérito que substituiu o aspecto patrimonial, tem gerado intermináveis questionamentos provenientes da doutrina e jurisprudência que se debruçam acerca do estudo do presente caso.

Discute-se não apenas o valor do afeto, baseado em sua abstração, mas muito mais profundamente se indaga como a elevação do valor jurídico afetivo pode ser determinante nos litígios familiares na justiça, a fim de que crie obrigações e de sua violação, haja uma reparação pelos danos causados.

O afeto não é mais apenas elemento primordial entre relações familiares e entre seres humanos de uma maneira geral, mas especificamente na relação paterno-filial, sua finalidade é mais íntima, pois não busca apenas satisfazer o amor entre os indivíduos, mas busca também estabelecer o dever dos pais para com seus filhos em disponibilizar a eles todos os pilares que sustentam uma boa estrutura de regular crescimento e evolução, até que se encontrem independentes e, nos mais variados aspectos de um indivíduo, estáveis.

Por força de todo o exposto nos capítulos anteriores, este atual tem por finalidade demonstrar que a questão é passível de ser pacificada, conforme os referidos elementos oriundos da Constitucionalização do Direito Civil se tornam cada vez mais habituais entre a sociedade e juristas, os quais discutem acerca dos valores jurídicos que imperam nas relações e litígios familiares.

3.1. Responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro

O instituto da responsabilidade civil vincula as partes quanto aos seus atos, de forma que como toda ação gera uma reação, os atos dos seres humanos podem refletir de maneira saudável ou prejudicial. Pelo ordenamento jurídico, muitas vezes que a reação é prejudicial, ocorrem danos pela violação de um direito tutelado, pois houve o descumprimento de uma obrigação. A responsabilidade civil tem como condão restaurar o que havia antes do dano, o status anterior ao evento danoso e ilícito.

Neste compasso, assevera Gonçalves (2014, p. 17):

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se a ela restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em

restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

Pode-se afirmar, portanto, que *responsabilidade* exprime idéia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social.

Coloca-se, assim, o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê-se exposto às consequências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o *status quo ante*.

Consagrando o exposto acima, o pilar básico do instituto da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico se encontra especificamente no art. 927 do Código Civil atual, ao consolidar a regra que aquele que agir por ato ilícito e causar dano a outra pessoa, terá o dever e obrigação de repará-la, visando que o bem lesado retorne ao status que se encontrava antes do sofrer danos.

Fica explícita a regra do ordenamento jurídico brasileiro conforme expõe os textos doutrinário e legal, pois conforme realça Gagliano (2011, p. 58) “ninguém deve ser lesado pela conduta alheia”, sob pena do agente que cometeu ato ilícito ser condenado a ter de reparar os danos que atingiram a vítima.

Para Fiuza (2008, p. 277) “o termo responsabilidade normalmente está ligado ao fato de respondermos pelos atos que praticamos. Revela, então, um dever, um compromisso, uma sanção, uma imposição decorrente de algum ato ou fato. ”

Os arts. 186 e 187 do Código Civil de 2002 são taxativos quanto ao ato ilícito:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
(BRASIL, 2002)

Requer enfatizar o art. 186 supracitado, no tocante ao dano exclusivamente moral, pois, ainda que proveniente de bens imateriais lesados, há um *quantum* a ser indenizado.

“A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. ” (TARTUCE, 2014, p. 265)

Felizmente, Tartuce clareou a ideia acerca da abrangência da responsabilidade civil no ordenamento jurídico, o que cria bons reflexos ao Direito de Família, pois da observância de normas e regras que regulam a vida, entenda-se tanto bens materiais quanto imateriais, ou seja, morais e subjetivos.

Em conformidade com os artigos do diploma supracitado, pontua Lisboa (2012, p. 223-224):

Na sociedade pós-moderna, o instituto da responsabilidade civil possui papel fundamental para a resolução dos conflitos intersubjetivos e transindividuais, permitindo-se uma melhor compreensão da proteção do direito individual, coletivo e difuso.

A função da responsabilidade civil é dupla:

- a) *garantir o direito do lesado* [...];
- b) *servir como sanção civil*.

Assim, como noção básica, nota-se a função da responsabilidade civil com caráter dúplice, vez que busca prevenir quem sofre danos e punir o indivíduo que procede por meio de ato ilícito, gerador de eventos danosos. Não obstante ambas funções, faz-se primordial destacar a sanção civil aplicada aos litígios que se originam das relações paterno-filiais, como método não apenas punitivo, mas primordialmente disciplinar.

3.1.1. Elementos da responsabilidade civil subjetiva

Conforme se sabe, o presente estudo se dá em decorrência de violação a um direito subjetivo, que se faz abstrato. Para tanto, mister se demonstra brevemente analisar os pressupostos necessários para a caracterização do dever de indenizar calcado na culpa em sentido amplo, diante do caráter objetivo que, tanto o ato ilícito quanto o dano, carregam.

Assim, Nery e Donnini (2009, p. 252) destacam acerca do presente instituto “que três elementos específicos o compõem: o dano, a culpa e a relação entre ambos, o nexa causal [...]”

Cabe destacar:

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexa de causalidade [...] (GAGLIANO, 2011, p. 67)

Presente a culpa *in lato sensu*, quando demonstrada, é a chave necessária do nexo de causalidade entre o dano e o ato, a fim de que a responsabilidade subjetiva surta efeitos ensejadores de condenação a reparação.

“Destarte, segundo o novo Código Civil, a regra geral é a responsabilização subjetiva do agente causador do dano, devendo o autor da demanda demonstrar o dolo ou a culpa do agente, como um dos pressupostos da responsabilidade civil, [...]” (SOUZA, 2002, p. 26)

Neste sentido, Gonçalves (2014, p. 42) assevera acerca do tema:

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

Já Tartuce (2014, p. 421) foi enfático ao ressaltar que, como a responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico se fundamenta na teoria da culpa, para que o agente seja condenado a indenizar e reparar, seja condenado civilmente, necessário se faz provar sua culpa genérica, seja por dolo ou culpa em sentido restrito.

Destarte, em face do caráter genérico do ato ilícito e dano, ambos são elementos comuns e ordinários quando em análise de qualquer mérito que permeia a responsabilidade civil, porém, faz-se essencial a presença da culpa, como nexo de causalidade que relaciona as partes, como pressuposto determinante que possibilita alguma reparação e indenização proveniente de demandas afetivas, caracterizadas por discutir itens imateriais, como o afeto, o cuidado e outros inerentes às referidas demandas.

3.1.2. Responsabilidade civil nas relações paterno-filiais

Com base em todo o exposto neste capítulo, faz-se mister reconhecer que, como em todas as demais searas do ordenamento jurídico, o Direito de Família também é passível da ocorrência de ato ilícito e danos e, com aplicação da responsabilidade civil subjetiva, deve-se haver tutela quanto aos atos dos pais que geram danos aos seus filhos.

