

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
TAUANE NORONHA DE SOUSA**

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

RUBIATABA/GO
2022

TAUANE NORONHA DE SOUSA

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

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor Mestre em Ciências Ambientais
Edilson Rodrigues.

RUBIATABA/GO

2022

TAUANE NORONHA DE SOUSA

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

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor Mestre em Ciências Ambientais
Edilson Rodrigues.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM __ / __ / ____



EDILSON RODRIGUES - Mestre em ciências ambientais

Orientador

Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

LUCIVÂNIA CHAVES DIAS DE OLIVEIRA - Especialista em Docência no Ensino

Superior

Examinadora

Professora da Faculdade Evangélica de Rubiataba

LINCOLN DEIVID MARTINS - Especialista em processo civil

Examinador

Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba



Dedico este trabalho à minha família, aos meus amigos, professores e colegas pelo incentivo, apoio e confiança em mim

depositados durante o período de estudos acadêmicos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela minha vida, à minha família, que sempre esteve presente e me incentivou com apoio e confiança, abrindo mão de horas de lazer e da minha companhia em especial minha mãe, que a pouco mais de um ano não está mais entre nós, e com quem aprendi que a estrada para a caminhada somos nós mesmo que fazemos. Ao meu orientador com quem eu tive o privilégio de conviver e contar com sua dedicação, disponibilidade e paciência, me guiando durante a realização dessa monografia. Aos colegas, professores e funcionários da Universidade, que foram importantes para a jornada acadêmica e concretização dessa etapa da minha vida.

EPÍGRAFE

“De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.” Rui Barbosa

RESUMO

O objetivo desta monografia é analisar as mudanças do direito de família após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, e como essas mudanças interferiram nas relações familiares. Novos deveres que elevaram todos os membros da família a um mesmo patamar, onde se busca a realização individual em primeiro lugar. O trabalho discute se a falta de afeto do genitor acarreta a responsabilização civil e se a ausência da convivência com o genitor fere a dignidade da pessoa humana. Para atingir o objetivo proposto, utiliza-se o método dedutivo, que se fundamenta no esboço de princípios e conceitos, bem como o método qualitativo com emprego de material bibliográfico e documental legal. Diante disso, traz como problemática: O afeto familiar é um dever jurídico? A hipótese desta é que a compensação moral, embora tenha um caráter compensatório para a pessoa que dela sofreu, muitas vezes não desempenha esse papel, porque na verdade não se pode monetizar o amor, mas desempenha de forma íntegra o caráter de sanção àquele que deixou de exercer seu papel. Ao final do presente estudo, verifica-se que o afeto é inerente ao direito à vida, a saúde, a liberdade, enfim aos preceitos da dignidade da pessoa humana e a omissão deste dever da paternidade responsável, pode causar danos irreparáveis e que merecem ser apurados perante a responsabilidade civil e perante o direito de família.

PALAVRAS CHAVE: Abandono afetivo.. Dano Moral. Indenização. Família. Responsabilidade Civil

ABSTRACT

The objective of this monograph is to analyze the changes in family law after the Federal Constitution of 1988 came into effect and how these changes have interfered with family relationships. New duties that have raised all family members to the same level where individual fulfillment is sought first. The monograph discusses whether the lack of affection from the genitor leads to civil liability and whether the lack of coexistence with the genitor offends the dignity of the human person. To reach the proposed objective, the deductive method is used, based on the outline of principles and concepts, as well as the qualitative method with the use of bibliographic material and legal documents. In view of this, the problem is: Is family affection a legal duty? The assumption of this one is that moral compensation, although it has a compensatory character for the person who suffered from it, often does not play this role, because in fact love cannot be monetized, but it fully performs the character of a sanction to the one who has failed to perform his role. At the end of this monograph, it is verified that affection is inherent to the right to life, health, freedom, in short, to the precepts of human dignity, and the omission of this duty of responsible parenthood can cause irreparable damage that deserves to be investigated under civil liability and family law.

Keywords : Affective Abandonment. Civil Liability. Indemnity. Family. Moral Damage

Traduzido por Marise de Melo Lemes, licenciada em Letras: Língua Portuguesa/Inglês, pelo Centro Universitário de Anápolis - UniEvangélica – Unidade Ceres-GO.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|---------|--|
| CID | Classificação Internacional de Doenças |
| CF | Constituição Federal |
| CONANDA | Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente |
| CP | Código Penal |
| ECA | O Estatuto da Criança e do Adolescente |
| OMS | Organização Mundial de Saúde |
| ONU | Organização das Nações Unidas |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 13 |
| 2. VISÃO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA E OS PRINCÍPIOS AFETOS AO TEMA | 16 |
| 2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO | 16 |
| 2.2 SOCIEDADE E ESTADO | <u>19</u> |
| 2.3 RELAÇÃO DE ESTADO E FAMÍLIA..... | 21 |
| 2.4 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA..... | 23 |
| 2.4.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana..... | 24 |
| 2.4.2 O Princípio da Afetividade..... | 24 |
| 2.4.3 O Princípio da Solidariedade Familiar..... | 25 |
| 2.4.4 O Princípio da Função Social da Família..... | 27 |
| 2.4.5 O Princípio da Plena Proteção das Crianças e adolescentes..... | 27 |
| 2.4.6 O Princípio da Convivência Familiar..... | 29 |
| 2.4.7 O Princípio da Paternidade Responsável..... | 30 |
| 2.4.8 O Princípio da Responsabilidade..... | 31 |
| 3. OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E OS DEVERES DOS PAIS..... | 32 |
| 3.1 OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTE..... | 33 |
| 3.2 OS DEVERES E OBRIGAÇÕES DOS PAIS..... | 34 |
| 3.3 A IMPORTÂNCIA DOS PAIS NA FORMAÇÃO DOS FILHOS..... | 36 |
| 4. RESPONSABILIDADE CIVIL | 38 |
| 4.1 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL..... | 38 |
| 4.1.1 Conceito..... | 38 |
| 4.2 ELEMENTOS ESSENCIAIS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL..... | 41 |
| 4.2.1 A Conduta Humana..... | 41 |
| 4.2.3 Do Dano..... | 45 |
| 4.3 AS ESPECIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL..... | 47 |
| 4.3.1 Subjetiva..... | 47 |
| 4.3.2 Objetiva..... | 48 |

| | |
|--|-----------|
| 4.3.3 Contratual e Extracontratual..... | 49 |
| 5.DIREITO DA FAMÍLIA: A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO PRATICADA PELOS GENITORES..... | 50 |
| 5.1 CONCEITO E VALORAÇÃO DO AFETO NO ORDENAMENTO JURÍDICO..... | 51 |
| 5.2 ENTENDIMENTO NEGATIVO DO AFETO DOS PAIS COMO DEVER JURÍDICO..... | 53 |
| 5.3 ENTENDIMENTO POSITIVO DO AFETO DOS PAIS COMO DEVER JURÍDICO..... | 57 |
| 5.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO..... | 61 |
| 5.4.1 Conceito de Abandono Afetivo..... | 63 |
| 5.4.2 O Dever de indenizar Pelo Aabandono Afetivo..... | 64 |
| 5.5 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA..... | 66 |
| 6.CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 68 |
| REFERÊNCIAS..... | 69 |

1. INTRODUÇÃO

Este estudo apresenta uma análise através de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, aliados com a legislação vigente à abrangência e as decorrências da intervenção jurídica no âmbito familiar, considerando a linha tênue e casuística em meio à existência de dever de reparos danos morais em consequência do abandono afetivo, trazendo como tema: Direito de Família: A Responsabilidade Civil no Abandono Afetivo praticado pelos genitores.

A criança e o adolescente diante do princípio da proteção integral trazem entrelaçados juntamente nortes que necessitam pautar a conduta dos genitores como o princípio da dignidade da pessoa humana, paternidade responsável, o direito da convivência familiar e do afeto estando estes presentes na condução da educação e criação de seus filhos.

Atualmente, com base no fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana, nota-se uma quantidade crescente de filhos buscando o Poder Judiciário, com a intenção de que seus genitores os restituam civilmente pelo dano psíquico ocasionado por meio da privação do afeto e do convívio na sua formação.

O método empregado para a abordagem do tema se consiste no método dedutivo, que se fundamenta no esboço de princípios e conceitos para, portanto, analisar o abandono afetivo, buscando-se a crítica e resolução de conflitos por meio da aplicação de regras gerais e específicas referentes ao tema abordado. Ainda será empregado o método qualitativo com emprego de material bibliográfico e documental legal.

Para atingir o objetivo e a problemática proposta, a técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, fundamentada em levantamentos jurisprudenciais e doutrinários, assim como a legislação vigente. Abordando uma série de obras disponíveis de grandes doutores da ciência de Direito que abordam com excelência este âmbito da pesquisa.