Os pais, sejam biológicos, socioafetivos, ou componentes de qualquer outra espécie de família, detém a obrigação de exercer o poder familiar sobre seus filhos. Estes, por sua vez, estão sujeitos a este instituto, conforme expressa o Código Civil em seu art. 1.630.

Do mesmo diploma legal, transcreve-se o exercício do pleno poder familiar, conforme se faz explícito o art. 1.634:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Grifo nosso)

(BRASIL, 2002)

Como foi visto anteriormente, em decorrência da evolução do Direito de Família, o poder familiar recebeu modificações em seu exercício, sendo mais benéfico aos filhos, pois, conforme assevera Dias (2015, p. 462) “o **princípio da proteção integral** acabou por emprestar nova configuração ao poder familiar, tanto que o inadimplemento dos deveres a ele inerentes configura **infração** susceptível à pena de **multa** (ECA 249). ”

Assim, entenda-se o poder familiar como um gerador de obrigações nas relações paterno-filiais, o qual evoluiu simultaneamente às entidades familiares e acompanhou as inovações jurídicas, atribuindo aos pais uma responsabilidade civil especificamente familiar para com seus filhos.

Neste compasso, Groeninga (2011, p. 81) ressalta que o Poder Familiar tem ênfase forte na característica de dever, não ficando sua função apenas restrita à sua definição, unicamente na esfera autoritária de mando e direção sobre os filhos. O Poder Familiar atribui aos pais funções que representam responsabilidades revestidas de verdadeira natureza obrigacional e assistencial.

Tal característica de dever, liga-se aos direitos, expressos em nosso ordenamento jurídico, que o menor vulnerável tem a fim de receber total proteção para a formulação de sua personalidade. Violados tais direitos, ocorre a violação de uma obrigação, e os pais supostamente os responsáveis pelo ato ilícito gerador de dano.

Desta forma, Lima (2013, p. 14) realça que “por um longo período de tempo, somente se concebia a aplicação da responsabilidade por indenizar os danos de ordem patrimonial, portanto, sequer era possível cogitar sua aplicação ao Direito de Família.”

Assim, Vieira (2009, p. 40) afirma que a dificuldade e complicação dos operadores do Direito de Família em aceitar a incidência da responsabilidade civil na seara familiar, justificava-se no fato de que as questões familiares condizem a conteúdos existenciais, com valor inapreciável e incomparável, assim não sendo um tema que se sujeitava a reparação de cunho pecuniário.

Nota-se a evolução do instituto da responsabilidade civil no Direito de Família, pois ao passo de que era incabível qualquer responsabilização por danos ocorridos no âmbito familiar, hoje se tem a condenação do pai e mãe, detentores da guarda do menor, a arcar com o pagamento de alimentos a este, como indenização por descumprimento de obrigações impostas na relação paterno-filial, por violação da responsabilidade que existe no tocante a concessão de bens materiais primordiais para a evolução da personalidade da criança.

Ocorre que, não obstante a objeção que caracterizou épocas passadas acerca da impossibilidade de demandar condenações familiares na justiça, a responsabilidade civil abrange danos provenientes de atos ilícitos, ou seja, demonstrada a culpa e presente o nexo causal entre ambos os requisitos, a reparação e indenização se faz possível, independentemente se o mérito é questão material e econômica, ou abstrata e existencial.

De forma prudente, conduz Dias (2015, p. 94):

É difícil vencer a controvérsia sobre a responsabilidade civil por ato praticado no âmbito do direito das famílias, uma vez que a resposta deve levar em linha de conta inúmeros fatores de ordem jurídica e até moral. Cabe ao juiz ponderar os valores éticos em conflito, não podendo deixar de perceber que, na especialidade da relação fundada no amor, o desaparecimento da afeição não pode ser, por si, causa de indenização.

Visualiza-se, logo, a possibilidade da responsabilização dos pais quando descumprem seus deveres inerentes ao poder familiar e a função de guardiões, ainda que venha o litígio versar sobre questões de caráter existencial, puramente moral e subjetivo, pois, deve-se sopesar justamente os valores éticos e profundamente íntimos que rondam a relação paterno-filial, como é o caso da ausência ou presença de afeto. Assim, a possibilidade de haver condenação dos pais por praticar ato ilícito e gerar danos morais e afetivos ao menor é possível e apreciável, o que se faz incerto é o deslinde da causa.

No ano de 2009, a Ministra Ellen Gracie do Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar o **Recurso Extraordinário nº 567164**, intentado por Rodrigo da Cunha Pereira e outros, entendeu por arquivá-lo.

Conforme teor do acórdão, o caso suportou divergências nos julgados até alcançar a esfera do Supremo Tribunal Federal. Primeiramente teve negado por juiz singular o pedido de indenização por abandono afetivo, cuja improcedência baseou-se no fato de que não houve intenção do genitor em caracterizar o abandono do filho, fato que motivou este a recorrer ao extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais. O Egrégio Tribunal mineiro, por sua vez, decidiu pela reforma com base no nexos causal entre a conduta ilícita do pai e os danos apresentados pela vítima. No que foi interposto Recurso Especial pelo pai, a demanda teve seu conhecimento e provimento, pois após sua apreciação, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que estava ausente um pressuposto primordial para a indenização por dano moral, que é a prática do ato ilícito. Inconformado, o filho interpôs o supracitado recurso no Supremo Tribunal Federal, não obtendo decisão favorável, pois conforme voto da referida Ministra, além de já haver a punição específica para o caso em análise, que é a perda do Poder Familiar, a questão em apelo se faz inviável pois limita-se ao âmbito de interpretação de matéria infraconstitucional. Destarte, o Pretório Excelso negou seguimento ao recurso, sob alegação que foge de sua competência a apreciação de danos morais por abandono afetivo.

Implica destacar os péssimos reflexos para as relações paterno-filiais a referida decisão da Suprema Corte, pois, indubitavelmente, são certos os seguintes dizeres de Gagliano (2011, p. 80):

Toda forma de dano, mesmo derivado de um ilícito civil e dirigido a um só homem, interessa à coletividade. Até porque vivemos em sociedade, e a violação do patrimônio — moral ou material — do meu semelhante repercute, também, na minha esfera pessoal.

O ordenamento jurídico acompanha a evolução da sociedade. Ainda que nem todo indivíduo recepciona da mesma forma algum ato, desde que o abandono e a ausência de afeto e carinho venha ser causador de danos, comprovada a culpa dos pais decorrente de conduta lesiva e omissa, há possibilidade de sobrevir o dever de indenizar. Conforme decisão do Egrégio Tribunal Superior, a elevação do valor jurídico dos já referidos elementos das relações paterno-filiais dá suporte para caracterização de violação de obrigações, de responsabilização dos pais para com a reparação de danos de cunho pecuniário, vez que houve lesão a direito fundamental do menor.