Esta pesquisa possui a intenção de apresentar a responsabilidade civil pelo abandono afetivo e este é tema de grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial no Brasil. Destarte, uma questão permeia este cenário: O afeto familiar é um dever jurídico?

Assim, a hipótese dessa pesquisa pode ser apresentada da seguinte forma:

A compensação moral, embora tenha um caráter compensatório para a pessoa que dela sofreu, muitas vezes não desempenha esse papel, porque na verdade não se pode monetizar o amor, mas desempenha de forma íntegra o caráter de sanção àquele que deixou de exercer seu papel.

Porém, este apresenta uma segunda hipótese sob o posicionamento antagônico à reparação da ausência afeto, para o contexto de que o genitor condenado à pena pecuniária em face de sua ausência jamais manifestará o anseio de se aproximar outra vez de sua prole, não colaborando, portanto, o pagamento da pecúnia para o restabelecimento do vínculo.

Nesse sentido, o presente trabalho visa analisar a responsabilidade civil no abandono afetivo em face dos genitores. Apresentar as noções gerais acerca da responsabilidade civil focada no âmbito familiar, bem como um estudo mais aprofundado sobre as consequências que o abandono afetivo causa, e se seria possível ou não a sua responsabilização.

Logo, justifica-se como finalidade deste trabalho, analisar o tema em questão e reduzir a polêmica que o tema suscita, sendo que este tema tem originado distintas discussões não apresentando qualquer posicionamento pacificado das doutrinas e jurisprudências, especialmente pela seriedade da presença e do afeto na participação da vida de sua progênie.

Ao adentrar no desenvolvimento do tema, o primeiro andamento é investigar a visão constitucional da família e os princípios afetos ao tema. Analisando o conceito de Família no ordenamento jurídico, o conceito de sociedade, o conceito de Estado, a relação de Estado e família e os princípios norteadores do Direito de Família.

Estabelecendo em seguida, os principais conceitos e destacando a importância dos direitos da criança e do adolescente como também os deveres dos pais, definindo a importância dos pais na formação dos filhos.

Buscando maior profundidade, é necessário dar o destaque ao Instituto da Responsabilidade Civil, abordando o conceito de responsabilidade civil, os elementos essenciais para a configuração da Responsabilidade civil, as espécies de responsabilidade civil e o dever de indenizar.

Por fim, analisar e discutir criticamente neste trabalho como a doutrina e jurisprudência brasileira trata do tema. Trazendo o entendimento jurisprudencial acerca do mesmo.

2. VISÃO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA E OS PRINCÍPIOS AFETOS AO TEMA

Inicialmente, nesta seção, fazem-se ponderações acerca dos princípios norteadores da família, sob a ótica doutrinária e constitucional, bem como apresentar paralelamente o entendimento atual do conceito de família, considerando que é a família o núcleo base da sociedade e, a partir de sua constituição é que a sociedade se desenvolve.

2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Desde os primórdios até os dias atuais trazer um conceito definido para o termo família tornou-se impossível, isso porque a sociedade está em constante transformação e o núcleo familiar é modificado naturalmente. Diante dessa perspectiva de mudanças. Miotto (2000) em sua obra traz o seguinte apontamento:

A realidade atual indica que as formas de organização das famílias são totalmente diversas e modificam-se, continuamente, para atender as exigências que lhe são impostas pela sociedade, pelos sujeitos que a compõem e pelos eventos da vida cotidiana. O terreno sobre o qual a família se movimenta não é o da estabilidade, mas o do conflito, o da contradição. As relações são profundamente marcadas pelas contradições entre as expectativas que a sociedade tem e as possibilidades objetivas de realização. (p.219)

Primordialmente, considerava-se a entidade família aquela formada pelo casamento constituído pelos cônjuges e seus descendentes, sendo então extremamente restrito o conceito de família naquela época, assim conforme Madaleno (2021,p.37) “a família brasileira era eminentemente matrimonializada, só existindo legal e socialmente quando oriunda do casamento válido e eficaz, sendo que qualquer outro arranjo familiar existente era socialmente marginalizado”.

Diante desse contexto, a autora Maria Helena distingue o conceito de família da seguinte maneira:

Família no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção lato sensu do vocábulo refere-se àquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro). Por fim, o sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação. (DINIZ, 2008, p. 9).

Rodrigo da Cunha Pereira expande seu conceito ao destacar:

A família transcende sua própria historicidade, pois suas formas de constituição são variáveis de acordo com o seu momento histórico, social e geográfico. Sua riqueza se deve ao mesmo tempo à sua ancoragem numa função simbólica e na multiplicidade de suas recomposições possíveis³³. Por isso haverá sempre, de uma forma ou outra, algum tipo de núcleo familiar que fará a passagem da criança do mundo biológico, instintual, para o mundo social. (PEREIRA, 2020, p. 65).

Presentemente família é definida como organização social a partir de laços sanguíneos, jurídicos ou afetivos, conceito estabelecido em princípios assim como igualdade, solidariedade e respeito à dignidade da pessoa humana, destacando que a família matrimonializada, patriarcal deixou ser considerada a única forma de ente familiar, tendo em vista a expansão progressiva dos novos entes familiares. Conforme Leciona Madaleno:

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.(MADALENO,2021,p.37).

Tomando a mudança significativa da definição de família, é importante trazer alguns tipos de família, para viabilizar um maior esclarecimento acerca do instituto no mundo atual, tendo em vista que não existe hoje uma única forma de organização familiar. Rodrigo Pereira da Cunha traz em sua obra os seguintes tipos de família:

Família patriarcal- É a família em que a autoridade e os direitos sobre os bens e as pessoas concentram-se nas mãos do pai.(PEREIRA,2021,p.70).

Família democrática- Não há superioridade de um gênero sobre o outro, as crianças e adolescentes são sujeitos de direito tanto quanto os adultos, embora tenham lugares e funções diferentes. Não há desigualdade de direitos entre seus membros, repele-se a violência doméstica, o trabalho do homem e da mulher, sejam eles exercidos fora ou dentro do lar, são igualmente valorizados.(PEREIRA,2021,p.68)

Família conjugal- Família conjugal é aquela que se estabelece a partir de uma relação amorosa, na qual estão presentes, além do afeto, o desejo e o amor sexual. Família conjugal é o gênero que comporta várias espécies de famílias, tais como, aquela constituída pelo casamento e união estável, homo ou heteroafetiva.(PEREIRA,2021,p.72).

Família monoparental- É a família formada por filhos com apenas o pai ou a mãe. Na expressão do art. 226, § 4º da Constituição da República, é “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. As famílias monoparentais podem ser constituídas pelo pai 1.10.7 ou mãe viúvos, mãe ou pai solteiros, ou seja, pode ser constituída por escolha, planejada ou não.(PEREIRA,2021,p.73).

Família multiparental- É a família que tem múltiplos pais/mães, isto é, mais de um pai e/ou mais de uma mãe. Geralmente, a multiparentalidade se dá em razão de constituições de novos vínculos conjugais, em que padrastos e madrastas assumem e exercem as funções de pais e mães, paralelamente aos pais biológicos e/ou registrais, ou em substituição a eles. A multiparentalidade é comum, também, nas reproduções medicamente assistidas, que contam com a participação de mais de duas pessoas no processo reprodutivo, como por exemplo, quando o material genético de um homem e de uma mulher é gestado no útero de outra mulher. Pode se dar também nos processos judiciais de adoção.(PEREIRA,2021,p.75)

Família socioafetiva- É a família parental formada pelos laços de afeto 43 , com ou sem vínculo biológico. Toda família parental, independentemente da forma de sua constituição, deve ser socioafetiva. É como a adoção, isto é, todo filho, mesmo biológico, deve ser “adotado” por seus pais. Em outras palavras, se não se adotar o filho, mesmo biológico, não se constituirá uma relação verdadeira de paternidade. Da mesma forma, é a família, que só será verdadeiramente o núcleo estruturante do sujeito, se for formada na afetividade e no amor.(PEREIRA,2021,p.79).

Família homoafetiva- É a família conjugal constituída por pessoas do mesmo sexo, seja por meio da união estável ou casamento.(PEREIRA,2021,p.91).

A partir das definições de família no século XXI, pode-se perceber que o conceito restrito foi ampliado, pois os sujeitos familiares tomaram uma grande proporção de modificação diante das respectivas mudanças que a globalização mundial trouxe consigo.

Mas, o importante destaca que a estrutura familiar atualmente está embasada em construção de laços de afeto independentemente de quais sejam os sujeitos, marido e mulher com seus filhos, pai ou mãe e filhos, casal hetero, casal homoafetivo, filhos de uma mãe criados junto do padrasto ou até mesmo pessoas de famílias diversa constituídas sem relação parentesco e tanto outros.

A família está entrelaçada hoje no afeto, no dever de cuidado com seus constituintes, fundada nas relações de convivência de amor, cuidado, respeito, ambiente no qual deve proporcionar, especialmente as crianças e adolescentes, todo zelo e afeto.

A família é grupo que tem por papel principal instruir no crescimento e amadurecimento de suas crianças e jovens com intuito de prepará-los para a sociedade, função na qual deve estar sempre embasada nas relações de afeto.

A família possui papel primordial no amadurecimento e desenvolvimento biopsicossocial dos indivíduos, apresentando algumas funções primordiais, as quais podem ser agrupadas em três categorias que estão intimamente relacionadas: funções biológicas (sobrevivência do indivíduo), psicológicas e sócias. (OSORIO, 1996 apud PRATTA e SANTOS, 2007, p.250).

Portanto, pode-se dizer que a família é ente importantíssimo, tendo em vista suas gradativas mudanças ao longo do tempo e suas funções na formação dos indivíduos, sendo ela a base para o crescimento e desenvolvimento da sociedade.

2.2 SOCIEDADE E ESTADO

Impossível falar sobre família sem destacar o termo sociedade, isso porque a doutrina brasileira sucinta claramente que a base da sociedade é a grupo família. Partindo dessa ideia, para discorrer sobre o tema, é relevante trazer a definição de sociedade.

Não há o que falar em família e sociedade sem trazer uma definição de Estado, tendo em vista a interligação entre ambos, sendo o principal propulsor dos direitos e deveres dos sujeitos, indivíduos de uma família dentro de uma sociedade.

A definição de estado na visão de Silvio de Salvo Venosa (2004, p. 266) traz que: “Estado é a pessoa jurídica de direito público interno por excelência; é a nação politicamente organizada”. Por base nessa ideia, e diante de posições doutrinárias o estado é constituído de três elementos sendo eles: território, povo e governo soberano; viabilizando uma nação organizada como destaca o autor acima.

Para um maior esclarecimento do que vem a ser o Estado, é relevante destacar que sua essência está vinculada, ligada a Constituição, pois basta verificar o seu texto constitucional. É a lei fundamental que estabelece o exercício do poder, tais como sua estrutura, forma de governo, direitos e garantias individuais, separação de poderes, e a estrutura dos sistemas jurídicos e políticos. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 1º, caput institui:

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 [...]. (BRASIL, 2017a)

Alexandre de Moraes faz a seguinte definição:

Constituição, lato sensu, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação. Juridicamente, porém, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas. (MORAES, 2012, p. 6)

Portanto, verifica-se a importância da carta magna frente ao estado e além do mais dos direitos e garantias individuais dos cidadãos, sendo a família um dos institutos protegidos pelo Estado.

2.3 RELAÇÕES DE ESTADO E FAMÍLIA

A relação de estado e família é explicitamente destacada na Constituição Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 226, caput, que institui: “Art.226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. (CRFB,226)

Tal proteção do Estado para com a família está elencada também na Declaração Universal dos Direitos dos Humanos em artigo XVI 3 que estabelece:

“A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Partindo da ideia de que a família é a base da sociedade observa-se a o cuidado especial do Estado referente à mesma, tendo em vista que o ente familiar é formador de indivíduos, palco de sujeitos que necessitam de proteção especiais tais como as crianças, adolescentes e os idosos como determina legislação vigente.

2.4 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Para aprofundar a pesquisa sobre a responsabilidade civil no abandono afetivo em face dos genitores, é necessário trazer os princípios norteadores do Direito de Família, uma vez que regem as normas e orientam nas tomadas de decisões, acerca do tema.

Para melhor compreensão do tema, realizaremos a seguir um estudo dos principais conceitos referentes à temática, tendo como principais autores (Queiroz, 2001; Gabel, 1997; Código Penal).

2.4.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais importante, isso porque ele é um dos fundamentos trazido no texto legal da Constituição Brasileira, no art. 1º, inciso III. Maria Berenice Dias (2021, p.65) ressalta tal princípio como: “É o princípio maior, o mais universal de todos os princípios”. Um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos.”

Diante da grande força constitucional do aludido princípio, o Estado deve obedecer à dignidade humana e aos direitos fundamentais para que possa ser considerado um estado de direito material. O Estado de Direito baseia-se na subordinação à lei, bem como em certos valores fundamentais que se unem à dignidade humana. (COSTA, 2008, p. 37).

No entanto, o Direito de Família é o ramo do direito que trata das relações mais humanas e íntimas dos indivíduos, sendo o propulsor de garantir e junto ao Estado de promover a dignidade humana desses sujeitos, principalmente das crianças e adolescentes, membros nos quais estão sob-responsabilidade e cuidado da família

2.4.2 O Princípio da Afetividade

Como já dito anteriormente, a base da família atual está fundada nos laços de afeto, independente de sangue e ancestralidade comum, em que segundo Silvio Neves Baptista, o princípio da afetividade “transcende o vínculo da consanguinidade, porque independe da barreira biológica, fazendo surgir parentescos de outra ordem, de caráter sócio afetivo, decorrente da vida comum.” (BAPTISTA, 2010, p.43). Diante disso, fica evidente que o afeto se tornou o fundamento da família, em virtude de estarem diretamente ligadas às relações de convivência.

O princípio da afetividade é um dos principais e de base do Direito de Família, pois o afeto é propulsor das relações familiares entre cônjuges, entre pai ou mãe para com os filhos e assim por diante, sendo que o ambiente familiar é o lugar onde todo e qualquer indivíduo repousa sua confiança em busca de amor, cuidado e carinho, destacando que na ausência disso se depara com uma família destruída.

Rodrigo Pereira da Cunha leciona acerca assunto que:

O princípio da afetividade ganhou assento no ordenamento jurídico brasileiro a partir do momento em que as pessoas começaram a se casar por amor e a família passou a ser o locus do amor e da formação e estruturação do sujeito, do companheirismo e da solidariedade. (PEREIRA,2020. P.188).

Vale ressaltar, que tal princípio não está expressamente na Carta Magna, mas se faz presente no tocante de aplicação de normas constitucionais, conforme Rodrigo Pereira da Cunha diz:

A afetividade é um princípio constitucional da categoria dos princípios não expressos. Ele está implícito e contido nas normas constitucionais, pois aí estão seus fundamentos essenciais e basilares: o princípio da dignidade humana (Art. 1º, III), da solidariedade (Art. 3º, I), da igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem (Art. 227, § 6º), a adoção como escolha afetiva (Art. 227, §§ 5º e 6º), a proteção à família monoparental, tanto fundada nos laços de sangue quanto por adoção (Art. 226, § 4º), a união estável (Art. 226, § 3º), a convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente, independentemente da origem biológica (Art. 227). (PEREIRA,2020, p.188).

Nesse viés, conforme Pablo Stolze:

Com base na afetividade, sem pretendermos, claro, esgotar o seu âmbito de aplicação, podemos citar as normas protetivas da criança e do adolescente, que, em inúmeras passagens, toma por base o afeto como vetor de orientação comportamental dos pais ou representantes, inclusive no que tange à inserção em família substituta. (STOLZE,2021, p.1159).

No entanto, mesmo que não expresso, o princípio da afetividade na Constituição, tem valor constitucional de alta relevância se fazendo presente na legislação vigente e como citado acima até mesmo é tido como base nas normas de proteção da criança e do adolescente.

2.4.3 O Princípio da Solidariedade Familiar

A solidariedade é um conjunto de sentimentos e ações inertes á sociedade, o princípio jurídico da solidariedade recebe esses sentimentos como valores e os verte em direitos e

deveres exigíveis nas relações interindividuais. Esta vertente que iremos abordar neste momento.

A partir da Constituição de 1988, a solidariedade passou a se inscrever como princípio jurídico antes concebido como diretriz geral de conduta, no direito brasileiro, segundo BONAVIDES, o princípio da solidariedade serve como oxigênio da Constituição, conferindo unidade de sentido e auferindo a valoração da ordem normativa constitucional; partindo da Constituição, e se espalhando por todo o ordenamento jurídico.

A solidariedade se apresenta na Constituição Federal, em seu art. 3º, I, como sendo um dos objetivos da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Sendo a família a base da sociedade, a teor do art. 226, da CRFB/88, a solidariedade se perfaz dentro dela, constituindo dever de seus membros se auxiliarem para que seja garantida a dignidade da pessoa humana, princípio previsto no art. 1º, inc. III do diploma constitucional, tanto no âmbito familiar como no social.