Neste ínterim, em 2012, contrariamente a decisão da Corte Suprema, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio da Ministra Nancy Andrighi, em decisão inédita proferida no Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), posicionou-se a favor da indenização por abandono afetivo, sendo enfática e certa ao asseverar que: **“Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever”**. De mais a mais, foi feliz novamente ao afirmar, no mesmo voto, que **“Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.”**

A respeitável decisão acima exposta, muito além do caráter punitivo da condenação a indenização por abandono afetivo, buscou expor o sentido e caráter moral dos pais em respeitar seus filhos, no momento em que cumprem suas obrigações como protetores e guardiões, responsáveis em conceder segurança aos menores.

Neste raciocínio, preleciona Dias (2015, p. 97):

Assim, a convivência dos filhos com os pais não é um direito, é um dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida. Por certo, a decisão do STJ reconheceu o cuidado como valor jurídico, identificando o abandono afetivo como ilícito civil, a ensejar o dever de indenizar.

Ante toda explanação neste trabalho acerca do afeto, como elemento primordial revestido de amor, carinho e outros itens, a luz da responsabilidade civil das relações paterno-filiais, analisa-se o cumprimento das obrigações e poderes decorrentes do papel de guardiões que devem os pais exercer em relação aos filhos. Ou seja, ainda que a relação paterno-filial não se caracterize pela concessão exacerbada de afeto, amor e carinho por parte do pai, o que seria ideal para a estruturação da personalidade do filho, os deveres básicos, tanto materiais como imateriais, são obrigações que tem por finalidade suprir o mínimo necessário para um desenvolvimento saudável do menor.

Dias (2015, p. 98-99), seguindo ainda mais afundo acerca do tema, tratou de sustentar e assegurar a teoria da perda de uma chance, na seguinte lição:

A teoria da perda de uma chance surgiu do alargamento do conceito de responsabilidade civil, para abranger não só os danos causados à pessoa humana, mas também o desaparecimento da probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro. Trata-se de modalidade autônoma de dano, que permite a reparação em decorrência da subtração da possibilidade

séria e real que tinha a vítima ele obter, futuramente, um benefício ou evitar ou minimizar determinada situação prejudicial a si, independentemente da certeza absoluta do resultado final.

Cada vez mais a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo a possibilidade de ele invocar a perda de uma chance no âmbito do direito das famílias.

[...]

[...] a perda de uma chance corresponde a uma possibilidade suficiente e mínima de obtenção de um benefício, caso não tivesse sido subtraída a oportunidade. E mais: a perda de uma chance pode estar relacionada a um dano não patrimonial [...].

Para Lopes (2005, p. 375) “A perda de uma chance ocorre quando se causa um dano por ato ilícito, o ato, interrompeu um processo que podia trazer em favor de outra pessoa a obtenção de um lucro ou a não obtenção de um prejuízo. ”

Conforme a teoria supracitada, o filho que se viu ausente de presença de seus guardiões, além de ter havido sua base material subtraída, a oportunidade de evoluir sua personalidade foi retirada, ao passo que deixou, ao longo de sua vida, de perceber benefícios que se fazem inerentes ao ser humano com regular crescimento e estrutura. O que se perde, basicamente, é a oportunidade de receber afeto e outros elementos, que transformariam drasticamente os mais variados aspectos que compõem um indivíduo.

Não obstante todo o exposto acima, na doutrina e jurisprudência atual ainda há sérias divergências acerca da responsabilização dos pais em face dos filhos quando surgem demandas acerca do abandono afetivo, pois, conforme Farias e Rosenvald (2011, p. 630-631) indagam, a questão é se o descumprimento do dever de assistência moral pode implicar em indenização por dano moral ao filho:

A questão vem suscitando acesos debates. Doutrina e jurisprudência apresentam posições intelectuais enormes, colocando em espaços diametralmente opostos aqueles que admitem a indenização por abandono afetivo do filho e os que negam esta possibilidade.

[...]

Esclareça-se que as peculiaridades próprias do vínculo familiar não admitem, em nosso sentir, a incidência pura e simples das regras de responsabilidade civil, exigindo uma filtragem, sob pena de desvirtuar a natureza peculiar (e existencial) da relação do Direito das Famílias.

A aplicação das regras da responsabilidade civil na seara familiar, portanto, depende da ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado. A simples violação de um dever decorrente de norma de família não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano. Exatamente por isso, não admitimos que a pura e simples violação de *afeto* enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta caracterizar-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes.

Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. [...]

Aparenta-se, assim, certo medo e receio da doutrina e jurisprudência em retirar da família, quando presente algum litígio afetivo, seu caráter existencial e não patrimonial.

Desta maneira Gagliano (2011, p. 730) comenta o referido receio:

Já aqueles que se contrapõem à tese sustentam, em síntese, que a sua adoção importaria em uma indevida monetarização do afeto, com o desvirtuamento da sua essência, bem como a impossibilidade de se aferir quantidade e qualidade do amor dedicado por alguém a outrem, que deve ser sempre algo natural e espontâneo, e não uma obrigação jurídica, sob controle estatal.

De modo que já foi diversas vezes citado, o afeto hoje tem elevado valor jurídico perante a justiça, ou seja, tem força normativa suficiente para caracterizar um ato ilícito quando violado. Não se busca descaracterizar sua essência peculiar e abstrata, mas apenas reparar um dano que realmente possa ter ocorrido, conforme a responsabilidade subjetiva produza efeitos suficientes para que haja condenação, quando presentes todos seus elementos.

Pondera, ainda, Gagliano (2011, p. 737):

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

Por força dos variados princípios apreciados no início deste trabalho, sabe-se que o recebimento de afeto, cuidado e principalmente a convivência familiar dos pais com o filho, baseados pela proteção integral e do melhor interesse do menor, surgem como incontestáveis direitos fundamentais da criança, que lhe garantem segurança jurídica, ainda mais se tratando de um ser dependente de outros para sobreviver e ser feliz.

Nesta linha, “para que a paternidade ou a maternidade ocorram é necessário ato de vontade, as obrigações advindas dessa relação devem ser cumpridas e, caso não o sejam, devem ser indenizadas” (FRÓES; LEÃO JÚNIOR, 2015, p. 145).