Vejamos no Código Civil como este princípio pode ser observado: na responsabilidade civil dos pais em relação aos filhos (arts. 932, I e 933); na comunhão de vida instituída pela família, com a cooperação entre seus membros (art.1.513); na mútua assistência moral e material entre eles (art. 1.566) e entre companheiros (art. 1.724), na colaboração dos cônjuges na direção da família (art. 1.567); na obrigação dos cônjuges a concorrerem, na proporção de seus bens e dos rendimentos para o sustento da família (art. 1.568); na adoção (art. 1.618); no poder familiar (art. 1.630); no regime matrimonial de bens legal e o regime legal de bens da união estável é o da comunhão dos adquiridos após o início da união (comunhão parcial), sem necessidade de se provar a participação do outro cônjuge ou companheiro na aquisição (arts. 1.640 e 1.725); no dever de prestar alimentos, devido aos parentes, aos cônjuges ou companheiros que poderão pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação (art. 1.694); no direito real de habitação, presente no art. 1.831, da lei civil, que tem como essência a proteção do direito de moradia do cônjuge supérstite.

A solidariedade do núcleo familiar compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado; em uma palavra, de solidariedade civil. O casamento, por exemplo, transformou-se de instituição autoritária e rígida em pacto solidário. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui a solidariedade entre os

princípios a serem observados, o que se reproduz no ECA(art. 4º).(Lôbo Paulo, PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR,2007)

O Princípio da solidariedade familiar visa a um entendimento, partindo do próprio núcleo, onde impõe cuidados recíprocos entre os seus membros, alcançando a abordagem externa; com o dever positivo do Estado, as leis que garantem que estes direitos sejam realmente cumpridos, e ao julgador, para que interprete as normas jurídicas e solucione os conflitos familiares, levando em consideração a individualidade de cada caso apresentado.

Diante a relevância da instituição familiar, abordaremos a seguir a função social da família.

2.4.4 O Princípio da Função Social da Família

Como vimos, o Direito de Família deve estar em harmonia com a Constituição Federal e suas características solidárias. Desse entendimento decorre a “função social da família”, que dispõe que a família é um ambiente seguro, de integração social, que permite a boa convivência e o desenvolvimento das personalidades de seus membros.

Segundo FARIAS, 2017, a função social da família se preocupa em reconhecer uma perspectiva solidária às entidades familiares. Como é imprescindível cumprir essa função, há uma constante necessidade de mudança do conteúdo do Direito de Família, para compatibilizar com os valores da sociedade, que está em constante transformação. Assim, é possível que haja, inclusive, modificações históricas, como, por exemplo, a admissibilidade de união estável entre pessoas ainda casadas, mas separadas de fato.

O reconhecimento na mudança das relações sociais, e das diversas modalidades de entidades familiares, e a constante atualização é um movimento necessário para a proteção da família e de seus integrantes; tendo por alvo a proteção da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social respeitando sempre as diferenças regionais de cada localidade. Sem dúvida, a socialidade também deve ser aplicada aos institutos do Direito de Família, assim como ocorre com outros ramos do Direito Civil.

A família é alicerce para a formação do cidadão, esta relação social e afetiva deve estar voltada, principalmente, para o bem estar de suas crianças e adolescentes, como veremos a seguir.

2.4.5 O Princípio da Plena Proteção das Crianças e Adolescentes

O artigo 227, Caput da Constituição Federal de 1988 estabelece que “é dever da família da sociedade e do Estado assegurar, á criança e adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida à saúde à alimentação à educação qualificação, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, além de protegê-los de todas as formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Essa proteção é fornecida pela lei da criança e da adolescente (lei nº. 8.069/90), que considera crianças de zero a doze anos como adolescentes de 12 a 18 anos.

Esta premissa é reforçada no art. 3º do próprio ECA, onde prevê que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e as facilidades, a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

No contexto civil, essa proteção integral pode se apresenta no princípio do melhor interesse da criança, ou Best Interest of the Child, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças. O Código Civil de 2002, em dois dispositivos, acaba por reconhecer esse princípio de forma implícita.

O primeiro dispositivo é o art. 1.583 do Código Civil em vigor, pelo qual, no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, pela separação judicial por consentimento mútuo, ou pelo divórcio direto consensual, será observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos. Segundo o Enunciado n. 101 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a expressão guarda de filhos constante do dispositivo deve abarcar tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, sempre atendido o melhor interesse da criança .Não havendo acordo entre os cônjuges, a guarda deverá ser atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la (art. 1.584 do CC). Certamente, a expressão “melhores condições” constitui uma cláusula geral, uma janela aberta deixada pelo legislador para ser preenchida pelo aplicador do Direito caso a caso.

Percebe-se, que no caso de dissolução da sociedade conjugal, o foco na guarda dos filhos está no bem estar dos mesmos, devendo ser aplicado o princípio que busca a proteção integral ou o melhor interesse do menor, conforme o resguardo do manto constitucional.

Sobre este princípio, Cury, Garrido & Marçura ensinam que

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento (2002, p. 21).

Em síntese o princípio da proteção integral, é base da construção de todo o ordenamento jurídico, voltado à proteção dos direitos da criança e do adolescente. Parte do pressuposto de que tais seres humanos não são detentores de capacidade de exercício, por si só, de seus direitos, não são capazes de realizar escolhas assertivas necessitando, por isso, de terceiros (família, sociedade e Estado) que possam resguardar os seus bens jurídicos fundamentais, consagrados na legislação específica, até que se tornem plenamente desenvolvidos físico, mental, moral, espiritual e socialmente.

Preconizar o bem estar de crianças e adolescentes, também diz respeito à propiciar um convívio harmonioso e saudável no âmbito familiar, tema abordado á seguir.

2.4.6 O Princípio da Convivência Familiar

Viver com seus entes, gerando uma relação de afetividade no dia a dia, é direito de todos os membros da família. A casa é um espaço privado da família, sendo vedada a invasão, com exceção dos casos previstos em lei. O direito à convivência familiar, constitucionalmente assegurado, deve ser tutelado pelo Estado, família e sociedade, numa participação conjunta de promoção deste direito.

Os filhos têm direito a convivência com seus pais, mesmo que os mesmos não estejam mais juntos. A guarda compartilhada, serve-se para garantir o direito das crianças. Nessa óptica, a convivência é estendida também a outros parentes, fora do núcleo familiar. A Lei 12.398/2011 deu nova redação ao artigo 1.589 do CC/02, assegura esse direito.

O direito à convivência familiar vai além da relação paterno-filial. A Constituição ampliou sua abrangência, para alcançar outros familiares, notadamente o jovem e o idoso. A EC n. 65 alterou a redação do art. 227 da

Constituição para incluir o jovem, para além da criança e do adolescente, como titular dos direitos fundamentais ali consagrados, dentre eles o direito à convivência familiar. O Estatuto da Juventude (Lei n. 12.852/2013) considera jovens as pessoas com idade entre 15 e 29 anos de idade, o que leva à convivência de duas ordens legais (ECA e Estatuto da Juventude) em relação aos jovens entre 15 e 18 anos. Dá-se o direito à convivência familiar do jovem entre 18 e 29 anos, ainda que os pais não mais detenham a autoridade parental em relação a eles. Idoso, para os fins do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), é a pessoa com mais de 60 anos, que também é titular de convivência familiar (art. 3º), o que não significa viver sob o mesmo teto, pois o fim social da lei é assegurar-lhe o direito ao contato com seus familiares. (Lôbo, Paulo, 2010)

Existe uma responsabilidade pela convivência familiar destacada por Lôbo (2010) ao referir que a convivência familiar é “direito-dever” de contato, e convívio de cada pessoa com seu grupo familiar. É dever porque cada integrante do grupo familiar, ou cônjuge, ou companheiro, ou filho, ou parente está legalmente obrigado a cumpri-lo, além da família como um todo, ou ainda, a sociedade e o Estado. É dever de prestação de fazer ou de obrigação de fazer, configurando responsabilidade em sentido positivo.

Um dos pontos relevantes, para o convívio familiar, é uma paternidade responsável, tema abordado á seguir.

2.4.7 O Princípio da Paternidade Responsável

O princípio da paternidade responsável significa responsabilidade, e esta começa na concepção e se estende até que seja necessário e justificável o acompanhamento dos filhos pelos pais, respeitando-se assim, o mandamento constitucional do art. 227, que nada mais é do que uma garantia fundamental.

O princípio da paternidade responsável é garantido expressamente no art. 226, § 7º da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)
§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O termo paternidade responsável pode ser entendido em relação à autonomia para decidir responsável e conscientemente sobre ter ou não filhos, bem como, quantos filhos as

peças desejam ter, também interpretado sob o aspecto da responsabilidade dos pais para com os filhos, ou seja, o dever parental.

Ora, evidenciado assim que a paternidade responsável é a diretriz que embasa o direito parental e o planejamento familiar, sendo estes os dois eixos que o integram. No direito parental, diz respeito à responsabilidade dos pais para com os filhos, no dever de cuidar e provê-los, e planejamento familiar no que diz respeito à autonomia do indivíduo, para escolher quanto, não só ao aumento, mas também à diminuição ou constituição da prole, diferentemente de controle da natalidade, que é imposição ao indivíduo, por parte do Estado, de controle demográfico e diminuição dos nascimentos. (SANDRI, 2006, p. 09).

É responsabilidade dos genitores ou ao genitor monoparental promover da melhor forma possível à criação, educação e desenvolvimento dos filhos, mas contanto com os recursos que o Estado tem por obrigação dispor ao cidadão.

O planejamento familiar é regulado pela Lei 9.263/9, que regula o § 7º do artigo 227 da Constituição Federal, que estabelece formas de orientação, por meio de políticas públicas, para orientação e prevenção do planejamento familiar. O artigo 2º da referida lei diz o seguinte:

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico.

Os artigos 227 e 229 do Estatuto da Criança e do Adolescente preconizam que é de livre planejamento pela pessoa ou pelo casal a gravidez e a adoção, sendo que eles assumem o pleno dever de assistir, criar e educar os filhos, assegurando, assim, prioridade absoluta da criança e do adolescente frente à família, sociedade e Estado.

Aos pais, mesmo que não estando mais juntos, cabe zelar pela vida dos filhos, ajudando no seu sustento, educação e é responsabilidade do genitor que não tem a guarda dos filhos ter convivência com ele. O jurista Rodrigo Pereira da Cunha faz o seguinte apontamento frente a esta questão:

Independente da convivência ou relacionamento dos pais, a eles cabe a responsabilidade pela criação e educação dos filhos, pois é inconcebível a ideia de que o divórcio ou término da relação dos genitores acarrete o fim da convivência entre os filhos e seus pais. (PEREIRA, 2012, p. 246)

Conclui-se que, a paternidade responsável está intimamente ligada com o dever de cuidados e não a prestação de assistência material, estando interligada com o que diz respeito á responsabilidade, que abordaremos a seguir.

2.4.8 O Princípio da Responsabilidade

A responsabilidade em latu sensu, é a obrigação de responder por atos próprios ou alheios (de alguém que esteja sob a custódia de algum indivíduo), ou por uma coisa confiada.

O conceito de responsabilidade norteia a vida humana em todos os aspectos. Um cidadão, por exemplo, que seja minimamente conhecedor dos próprios direitos e dos demais indivíduos que convivem consigo em sociedade, sabe que existem determinados atos que ele não deve praticar (ou deve evitar praticar) em face das outras pessoas, pois dependendo da gravidade de tais atos, ele será responsabilizado, podendo ser no âmbito administrativo, penal, cível, etc.

Sabendo disso, ele também passará a ensinar seus filhos e dependentes, o que se pode fazer ou não, pois se fizerem algo que prejudica a outrem, ele mesmo será responsabilizado. Ato contínuo deverá manter controle sobre aquilo que permanece sob seu poder, como, por exemplo, os animais, visto que da ocorrência de um acidente envolvendo terceiros, o dono será novamente responsabilizado.

A responsabilidade vai além da reparação dos atos já realizados, como também cumprir com os deveres éticos que ainda virão. No que diz respeito às relações parentais, o princípio da responsabilidade se destaca principalmente entre pais e filhos. Os pais são responsáveis por tudo que diz respeito à criação e formação de seus filhos, é importante ressaltar que além de princípio, também é regra jurídica, verificada no artigo 1.634 CCB\2002.

Diante este estudo apresentado, fica clara a relevância da instituição família, as mudanças que sofreu com o passar do tempo, e quais os princípios que norteiam o Direito da família, na próxima seção será mais detalhado o que diz respeito especificadamente aos direitos da criança e do adolescente, abordando paralelamente os deveres dos pais.

3. OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E OS DEVERES DOS PAIS

A instituição família passou por várias e significativas mudanças com o passar do tempo, no que diz respeito ao seu conceito e definição, a sociedade, atualmente, tem uma visão mais ampla destes fatores, muitos atos normativos relacionados a questões familiares, também acompanharam esta evolução, dentre eles o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), que dentre outros embasará o estudo sobre os direitos da criança e adolescente, e os deveres dos pais, que abordaremos nesta seção.

3.1 OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTE

A legislação brasileira considera como criança a pessoa que tem até 12 anos incompletos, sendo o adolescente aquele que tem entre 12 e 18 anos de idade, conforme o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos; e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um ano de idade. (LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990)

Dentro desta concepção, a Doutrina reconhece toda criança e todo adolescente como indivíduo detentor de direitos específicos, que devem receber atenção especial da sociedade como um todo, já que correspondem a um período de intenso desenvolvimento psicológico, físico, moral e social.

Em resumo, estes direitos específicos das crianças e dos adolescentes são normas e princípios, que visam garantir a proteção e as condições dignas de crescimento e formação das crianças e adolescentes. Direitos estes que preveem garantias fundamentais como o direito à vida, à saúde, à liberdade, à alimentação, à educação, ao lazer, à dignidade, além de proteger as crianças e adolescentes de toda forma de negligência, discriminação, exploração e violência.

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

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. [...]

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.[...] (LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990)

Esta atual concepção legal, dos direitos da criança e adolescente no Brasil, tem suas bases em conquistas internacionais iniciadas no século XX, principalmente com o estabelecimento da Doutrina da Proteção Integral, que surgiu de maneira implícita com a Declaração de Genebra dos Direitos da Criança, em 1924, e foi consagrada pela Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1990.

Esta concepção que o Estado, a sociedade e a família devem ter como foco a proteção da criança e do adolescente efetivada por meio de auxílios e cuidados especiais contra abusos e agressões, como o trabalho infantil, o abuso sexual, psicológico e emocional e qualquer forma de exploração.

Além deste embasamento internacional, possuímos legislação própria sobre este tema, o Estatuto da Criança e Adolescente Lei Nº 8.069 de 1990. A Constituição Federal de 1988, destaca a necessidade de proteção desses indivíduos e introduz a Doutrina da Proteção Integral na legislação nacional, por meio do seu artigo 227, que declara:

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. (CRFB, 1988, Art.227)

Antes da referida Constituição, os direitos das crianças e adolescentes eram regidos pelo Código de Menores, que tratava principalmente das questões de carência, abandono e repressão, não reconhecendo esses indivíduos como sujeitos portadores de direitos particulares.

Esta nova concepção representa um grande avanço, porém muitas crianças ainda sofrem abandono, exclusão e desrespeito aos seus direitos fundamentais, principalmente por parte daqueles que deveriam protegê-los, os pais, tema que abordaremos a seguir.

3.2 OS DEVERES E OBRIGAÇÕES DOS PAIS

O dever dos pais para com os filhos é irrenunciável. Essa premissa leva em conta a vulnerabilidade da criança e do adolescente, seres em desenvolvimento que merecem tratamento especial. Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro atribui aos pais certos deveres, em virtude do exercício do poder familiar.

A Constituição Federal, em seu artigo 227, atribui à família o dever de educar, bem como o dever de convivência e o respeito à dignidade dos filhos, devendo esta sempre primar pelo desenvolvimento saudável do menor. O artigo 229 da Constituição Federal, também atribui aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos.

O dever dos pais, de cuidar da criança e adolescente, além de estar expressa na Constituição Federal é mais pormenorizada no ECA:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Diante desta afirmação, é relevante observar que, a despeito das obrigações do Estado, autoridades e sociedade como um todo, cabe aos pais à responsabilidade mais direta quanto aos filhos, até porque são destes dependentes.

O parágrafo único do referido artigo estabelece que o pai e a mãe possuem direitos e deveres iguais, mantendo a responsabilidade no cuidado e educação da criança, nos seguintes termos:

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.(Art.22 do ECA)

Sendo assim, pai e mãe perante a Justiça têm os mesmos direitos e deveres, ambos têm autoridade parental, também fundamental para a formação integral dos filhos, obrigações estas, não somente do ponto de vista material, mas especialmente afetivas morais e psíquicas.

No mesmo sentido, O Código Civil, em seu artigo 1.634, impõe como deveres conjugais, o sustento, criação, guarda companhia e educação dos filhos (1.566, IV). Já os artigos 1.583 a 1.590 discorrem sobre a proteção dos filhos em caso de rompimento da sociedade conjugal.

Segundo Lima (1984), estes deveres envolvem o direito de criação, abrangendo as necessidades biopsíquicas do filho, o que está vinculada à satisfação das demandas básicas, tais como os cuidados na enfermidade, a orientação moral, o apoio psicológico, as

manifestações de afeto, o vestir, o abrigar, o alimentar, o acompanhar física e espiritualmente ao longo da vida.

Sobre este assunto, Lisboa (2004) dá continuidade apontando os principais deveres que o detentor da família deve ter com a criança, para além do supracitado rol do Código Civil:

- a) Proporcionar condições ao desenvolvimento físico, espiritual, psíquico e social do filho;
- b) Criar, educar e acompanhá-la nas atividades relacionadas com a fase na qual o filho está vivendo;
- c) Representar ou assistir o filho, conforme a incapacidade seja absoluta ou relativa, respectivamente, na prática dos atos e negócios jurídicos em geral;
- d) Administrar os bens do filho;
- e) Assegurar a convivência familiar e comunitária do filho.