Deste modo, violado um direito primordial do menor, há configurada a irresponsabilidade dos pais, revestida de ato ilícito e culpa genérica, esta a ser demonstrada,

sendo o suficiente para dar respaldo ao pedido de uma indenização pecuniária. Insta ressaltar o caráter pedagógico da condenação em dinheiro, conforme supracitado, pois a seara da responsabilidade civil tem por finalidade, com base no poder coercitivo do Estado, demonstrar a ilicitude da conduta dos pais no tocante ao não cumprimento de suas obrigações, para que eles posteriormente venham a cumprir sua função social como família.

O Estado, colocando-se na situação jurídica do menor, atribui aos pais a condenação de reparar e indenizar o filho pecuniariamente, com a finalidade que eles exerçam suas atitudes de acordo com as responsabilidades e obrigações que lhes são devidas, sendo assim, a sanção imposta pela irresponsabilidade familiar.

Dias, dessa maneira, instrui (s.d., p. 2):

Não é por outro motivo que o Código Civil atribui aos pais o poder familiar. Independentemente de eles viverem juntos, é imposto o dever de convívio e de guarda, bem como o encargo de dirigir a criação e a educação da prole. Tanto é assim que o abandono é penalizado. [...]
De nada adianta todas essas regras, princípios e normas se a postura omissiva ou discriminatória dos genitores não gerar consequência alguma. Reconhecer – como historicamente sempre aconteceu – que a única obrigação do pai é de natureza alimentar, transforma filhos em objeto, ou melhor, em um estorvo, do qual é possível se livrar mediante pagamento de alimentos.

Deste modo, Dias busca enfatizar que o descumprimento das obrigações impostas aos pais, de acordo com a responsabilidade civil subjetiva, gera condenação pecuniária que transcende o caráter objetivo da responsabilidade paterno-filial, como é o caso do pagamento dos alimentos.

Reforçando a ideia supracitada, Lôbo (2011, p. 147-148) diz que “a responsabilidade civil por danos não é intrinsecamente de direito de família, e sim de direito civil em geral: a ofensa moral deve ser objeto de reparação civil segundo as regras comuns e não em razão do direito de família.”

Nesta linha, ainda Lôbo (2011, p. 312):

[...] o “abandono afetivo” nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas.

Pelos dizeres de Lôbo, torna-se visível o mérito da responsabilidade civil no Direito de Família contemporâneo, com destaque ao caso de abandono paternal, pois, conforme o

exposto, ignora-se a seara jurídica em litígio, ao passo que havendo ato ilícito, dano e nexo causal entre eles, há a abrangência da reparação civil e posterior apreciação para fins de reparação e indenização pecuniária. Assim, nos casos de questões em que o afeto e o amor figuram como mérito, fica a culpa *in lato sensu* dos genitores a ser comprovada.

Com clareza, Marmitt (1999, p. 113) assevera:

No Direito de Família abundam os valores imateriais indenizáveis. É terreno fértil da violência familiar, que por sua força e insuportabilidade já não mais permanece oculta aos olhos dos outros. Com frequência, exsurtem lesões graves dessa área do Direito. São os prejuízos morais resultantes de vulneração de virtudes da personalidade, dos atributos mais valiosos da pessoa, de sua riqueza interior, de sua paz jurídica, destruídas pelo parente, pelo esposo ou convivente. O patrimônio moral e familiar é algo muito precioso e de grande estimação, visto ser construído com carinho, afeto e sentimento em cada minuto da vida. A ofensa a esses bens superiores gera o dano moral ressarcível.

Destarte, nota-se a importância que os valores abstratos e subjetivos têm no ordenamento jurídico atual, com crescente força proveniente dos vários anos que se passaram. A instituição da responsabilidade civil no Direito de Família engloba não mais apenas lesões materiais, pois criou liame com o aspecto moral que há inserido nas relações paterno-filiais.

Dessa forma, como reflexo de todo o exposto, o maior benefício gerado aos filhos é a **segurança jurídica e familiar** que lhes são concedidos, ao passo que existe uma maior tutela quanto a responsabilidade dos pais em cumprir suas obrigações de protetores.

3.2. Danos decorrentes do abandono do menor

O exercício dos pais quanto a função de protetores e guardiões em relação aos seus filhos, quando revestido de ato ilícito, é verdadeiro causador de danos.

Conforme visto anteriormente, os possíveis danos causados aos filhos em consequência do descumprimento obrigacional dos pais, é matéria de muita discussão jurisprudencial e doutrinária pois, com base na responsabilidade civil subjetiva, os referidos danos devem ser comprovados, a fim de que o nexo causal entre os atos ilícitos e os danos sejam a junção real da culpa dos genitores.

No ordenamento jurídico brasileiro ainda há muita resistência em torno da possibilidade de haver reparações e indenizações por danos provenientes do abandono paternal e da ausência de afeto, pois, de acordo a alguns manifestos, as atitudes equivocadas e

incorretas dos pais quanto a concessão de afeto e convivência com seus filhos são itens inexigíveis, que por sua vez, não acarretam responsabilidade para arcar com um dano existencial, moral ou afetivo. Boa parte ainda se debruça nos danos materiais que são reparados por simples ação de alimentos, a qual muitas vezes não é cumprida e, agravante, não gera sequer uma sanção de caráter pedagógico aos pais infratores.

Mister demonstrar, assim, possíveis danos ocasionados aos filhos diretamente pela irresponsabilidade dos pais, quando os elementos essenciais da afetividade se fazem ausentes nas relações paterno-filiais, em decorrência do sumiço dos genitores ou de um deles apenas, seja quando o menor é recém-nascido ou pouco mais crescido, e também nas hipóteses de habitarem o mesmo lar, mas sem afeto e uma convivência carinhosa.

A doutrina trata o tema com uma diversidade de termos, atribuindo ao dano proveniente do abandono afetivo como dano moral, dano existencial, dano à personalidade, dano afetivo, dano à pessoa e etc., porém, destaca-se que, independentemente da natureza e definição do dano, ele é sempre presente e por violar o caráter interno e subjetivo da criança, deve ser analisado para que cada vez mais seja evitado.

A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz **danos emocionais** merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez ele forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes. (DIAS, 2015, p. 97-98)

Ao falar de menores e crianças, discute-se sobre indivíduos vulneráveis e que, obviamente, estão com sua personalidade em formação. O dano emocional proveniente de um abandono dos genitores é esperado e fica no patamar de alta iminência até que aconteça.

Conforme Souza (2002, p. 29):

O dano moral, na verdade, vem a reconhecer bens jurídicos desvinculados do patrimônio, tratando de bens inerentes à personalidade humana, como a honra, a vida, a liberdade etc. A seu turno, poderá haver danos de outra natureza, assim denominados como o dano à imagem, ao autor etc., mas todos, basicamente, têm como fundamento o direito da personalidade, e nela se assenta o conceito de proteção jurídica.