Sendo assim, criar, orientar, educar os filhos é um dever além de legal ético também. Segundo Miguel Reale:

Toda norma ética expressa um juízo de valor, ao qual se liga uma sanção, isto é, uma forma de garantir-se a conduta que, em função daquele juízo, é declarada permitida, determinada ou proibida (Reali, 2004 pag.35)

No âmbito Civil, os pais devem criar bem os filhos, dar-lhes educação, não apenas formal, como também regras de convivência em sociedade, na ética, orientar os filhos, auxiliá-los, prepará-los para a vida adulta, para que sejam bons cidadãos, e pessoas realizadas.

Para que estes objetivos sejam alcançados, não é necessária que os filhos morem com ambos os pais, desde que estes cumpram seus papéis de forma efetiva. Cláudia Maria da Silva (2004, p. 123) ressalta que os genitores, na assunção de seus papéis de pais (não somente genitores), devem cuidar para que seus encargos não se limitem ao aspecto material, ao sustento.

Participar efetivamente na formação dos filhos, além de ser um dever, é um compromisso ético e humano dos pais, pois sua participação é indispensável para o processo, tema que abordaremos a seguir.

3.3 A IMPORTÂNCIA DOS PAIS NA FORMAÇÃO DOS FILHOS

A criança tem seus valores, crenças e comportamentos formados com base nos exemplos que tem em sua vivência desde o seu nascimento. As pessoas do nosso ciclo de convivência influenciam diretamente na construção do nosso ser “eu”. Por isso dizemos sobre a importância dos pais, pois eles fazem parte de todas as fases da vida do filho.

Sobre esta importância, Shapiro; Blacher; Lopez, (1998): A família tem uma forte influência no processo de aperfeiçoamento da criança dentro da sociedade, pois é com ela que ocorrem os primeiros contatos da criança. Os genitores têm uma sobrecarga adicional em vários aspectos de sua dinâmica individual e familiar, especialmente no que tange aos aspectos psicológicos, sociais, financeiros, e às atividades de cuidado da criança.

Segundo Werber, existem quatro padrões de interação entre pais e filhos:

O estilo autoritário, o estilo permissivo, o estilo negligente, e o estilo participativo. O estilo autoritário se caracteriza por pais altamente exigentes, impõem regras e limites rígidos e inflexíveis, com o objetivo de conseguirem obediência e controle. Os negligentes são aqueles que permitem tudo a seus filhos, mas não possuem papel de educadores, estabelecem poucos limites e oferece pouco afeto e com seus filhos desenvolvem baixo desempenho, e uma maior probabilidade de depressão, pessimismo, baixa autoestima e estresse. Por fim, o estilo mais adequado que é o participativo, que se caracteriza por pais com alto nível de exigência, porém, estão sempre acessíveis para conversas e trocas. Este estilo de pais impõe bastantes limites, contudo, compensam com muito afeto. (WEBER, 2007, p. 21).

Vemos que dependendo do estilo, a criança responde positivamente ou não, diante as situações que a mesma irá vivenciar durante a vida, identificando que o estilo participativo é o que mais contribui para o seu bom desenvolvimento, pois uma relação próxima entre pais e filhos gera sentimentos de segurança e amor à criança, fatores muito importantes para sua saúde mental. É esse um dos aspectos que faz com que os filhos ganhem confiança e construam sua autoestima.

A presença dos pais na vida dos filhos, é importante na educação das crianças, uma vez que é por meio do comportamento dos pais que os filhos criam bases de exemplos. Além disso, o contato físico é de extrema importância para demonstração de afeto.

Um vínculo forte entre pais e filhos é capaz de construir habilidades de comunicação na criança. O contato cotidiano com os pais é essencial para estabelecer capacidade de socialização e também o senso crítico. Coisas pequenas, como o vocabulário que utiliza e uso da gramática criam uma base comunicativa aos filhos.

A necessidade da constante atuação dos pais, não se encerra com a infância. João Batista Torello destaca a necessidade da presença dos pais, tanto para a criança, como para o adolescente. Segundo ele, os filhos sentem a necessidade de ambos os pais e, sobretudo, da vitalidade e do senso comum da mãe. À margem de toda e qualquer especulação ou polêmica científica, bastaria que pai e mãe atuassem em comum e de forma criativa, que se completassem um ao outro espontaneamente e que tivessem em conta que nenhum deles pode ser substituído pelo outro. A presença ativa do pai revela-se cada vez mais necessária para um crescimento equilibrado dos filhos.

Apesar da relevância da presença dos pais na formação dos filhos, muitos ainda negligenciam este direito, estando sujeitos a responder de acordo com as premissas da Responsabilidade Civil, tema que abordaremos á seguir.

4.RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao continuar a empreitada de compreensão inerente a este estudo, torna-se fundamental analisar a fundamentação da Responsabilidade Civil, com enfoque em seus elementos essenciais, como também de suas espécies.

4.1 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Constituição Federal de 1988, garante o direito de reparação civil plena de danos causados injustamente aos indivíduos. Nessa linha, o estudo da responsabilidade civil e de grande relevância, para o estudo em questão. Sendo assim, através do presente capítulo, tendo por base uma pesquisa doutrinária, será desenvolvida uma análise objetiva acerca da responsabilidade civil no Direito Brasileiro.

4.1.1 Conceito

A responsabilidade civil fundamenta-se no princípio do restabelecimento do equilíbrio jurídico e patrimonial, afetado por uma ação que transgrediu norma já existente, recuperando o statu quo ante.

Nesse contexto, afirma Venosa (2010):

O princípio da responsabilidade civil visa restabelecer a propriedade perturbada e o equilíbrio moral, lesões ou danos não reparados são um fator de insatisfação social. Os sistemas jurídicos contemporâneos estão tentando ampliar cada vez mais a obrigação de indenizar e alcançar novos horizontes para que haja cada vez menos danos.

A responsabilização civil é, pois, o instituto da reparação do dano, através do qual se visa restabelecer o equilíbrio prejudicado pelo dano injusto, visando, em outras palavras, restituir o prejudicado ao statu quo ante. O prejuízo deve ser indenizado por quem o causou, restabelecendo a pacificação na sociedade.

Nessa linha, Maria Helena Diniz (2012, p. 37) define responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obrigam alguém a reparar o dano moral ou material causado a terceiros por ato do próprio acusado, de pessoa por quem ele é responsável, ou por causa de coisa ou animal às suas expensas ou, ainda, por simples imposição legal.

Com isso, o indivíduo que pratica um ato ou incorra em omissão que cause um dano a outrem, deve suportar as consequências de seu procedimento danoso, sendo o instituto da responsabilidade civil destinado a estabelecer regras para tanto.

Não se pode dizer que o fato de alguém ser responsabilizado pelo dano causado conduza ao enriquecimento sem causa, da vítima, pois a responsabilidade civil visa restabelecer o equilíbrio ocasionado pelo dano injusto, responsabilizando a vítima pelos danos sofridos.

Por outro lado, não queremos que a herança seja destroçada, mesmo para quem age ilegalmente, sem prejuízo do caráter punitivo da obrigação de reparar, especialmente no que se refere à reparação de dano imaterial, o instituto aqui analisado tem por finalidade primordial o restabelecimento da situação anterior ao fato contrário ao pedido. Harmonia e equilíbrio são alcançados através da imposição de obrigações que devem ser assistidas pelos indivíduos que compõem a sociedade. Essas obrigações são conhecidas como “tradicionais” ou “primárias” e emergem do ordenamento jurídico ou da relação comercial entre questões jurídicas (contratos).

Estes deveres podem se exteriorizar em deveres de dar, fazer ou não fazer, ou, de forma mais geral, exterioriza-se no dever geral que governa as relações privadas extracontratuais, qual seja, no dever de não causar dano a outrem (neminem laedere), conforme Sergio Cavalieri Filho (2009, p. 1):

Para atingir esse desiderato, a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Fala-se, até, em um dever geral de não prejudicar ninguém, expresso pelo Direito Romano através da máxima *neminem laedere*.

Estes deveres prezam pela coerência e justiça, tanto nos aspectos negativos como positivos, visando o cumprimento legal sem causar prejuízos a nenhuma das partes.

Segundo Gagliano (2008), Quando a obrigação original não é cumprida, emerge o ilícito, entendido como qualquer ação ou omissão que viola uma regra preexistente e causam dano a terceiros, fazendo emergir a obrigação secundária ou derivada, que é a obrigação de reparar o bem.. dano causado. Assim, o senso de responsabilidade está vinculado ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico.

Nesse sentido, afirma Sergio Cavalieri Filho (2009, p. 2):

A violação de um dever jurídico configura o *ilícito*, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever *jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá outro dever jurídico: o da reparação do dano.

O dever jurídico, visa reparar um dano causado a outra pessoa, gerando assim o dever jurídico originário, quando este dever é violado gerando o dever jurídico sucessivo, que culmina na indenização pelo prejuízo causado, prezando sempre pelo respeito à integridade física, que é inerente á todo ser humano.

A responsabilidade é um dever jurídico sucessivo que surge para reparar o dano decorrente da transgressão de um dever jurídico originário. Desta forma, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 24), toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa dano a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

Nessa linha, Filho (2009) conceitua responsabilidade civil da seguinte forma: Em suma, a responsabilidade civil é uma obrigação legal consequencial que emerge para compensar os danos resultantes da violação da obrigação legal original. Consequentemente, a responsabilidade civil é considerada apenas em caso de descumprimento de obrigação legal e causar dano. Em outras palavras, um responsável responde por danos resultantes de uma

violação de outra obrigação legal, isso porque a responsabilidade implica obrigações legais existentes, obrigações que foram violadas.

Sendo assim, a responsabilidade civil trata-se de um ordenamento que tem como premissa não prejudicar o outro, para isso utiliza-se da aplicação de sanções para ações ou omissões que prejudiquem outras pessoas, sejam esses atos intencionais ou não, podendo, inclusive, serem atos cometidos por outras pessoas.

Gagliano e Filho (2008) mostram que a responsabilidade civil decorre da agressão de um interesse eminentemente especial, sujeitando o infrator ao pagamento de indenização pecuniária à vítima, caso não possa restabelecer o estado de coisas anterior.

O contrato também dá origem a uma obrigação primária para as partes, a saber, o cumprimento do mesmo, salvo no caso de dissolução de uma obrigação contratual por exagero excessivo e com exceção de um contrato não executado, o defeito comporta uma obrigação secundária, que resulta na reparação do dano causado pelo descumprimento do contrato.

Destarte, é imprescindível a transgressão do dever originário, bem como do dano efetivo, em sede de responsabilidade civil, para caracterização da obrigação sucessiva de indenizar, malgrado algumas exceções. Apesar de a responsabilidade civil ser um instituto do direito obrigacional, diferencia-se da obrigação por ser um dever sucessivo que nasce 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, por enquanto que a obrigação é um dever jurídico originário (CARVALHO, 2011, p. 302).

O próprio Código Civil faz essa distinção entre obrigação e responsabilidade na redação de seu artigo 389, que dispõe que “Não cumprida à obrigação [obrigação originária], responde o devedor por perdas e danos [...]” que é dever sucessivo. Desta maneira que é a obrigação sucessiva, ou seja, a responsabilidade.

A doutrina, em geral, quando se trata da teoria geral das obrigações destaca dois momentos distintos: primeiro, a dívida que é a obrigação do devedor de prestar determinado serviço; e, segundo, a responsabilidade em que o credor pode contestar os bens do devedor com vistas a obter indenização pelo descumprimento da obrigação original.

4.2 ELEMENTOS ESSENCIAIS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Quando um fato causa um dano, este por regra, deve ser reparado. Não basta, contudo, para a verificação da responsabilização civil, que o ato meramente ocorra e que cause o dano – existem elementos que precisam estar presentes para que se configure um dano que deve, de fato, ser reparado. Desta forma, analisarão os elementos da Responsabilidade Civil.

4.2.1 A Conduta Humana

O primeiro elemento, ou pressuposto, para análise da responsabilidade civil é a conduta, o ato humano, comissivo ou omissivo, que para o direito adquire relevância quando dela surtem efeitos jurídicos. Apenas pessoas naturais ou jurídicas poderão ser civilmente responsabilizadas por ações ou omissões que causem danos. Um fato da natureza, diferentemente, apesar de eventualmente poder causar danos, não gera responsabilidade civil.

A ação é a atividade positiva, na qual o agente realiza uma ação específica; A omissão por outro lado, é uma ação negativa que deixa o agente livre para realizar uma ação específica que deveria ter realizado. Filho (2009) analisa o seguinte:

No entanto, a negligência como uma atitude puramente negativa estritamente falando ,não pode infligir danos físicos ou materiais ao lesado, porque nada vem do nada. No entanto, entendeu-se que a omissão adquire relevância jurídica e torna-se omissão responsável, quando tem a obrigação legal de agir, de praticar ato para impedir o resultado, obrigação que possa decorrer da lei, do ato jurídico ou da anterior. Conduta do autor da omissão criando o risco de produzir o resultado devendo, portanto, agir para preveni-la.

Mesmo a omissão não gerando um dano, o indivíduo que é omisso voluntariamente e tiver um dever jurídico relacionado ao caso, e não agir para impedi-lo, enquadra-se na Responsabilidade Civil.

A ação ou omissão voluntária é, consoante Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008), pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se da conduta positiva ou negativa, guiada pela vontade do agente, que vem a causar dano a outrem.

O núcleo da noção de conduta é a voluntariedade, que se concretiza na liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz. Desta forma, ato voluntário significa, pois, comportamento controlável ou dominável pela vontade .

No que diz respeito à voluntariedade da conduta, esclarece Gagliano e Filho (2008):

Em outras palavras, a voluntariedade, pedra de toque do conceito de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não implica necessariamente a intenção de causar dano, mas apenas a consciência do que está sendo feito. E isso acontece não só quando nos deparamos com uma situação de responsabilidade subjetiva (baseada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (baseada na ideia de risco), pois em ambos os casos o agente causador do dano deve agir voluntariamente, isto é, de acordo com sua livre capacidade de autodeterminação.

Assim, voluntariedade não se confunde com culpa, devendo aquela estar presente tanto em casos de responsabilidade subjetiva quanto objetiva. Acerca da culpa, diversamente, deverá ser provada apenas em casos de responsabilidade civil subjetiva.

4.2.2 O Nexa de Causalidade

O nexa causal entre a conduta do ofensor e o dano sofrido pela vítima demonstra que o ofensor somente será responsabilizado pelo dano causado se a sua conduta realmente for à causa da lesão sofrida. Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2012, p. 129) afirma:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexa causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexa representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa.

Neste caso, o ofensor somente será considerado responsável, se suas ações realmente forem os fatores que ocasionaram a lesão em questão, ou seja a causa da mesma.

Apesar de ser aparentemente fácil definir um conceito de nexa de causal, grandes são as dificuldades para encontrar o nexa de causalidade em casos que existam com causas sucessivas, onde se estabelece uma cadeia de causas e efeitos. Para ilustrar a problemática, Agostinho Alvim (apud GONÇALVES, 2012, p. 351) nos oferece o seguinte exemplo:

Suponha-se que um prédio desaba por culpa do engenheiro que foi inábil; o desabamento proporcionou o saque; o saque deu como consequência a perda de uma elevada soma, que estava guardada em casa, o que, por sua vez, gerou a falência do proprietário. O engenheiro responde por esta falência?

Dentro deste contexto que parece tão lógico, existem casos onde existem fatos sucessivos que complicam a sua interpretação jurídica, necessitando de uma análise mais complexa para uma decisão eficaz.

Diante dos problemas apresentados, foram criadas teorias para definir o nexos causal, surgindo, primeiramente, a teoria da equivalência de causas ou equivalência de antecedentes, desenvolvida inicialmente por Buri, com base nas ideias de Stuart Mill e que encontra ampla aplicação no direito penal nacional, onde a incidência da teoria está expressa no art. 13 do Código Penal, que estabelece que o resultado de que depende a existência do crime é imputável apenas a quem o causou.

De acordo com Como o próprio nome sugere a referida teoria não faz distinção entre causa (do que a coisa depende para sua existência) e condição (o que permite que a causa produza seus efeitos positivos ou negativos). Assim, se ocorrer várias condições para o mesmo resultado, elas são todas iguais, portanto possuem o mesmo valor.

No âmbito do direito civil, entretanto, predomina a chamada teoria da causalidade adequada, apesar de não existir na legislação civilista dispositivo que expresse a aplicação da mencionada teoria. Essa teoria foi desenvolvida na Alemanha, no final do século XIX, prega que a condição deve ser adequada, e determinante na ocorrência do dano para assim adquirir relevância (VIEGAS et al, 2012, p. 28). Sobre o tema, esclarece Cavalieri Filho (2009, p. 48):

Diferentemente da teoria anterior, esta faz distinção entre causa e condição, entre os antecedentes que tiveram maior e menor relevância. Estabelecido que várias condições concorreram para o resultado, e isso é feito através do mesmo processo mental hipotético (até aqui as teorias seguem os mesmos caminhos), é necessário agora verificar qual foi a mais adequada. Causa será apenas aquela que foi mais determinante, desconsiderando-se as demais.