O autor acima buscou atribuir aos possíveis danos uma maior dimensão e importância, atrelando-os ao direito da personalidade, sendo o dano à personalidade um gênero que abrange todas as demais espécies de danos, pois “[...] embora a maioria da

doutrina venha a definir de modo genérico o dano moral, preferimos como conceituação de dano à personalidade, ou danos pessoais, toda a violação a direitos inerentes e essenciais ao ser humano, ou seja, à personalidade” (SOUZA, 2002, p. 31).

Já Vieira (2009, p. 32), há no ordenamento jurídico o dano à pessoa, como espécie do dano moral, e este referido dano existe no momento que o indivíduo, ser inerente de valores e tutelado por princípios basilares da existência humana, como a dignidade, encontra-se reduzido à condição de objeto, tendo ignorada sua personalidade.

Há diversas obrigações das relações paterno-filiais que devem ser cumpridas, e se assim não se procedem, ocorre a possibilidade do surgimento de diversos danos, pois, desta linha de raciocínio,

Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante à interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, [...] o abandono certamente afeta a higidez psíquica do descendente rejeitado. (MADALENO, 2011, p. 382)

É fato que, por ter grau de discernimento, ainda que baixo, o menor preenchido de muita emoção e pouca racionalidade, tem por consequência sofrer sérios danos psíquicos e emocionais, de modo que podem se agravar na medida que a criança se torna cada vez mais consciente que sofreu abandono por irresponsabilidade de seus genitores.

Nos dias atuais, é imprescindível haver uma grande tutela sobre o menor a fim de que se evite sofrer dano moral, pois, conforme assevera Cardin (2012, p. 138), a proteção contra o dano moral nas relações familiares tem por desiderato, a preservação do direito à honra, pois a honra um dos bens de maior valor na vida de um ser humano.

Madaleno (2013, p. 375) afirma que, o pai que se esquiva perante o juízo de reconhecer seu filho, fugindo da verdade biológica, reproduz ao menor um agravo moral à sua identidade física, social e psíquica.

Groeninga (2011, p. 166) realça que para a formação da personalidade da criança, há a convivência contínua e descontínua, e que para obter uma regular evolução do menor, a convivência ambiental entre ele e seus pais é fundamental. Esta convivência ambiental relacionada a necessidade da criança, requer salientar, varia de acordo com a sua idade e maturidade, porém, ainda que contínua ou descontínua a convivência entre pais e filhos, de qualquer maneira eles contribuem para o mundo psíquico do menor.

Da lição acima, nota-se a relatividade dos possíveis danos morais que os menores figuram como vítimas, pois, dentre vários fatores, a convivência ainda que esporádica dos pais com seus filhos, dependendo da maturidade e situação psíquica destes, pode gerar uma evolução de personalidade semelhante daquelas relações paterno-filiais que há convivência próxima em período integral, no mesmo habitat, assim, não vindo a surgir nenhum tipo de dano em face da criança.

Dias (2015, p. 542) exerceu importante análise acerca do abandono afetivo, atribuindo à ausência dos pais na formação da personalidade dos filhos, o seguinte termo:

Comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera **dano afetivo** suscetível de ser indenizado.

[...]

A lei responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, violam a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. (Grifo nosso)

Nota-se que, a aceitação da doutrina e jurisprudência no tocante à responsabilização dos genitores a serem condenados a indenizar e reparar os estragos ocasionados ao menor, desperta atenção primordial ao fato de que o abandono afetivo tem por forte consequência causar danos ao aspecto psíquico da criança, que agravado no tempo, interfere em toda a sua personalidade, e desta forma, os estragos podem ser permanentes.

Conforme Madaleno (s.d., s.p.), as arbitrariedades que os pais cometem no tocante ao provimento das necessidades básicas, físicas e emocionais, de seus filhos sob sua tutela, tem provocado uma mudança da doutrina e da jurisprudência, a fim de que haja proteção do menor e a reparação ao dano psíquico que se origina pela não concessão natural do afeto e da convivência, que contribuem diretamente na formação da personalidade da criança.

Os danos que atingem a subjetividade do menor, quando configurado o abandono afetivo, exteriorizam-se por meio de danos psíquicos, psicológicos e emocionais, de modo que posteriormente venham a gerar outros danos e que por vezes são sucedidos por lamentáveis e até mesmo trágicos desfechos.

Lôbo (2011, p. 311) expõe um caso que torna explícita a gravidade do dano:

Terceiro caso (SP): o juiz condenou em 2004 um pai a pagar indenização no valor de R\$ 50.000,00 por **danos morais e tratamento psicológico da filha**. O pai a abandonou com poucos meses de vida, quando se separou da mãe

para constituir nova família. A jovem abandonada sentiu-se rejeitada e humilhada em razão do tratamento frio dispensado a ela pelo pai, especialmente por todos serem membros da colônia judaica, “crescendo envergonhada, tímida e embaraçada, com complexos de culpa e inferioridade”, submetendo-se, por isso, a tratamento psicológico. (Grifo nosso)

Esses danos, quando configurado o caso de abandono afetivo pelos seus modos mais distintos, tem sua ocorrência de forma iminente. Ainda que a cultura de uma região, costumes de uma família e outros fatores possam ser determinantes para haver danos ou não, em suma, o abandono afetivo e carinhoso gera a toda criança uma ausência de itens fundamentais que ela não contaria ser suprimida de maneira voluntária por seus genitores.

Assim, ainda que haja questionamento acerca de qual a natureza dos danos que ocorrem quando há o abandono afetivo, se são físicos, emocionais, morais, psíquicos, afetivos, psicológicos, contra à personalidade e outros, requer ressaltar que são todos danos que surgem quando o menor tem violado os mesmos valores que o constituem como ser humano revestido de garantias e direitos fundamentais, ou seja, afetam diretamente sua honra, personalidade e principalmente dignidade.

3.3. Indenização pecuniária pelos danos causados por abandono afetivo

Ante todo o exposto, este tópico tem por finalidade demonstrar a tendência do Poder Judiciário, conforme suas recentes manifestações, quanto às demandas que buscam indenização por abandono afetivo, a luz dos reflexos da Constitucionalização do Direito de Família, os quais atribuíram maior força aos itens e valores inerentes às entidades familiares.

Tartuce (2014, p. 53) assevera que “A questão do abandono afetivo é uma das mais controvertidas do Direito de Família Contemporâneo. O argumento favorável à indenização está amparado na dignidade humana.”

Respeitando toda a trajetória do Poder Judiciário em suas atuações no tocante a demandas afetivas, atribuir hoje uma maior atenção aos casos que giram em torno do afeto é reflexo de um Estado Democrático de Direito, caracterizado por respeitar todos os valores de seus indivíduos.

Diante de incertezas e discussões quanto ao cabimento de indenizações por abandono afetivo, faz-se mister destacar, primordialmente, um direito básico do ser humano, o qual aduz garantia jurídica de acesso a justiça, conforme cita o inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna de 1988:

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:

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

(BRASIL, 1988)

Com a elevação axiológica do afeto, cuidado e outros elementos perante a doutrina e jurisprudência, surgiram em prol do menor, direitos fundamentais que constituem seu indivíduo vulnerável dentro de uma família e inserido em uma sociedade. O que se buscou ressaltar na responsabilidade civil subjetiva, é que tais novos direitos quando violados, tornam-se legítimos para figurar como mérito em demandas familiares na justiça e, de acordo com a garantia constitucional supracitada, é dever do Estado apreciar os casos que surgem, assim, tendo o poder público seu papel de intervenção mínima, porém essencial nas famílias.

Rapidamente retomando, conforme anteriormente exposto, a demanda por abandono afetivo intentada por Rodrigo da Cunha Pereira e outros, em 2009, foi infrutífera aos olhos dos adeptos a indenização, pois o Recurso Extraordinário nº 567.164, teve negado seu seguimento perante o Supremo Tribunal Federal sob alegação de que em nenhum momento existiu violação direta de norma prevista na Constituição Federal.

O próprio Superior Tribunal Justiça, no conhecido Recurso Especial nº 757.411, anteriormente ao referido Recurso Extraordinário, reformou acórdão do Tribunal de Justiça de origem que julgava procedente a indenização por abandono paternal, alegando que os atos ilícitos cometidos pelo genitor acarretavam como sanção máxima, a perda do poder familiar.

Inconformado com a decisão da Suprema Corte, ressalta Cassettari (2011, p. 263):

Mesmo com o posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal não iremos desistir, pois entendemos que um dos maiores danos que um pai ou uma mãe pode causar ao filho é o de não oferecer-lhe assistência afetiva. Não pode esquecer que filhos não pedem para vir ao mundo, ou seja, nascem em razão de um ato de responsabilidade ou irresponsabilidade dos seus pais, motivo pelo qual a indenização por abandono afetivo teria um papel muito importante para consagrar o princípio da paternidade responsável, dando um caráter pedagógico para essa indenização.

Consoante ao apelo de Cassettari e, de forma que a questão da indenização não se encontrara superada, no ano de 2012, daquela que veio a ser a mais famosa frase no tocante ao

relacionamento paterno-filial, proferida pela Ministra Nancy Andrighi que “amar é faculdade, cuidar é dever”, a Terceira Turma do Superior Tribunal Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.159.242 – SP, aplicou condenação de indenização por abandono afetivo.

Ainda que parte da doutrina e jurisprudência considere errônea decisões concedentes de indenização por abandono afetivo, com alegações que não se pode monetizar sentimentos espontâneos, subjetivos e voluntários, nos encontramos diante de ato ilícito causador de graves danos, e assim o Código Civil é claro, no que expressa em seu art. 952, enfatizando o texto de seu parágrafo único:

Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado.

Parágrafo único. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele.

(BRASIL, 2002) (Grifo nosso)

Desta maneira, a pretensão de um indivíduo em haver no judiciário os danos que sofreu serem indenizados pecuniariamente, encontra respaldo expresso no texto legal supracitado. Assim, ainda que o afeto se demonstre abstrato e o dano em sua personalidade mais imensurável ainda, cabe ao julgador aplicar justamente a quantia que considerar adequada ao caso concreto.

Em 2011, a Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao apreciar a Apelação Cível nº 2011.043951-1, votou a favor da condenação de um pai a indenizar seu filho por abandono afetivo, em decorrência da violação do princípio da igualdade de filiação, pelas alegações do autor de que era injustificadamente discriminado com relação aos demais. A julgadora afirmou, ainda, que a pretensão do filho tinha sustentáculo na teoria da perda de uma chance, pois o pai sempre se absteve quanto a suprir as necessidades primordiais dele.

Já em 2013, no sentido contrário ao caso anteriormente exposto, o Desembargador Alzir Felipe Schmitz, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao negar provimento para a Apelação Cível nº 70054827019 RS, cuja filha requereu a condenação de seu genitor por abandono afetivo, fez importante reflexão ao salientar que o dano não guardava nexos de causalidade com os atos do pai, o que é requisito primordial para possível condenação pelo abandono, a luz da responsabilidade civil subjetiva. No presente caso, a filha não conseguiu provar que a suposta doença neurológica que lhe acomete é proveniente de ato ilícito

cometido por seu pai, além de que, por culpa de sua mãe, ela pensava que seu pai já estava morto. O Desembargador, assim, rechaçou qualquer possibilidade de indenização, vez que não houve nexo de causalidade entre atos e danos, não havendo responsabilização do pai e, como maior reflexo, não vulgarizando a justiça como mercado de troca de afeto por pecúnia.

Apesar da impactante decisão da Ministra Nancy Andrighi em sede de Recurso Especial acerca de indenização por abandono afetivo ter propiciado um novo e mais flexível rumo quanto às referidas demandas que surgem no judiciário, faz-se mister destacar que, há mais de uma década, houve a primeira manifestação quanto a possibilidade de responsabilização dos pais a serem condenados a reparação pecuniária por omissão afetiva para com seus filhos.

Foi o caso do juiz Mario Romano Maggioni, da comarca de Capão da Canoa, no Rio Grande do Sul, que no ano de 2003, nos autos do processo nº 1030012032-0, após revelia do genitor no processo, julgou o pedido procedente condenando-o a indenizar a filha em 200 salários mínimos da época, no montante de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais) pelo abandono moral e afetivo, não bastando o pagamento de pensão alimentícia regularmente. Foi o primeiro caso em que houve trânsito em julgado de uma ação de indenização por abandono afetivo no ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante a inovadora decisão, importa destacar os dizeres do Magistrado, quanto a responsabilidade dos pais em relação aos seus filhos. Ressaltou que a educação abrange não somente a escolaridade, mas também todos os demais elementos necessários para uma boa evolução da personalidade do filho, sem danos e traumas psíquicos e emocionais. Ademais, ninguém é forçado a ser pai, ainda que há diversos meios de prevenção, porém, se assim optou, deve disponibilizar de bens materiais e imateriais, sob pena de reparar os danos causados ao filho pela ausência dos referidos itens.

Acerca do acórdão proferido pela Ministra Nancy Andrighi, Tartuce pontua (2014, p. 56-57):

O acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça representa correta concretização jurídica dos princípios da dignidade e da solidariedade; sem perder de vista a *função pedagógica* que deve ter a responsabilidade civil. Aliás, tal *função educativa* afasta qualquer argumentação a respeito de uma suposta *monetarização do afeto*. Atente-se que esta última *falsa premissa*, levada às últimas instâncias, afastaria qualquer possibilidade de reparação imaterial em nosso País. Cumpre lembrar, em reforço, que a CF/ 1988 encerrou o debate sobre a reparação dos danos morais como compensação pelos males sofridos pela pessoa, notadamente pela expressão do seu art. 5.º, incs. V e X.

Espera-se, assim, que o posicionamento pela reparação dos danos morais em decorrência do abandono afetivo prevaleça na nossa jurisprudência, visando a evitar que outros pais abandonem os seus filhos. Conforme entrevista dada ao *Jornal Folha de São Paulo*, de 5 de maio de 2012, a autora da ação, Luciane Souza, pretendia apenas um mínimo de atenção de seu pai, o que nunca foi alcançado. Diante das perdas imateriais irreparáveis que sofreu, não restava outro caminho que não o da indenização civil, o que deve ser acompanhado por outros julgados no futuro.

Neste diapasão, cumpre ressaltar que a tentativa de obter indenização pecuniária por ausência de afeto, carinho, convivência e etc., não retira a importância da condenação ao pagamento de pensão alimentícia por abandono material. Ocorre que, mesmo com condenações desta natureza, há genitores que não alteram sua conduta lesiva, não sobrando esperança ao menor indefeso de conseguir uma reaproximação, ficando assim, a indenização pecuniária como uma saída que busca amenizar suas dores.

Preventivamente, o supracitado art. 1.634 do Código Civil, expõe diversos deveres dos pais com relação aos filhos, porém, conforme Dias (2015, p. 465-466):

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a **afetividade responsável** que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. Daí a tendência jurisprudencial em reconhecer a responsabilidade civil do genitor por **abandono afetivo**, em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando obrigação indenizatória por dano afetivo. A omissão dos genitores, deixando de garantir a sobrevivência dos filhos, como, por exemplo, deixando imotivadamente de pagar os alimentos, configura o delito de **abandono material** (CP 244).

O objetivo primordial de tais demandas, é demonstrar aos pais que não cumprem suas obrigações adquiridas pelo poder familiar, a violação moral que cometem em face de seus filhos e o caráter pedagógico da punição, a fim de que a sociedade, nas demais relações paterno-filiais defronte a essas condenações, perca o costume de abandono do menor, que é verdadeiro descaso humano, para que não haja mais atos grotescos em face dos filhos.

Diante de diversos casos que já ocorreram no ordenamento jurídico brasileiro, Gagliano (2011, p. 737) alega que o caráter pedagógico e punitivo da indenização, conforme a função social da responsabilidade civil, evita que a simples “perda do poder familiar” atribuída aos pais que abandonaram seu filho e não fazem mais questão dele, repercuta-se na

realidade como um verdadeiro bônus e favor ao casal, pois caso contrário, as consequências jurídicas por esses comportamentos danosos seriam totalmente falhas.

Busca-se também, por caráter social das indenizações, que uma das finalidades primordiais da família possa ser alcançada ainda mais facilmente, tornando-se consciência nas entidades familiares: ser pilar sólido para o natural e feliz desenvolvimento do indivíduo, pois, “O ideal a ser alcançado em todas as relações familiares é a harmonia, por meio do afeto” (MONTEIRO; TAVARES DA SILVA, 2012, p. 18).

Destarte, nota-se assim que atualmente a questão é ainda muito controvertida no Poder Judiciário, com constantes divergências nas decisões e votos entre Juízes, Desembargadores e Ministros, não havendo pronunciamento pacífico acerca do tema, não obstante a evolução jurisprudencial e doutrinária acerca da matéria.

3.4. Breve análise do projeto de lei do Senado nº 700/07 e projeto de lei nº 4294/08

De acordo com a gradativa evolução da matéria, conforme a doutrina e a jurisprudência passaram a dar maior atenção às demandas por abandono afetivo que surgiram para apreciação do poder judiciário, o poder legislativo também buscou se atualizar, vez que tem função primordial no ordenamento jurídico e deve mantê-lo em sintonia com a realidade da qual a sociedade está inserida.

Desta forma, no ano de 2007, o Senador Marcelo Crivella protocolou o Projeto de Lei nº 700, cuja finalidade, conforme aduz a ementa, é a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para que o abandono afetivo seja caracterizado como ilícito civil e penal.

Assim, busca-se a caracterização de crime o cometimento de abandono afetivo dos filhos por parte dos pais, não mais ficando a sanção adequada no patamar de destituição do Poder Familiar e pagamento de alimentos, mas sim na iminência de haver uma condenação a reparação de danos, conforme ausência de bens materiais e principalmente imateriais, como é o caso da convivência.

Recentemente foi aprovada pela Comissão de Direitos Humanos (CDH) a mudança do ECA no tocante a reparação pelos danos ocasionados quando os pais se demonstrarem ausentes e não prestarem assistência ao filho menor.

Outro importante evento legislativo acerca do tema é o Projeto de Lei nº 4294 de 2008 do Deputado Carlos Bezerra que tramita da Câmara dos Deputados, tendo por desiderato mudança semelhante ao Projeto de Lei do Senado supracitado.

O Projeto de Lei nº 4294 de 2008 busca alterar o Código Civil e também o Estatuto do Idoso, a fim de que tanto os menores quanto os idosos abandonados, possam superar a questão da subjetividade do amor e afeto e haver uma indenização pecuniária na justiça para que suas dores sejam dirimidas ou atenuadas.

De acordo com o Deputado, as relações familiares hoje não estão mais pautadas no aspecto patrimonial-individualista, pois na existência do dever de convivência e concessão de afeto, quando descumprida a obrigação, a ilicitude do ato gera danos calcados na tristeza e solidão, além de atingir a personalidade do indivíduo abandonado. Ademais, há uma violação ética e moral.

Diante de todo o exposto, requer destacar a importância e grandeza que o tema vem recebendo, a fim de que as condutas dos pais que desembocam em abandono de seus filhos sejam diminuídas e cada vez mais evitadas, como reflexo da evolução da tutela sobre o direito dos menores.

CONCLUSÃO

As entidades familiares sempre foram livres para se constituir da maneira que bem entendem, ocorre que, diante da evolução das épocas, culturas de povos e sociedades, a família brasileira necessitou da inserção de novos valores em suas relações, como é o que ocorre principalmente nas relações paterno-filiais.

Antigamente o pai se ausentava do lar sem período determinado e não gerava consequências jurídicas, entretanto, hoje, tal conduta chega até mesmo configurar o abandono afetivo de um filho.

Uma conduta, antes natural, que revestida por atos ilícitos gera danos que anteriormente não recebiam a devida atenção, é reflexo de uma nova época que atribui maior proteção às famílias. A era contemporânea alterou o mérito da família, enfraquecendo o caráter patrimonial e atribuindo maior valor jurídico ao afeto e outros elementos inerentes das relações familiares.

Os genitores, protetores, nem sempre conseguem conceder aos seus filhos a mais adequada forma de afeto e convivência, pois no tocante à personalidade e modo de se relacionar dos seres humanos cada um é peculiar a sua maneira, porém, quanto aos deveres que existem no papel de pai e mãe, conforme o Poder Familiar, há uma finalidade moral e social que deve ser respeitada.

Não são os filhos que escolhem vir para este mundo repleto de atrocidades, porém, no que aqui estão, devem receber ao menos uma base mínima de seus pais a fim de que sustente todo seu crescimento regular, pois a evolução de sua personalidade abrange todos os seus aspectos individuais que refletirão por toda vida.

Qualquer vítima abandonada trocaria uma dolorosa demanda judicial, em face de um indivíduo que lhe propiciou uma história neste mundo, por uma longa e saudável convivência, pois, este é o próprio fundamento da indenização por abandono afetivo, não é um mercado aberto a negociações, mas sim um justo lamento da vítima que sem enxergar outras possibilidades, para ter sua dor amenizada, dá-se unicamente por sanções pecuniárias.

Notou-se neste trabalho que tanto o legislador, o julgador e a própria doutrina se deparam com uma matéria delicada e complexa, pois apreciam questões que tem por mérito valores subjetivos, espontâneos e naturais, porém aguardados pelo ser humano que deles necessite.

Não obstante a evolução da tutela acerca dos direitos dos menores, o abandono ainda se faz bem presente na realidade brasileira, havendo sucessivos descumprimentos das obrigações paterno-filiais, fato que atribui aos pais uma divergente responsabilidade civil sobre os danos causados.

Destarte, busca-se ainda um aperfeiçoamento mais profundo e técnico sobre as demandas referentes a indenizações pecuniárias propostas por filhos abandonados pela falta de afeto e convivência de seus genitores e guardiões.

O maior reflexo que se espera é que o caráter pedagógico e didático das punições alcance sua maior finalidade, em sua máxima eficácia, ou seja, tornando-se consciência comum na sociedade e nas famílias que os bons sentimentos e valores entre pais e filhos não é uma questão a ser imposta coercitivamente pelo Estado, mas sim uma tarefa íntima e responsável que está inerente ao papel dos pais, devendo ser integralmente cumprida.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA. **Menor ou idoso abandonado afetivamente poderá pedir indenização.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ASSISTENCIA-SOCIAL/130425-MENOR-OU-IDOSO-ABANDONADO-AFETIVAMENTE-PODERA-PEDIR-INDENIZACAO.html>. Acesso em: 14 de outubro de 2015.

BAPTISTA, Sílvio Neves. **Manual de direito de família.** 2. ed. Recife: Editora Bagaço, 2010.

BRASIL. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm. Acesso em: 10 de setembro de 2015.

_____. **Constituição Federal: 05 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 de junho de 2015.

_____. **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 06 de outubro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9).** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019>. Acesso em: 07 de outubro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 757.411 – MG (2005/0085464-3).** Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 567164.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=567164&classe=R E&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

_____. Senado Federal. **PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 700**, 06 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>. Acesso em: 14 de outubro de 2015.

_____. Câmara dos Deputados. **PROJETO DE LEI Nº 4294-A**, 12 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=864558&filename=Avulso+-PL+4294/2008. Acesso em: 14 de outubro de 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; FROSI, Vitor Eduardo. **O afeto como valor jurídico**. Disponível em: <http://galdino.adv.br/site/artigos/index/page/2>. Acesso em: 21 de setembro de 2015.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência e crítica judiciária, ano 56, n. 368, junho de 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Pai! Porque me abandonaste?** Disponível em: http://mariaberenice.com.br/uploads/pai._por_que_me_abandonaste.pdf. Acesso em: 08 de outubro de 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, direito das famílias. v. 6. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 12. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FRÓES, Carla Baggio Laperuta; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. **Afetividade: essencialidade nas relações familiares**. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, direito de família. As famílias em perspectiva constitucional. v. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. **Novo curso de direito civil**, responsabilidade civil. v. 3. 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, responsabilidade civil. v. 4. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. **Direito civil brasileiro**, responsabilidade civil. v. 4. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GOUVEIA, Débora Consoni. **A autoridade parental nas famílias reconstituídas**. Dissertação de Mestrado em Direito Civil. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos**: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário. Tese de Doutorado em Direito Civil. Universidade São Paulo, São Paulo, 2011.

LIMA, Anna Carolina Dias Teixeira Lima. **Responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo parental**, 2013. 27 f. Artigo. (Trabalho de conclusão de Curso). Pós-Graduação *Lato Sensu*, Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/AnnaCarolinaDiasTeixeiraLima.pdf. Acesso em: 19 de outubro de 2015.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: direito de família e sucessões. v. 5. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Manual de direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. v. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**: obrigações em geral. 5. ed. rev. e atual. por MARIA, José Serpa Santa. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de direito de família**. 1. ed. Barueri: Editora Manole, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 51. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **A multa afetiva**. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=34>. Acesso em: 17 de agosto de 2015.

_____. **O custo do abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943>. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

MARMITT, Arnaldo. **Dano Moral**. Rio de Janeiro: Aide, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. (Coord.). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?sequence=1. Acesso em: 08 de setembro de 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **APELAÇÃO CÍVEL Nº 70054827019 RS**, da Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz. Julgado em 23 de setembro de 2013. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113482977/apelacao-civel-ac-70054827019-rs/inteiro-teor-113482985>. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Comarca de Capão da Canoa. **PROCESSO Nº 141/1030012032-0**, da Segunda Vara Cível. Juiz: Mario Romano Maggioni. Julgado em 16 de setembro de 2003. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2004-jun-18/pai_pagar_indenizacao_abandono_filha. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011.043951-1**. Relator: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Julgado em 06 de setembro de 2011. Disponível em:

https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/103477/Anexo_D.pdf?sequence=5. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda compartilhada**. Leme: Editora de Direito, 2006.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. Barueri: Manole, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. v. 5. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

_____. **Manual de direito civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

_____. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de Direito Civil: direito de família**. v. 2. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. v. 6. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. (Coleção direito civil)

VIEIRA, Natália Caliman. **Danos morais decorrentes do abandono afetivo nas relações paterno-filiais**. A tutela jurisdicional dos danos à pessoa humana. Disponível em: http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/Natalia_caliman.pdf. Acesso em: 08 de setembro de 2015.

VIEIRA, Sérgio. **‘Abandono afetivo’ de filhos pode virar crime**. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/09/abandono-afetivo-de-filhos-pode- virar-crime>. Acesso em: 14 de outubro de 2015.