Deste modo, analisa-se a conduta causadora do evento danoso excluindo-se as demais, através do método indutivo, elegendo qual causa é a mais adequada, a que teve maior relevância para produzir o dano. O liame de causalidade pode ser afastado pela ocorrência de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, os quais afastam a responsabilização.

4.2.3 Do Dano

Etimologicamente, dano vem do latim *demere*, que significa remover ou reduzir (Wald et al, 2011, p. 85) O dano é considerado pela doutrina como elemento fundamental para configurar a responsabilidade civil, afirmando que não é possível considerar a responsabilidade civil sem a sua existência. Mesmo nos casos de responsabilidade civil por quebra de contrato (quebra de contrato), o comportamento da parte inadimplente, que não cumpre a obrigação assumida, enseja a presunção de dano.

Consequentemente, “sem a ocorrência desse elemento [dano], não há indenização e, como consequência, surge a responsabilidade (GAGLIANO et al, 2008, p.35). Sem a existência de violação de um bem jurídico, seja patrimonial ou extrapatrimonial, o dano não se materializa, pois as funções de compensação e compensação de responsabilidade civil supõem a existência de algo a indenizar ou reparar.

Em suma, não há como discutir a responsabilidade civil. se não houver danos, então é o elemento básico da configuração.

Vários foram os doutrinadores pátrios que tentaram conceituar o dano. Foram formuladas várias acepções para o tema, todavia pode-se afirmar que todos esses conceitos giram em torno de um elemento comum: a perda ou a lesão a um bem jurídico (VIEGAS et al, 2012, p. 26). Nessa esteira, tem-se o conceito construído por Cavalieri Filho (2009, p. 71):

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Para que o dano causado à vítima seja juridicamente relevante, conforme mencionado acima, deve ser contrário aos interesses protegidos por lei. No entanto, para compensar os danos sofridos pela vítima a doutrina apresenta certeza, existência e validade como pedido de indenização.

O dano é considerado certo quando sua existência é determinada e não há dúvida sobre sua ocorrência. Dessa forma, exclui-se a indenização por danos hipotéticos, uma vez que se repudia a indenização baseada em expectativas incertos ou improváveis.

A presença ou validade do dano significa que se o dano foi notado perde-se o interesse de responsabilidade civil. O dano deve, portanto, existir quando o lesado requer a reparação judicial, o que significa que não pode ser uma ordem de reparação se o dano já tiver sido reparado espontaneamente pelo causador do dano . No entanto, é importante enfatizar que o dano persiste se o dano ocorrer às custas da vítima.

Alguns autores, tais como Wald e Giancoli (2011), mencionam um terceiro requisito do dano, a imediatidade, afirmando que só se indenizam danos que se originam direta e imediatamente do ato comissivo ou omissivo do agente lesionador. Trata-se de uma

interpretação do disposto no artigo 403 do Código Civil. Contudo, em determinados casos, o agente da conduta imputável responderá pelos prejuízos ulteriores provocados em outras esferas individuais, muito embora não tivesse qualquer intenção de causar esse efeito (WALD et al, 2011). Trata-se do chamado dano reflexo ou em ricochete.

Acerca da classificação dos danos, estes são divididos em patrimoniais e extrapatrimoniais. Material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido, enquanto que moral é o que só ofende a vítima como ser humano, agredindo seus direitos de personalidade, não lhe atingindo o patrimônio (GONÇALVES, 2012, p. 359).

Nos danos patrimoniais, o ônus suportado pela vítima pode ser caracterizado pela perda imediata dos bens que constituem o novo dano ou que já não adquirirem, o que se denomina lucros cessantes.

Em outras palavras, a perda resultante representa uma redução efetiva do patrimônio da vítima durante o evento danoso, mas o lucro cessante é dado a continuidade normal de sua atividade sem interferência aleatória, caracterizada por expectativas de lucros futuros. Fatores de frustração como resultado direto de comportamento danoso.

Os danos morais, dizem respeito aos danos que atingem a vítima na qualidade de pessoa. É lesão de bem que integram os direitos de personalidade, tais como a honra, a dignidade, a imagem a intimidade, o bom nome, tal como pode ser inferido a partir dos artigos 1º, inciso III, e 5º, incisos V e X, da Constituição Federal.

Ademais, saliente-se que, diferentemente do que muitos pensam, o dano moral não se confunde com a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano (GONÇALVES, 2012, p. 379).

Entende-se, desta maneira, a existência de ofensa à dignidade da pessoa humana sem que esta ofensa se externe através de dor, vexame, sofrimento, da mesma maneira que pode existir dor, vexame e sofrimento sem violação à dignidade.

4.3 AS ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil pode se apresentar sob as várias espécies, formas, tipos e aspectos. Tal classificação deve-se às diferentes perspectivas que servem como base de análise para o estudo científico do instituto da responsabilidade civil.

Desse modo, abordar-se-ão, em seguida, as suas respectivas espécies, quais sejam: subjetiva, objetiva, pré-contratual, contratual, pós-contratual e extracontratual.

4.3.1 Subjetiva

Segundo Murad (2011), a responsabilidade civil subjetiva difere da responsabilidade objetiva na forma, não sendo correto dizer que são de tipos diferentes, pois, em ambos os casos estão incluídos os deveres de indenizar e reparar os danos causados, distinguindo-se em houve culpa do agente que causou o dano sofrido pela vítima.

Em outras palavras, é razoável discutir as duas formas de responsabilidade, indicando a subjetiva, como aquela em que o dano causado à vítima foi causado por culpa do agente, enquanto a objetiva, por sua vez, configura-se como uma com base na conjectura do risco onde não há obrigação de provar a culpa para que a obrigação de indenizar prevaleça. No entanto, mais pesquisas são necessários para distingui-los.

Assim, de acordo com o art. 927 do Código Civil, atos ilegais (art. 186 e 187) deve ser reparado se outra pessoa foi prejudicada. Isso elucida a natureza da existência da responsabilidade jurídica subjetiva como regra de direito existente. Desta forma atos ilícitos, dano a outrem e culpa caracteriza-se como fundamento para a existência da responsabilidade civil pessoal.

Segundo Oliveira (2009), para os proponentes da teoria da responsabilidade civil subjetiva, a culpa é o elemento fundamental que estabelece o dever do infrator de indenizar o dano. Consequentemente, para que determinada pessoa seja obrigada a ressarcir o dano causado a outrem por sua atitude, é necessário que ela se apresente em estado de plena consciência, ou seja, que a estava caracterizando intencionalmente como falta deliberada; ou ainda que essa pessoa não cumpriu seu dever de *pater familiae*, agindo assim com negligência, imprudência e má prática (culpa).

No entanto, se o dano não decorreu de atitude dolosa (culpa *lato sensu*) ou culpa (acusação em sentido estrito) do agente, cabe à vítima arcar com o dano como se tivesse sido causado por acidente ou força maior

4.3.2 Objetiva

Diferentemente da responsabilidade subjetiva, onde a ilegalidade é o evento que a causa a indenização por danos ao lesado em face de provas que comprovem a dolo ou negligência do ato cria o contorno de outra responsabilidade objetiva. Neste tipo de responsabilidade, o dano é gerado por uma atividade lícita, mas que, embora juridicamente lícita, põe em perigo outrem, dando origem, assim, à obrigação de reparação, pela simples realização do nexo de causalidade.

Assim, a conjectura do risco emerge para preencher a lacuna criada pela culpa ao permitir a restituição independentemente da culpa. A conjectura da culpa prevalece como lei comum ou princípio geral de responsabilidade civil; e a conjectura do risco ocupa os espaços excedentes nos casos e situações a ela reservados (PÊRA, 1995).

Gonçalves (1993) acrescenta que o direito civil, no entanto, exige que algumas pessoas em determinadas situações sejam indenizadas por danos causados sem culpa própria. Quando isso acontece, segundo o autor a responsabilidade é dita legal ou estrita, pois dispensa a culpa e se satisfazer apenas com o dano e o nexo de causalidade. Essa chamada conjectura objetiva, ou conjectura do risco postula que todo dano é indenizável e deve ser reparado imediatamente por aqueles que a ele estão vinculados por simples nexo de causalidade, seja qual for a culpa.

Segundo Rui Stoco (1999), contrariamente aos elementos tradicionais (culpa, dano, nexo de causalidade), a doutrina da responsabilidade civil objectiva determina que a responsabilidade civil assenta na equação binária cujos polos são o dano e a paternidade do ' acontecimento '. danosa. Sem averiguar a responsabilidade ou apurar a ilicitude do ato lesivo, o que importa, para assegurar a reparação é verificar a ocorrência do fato, se causou dano, e confirmar a responsabilidade do dono do ato lesivo.

Consequentemente, na responsabilidade objetiva, basta provar a atitude ilícita para tombar na reparação sem que tenha como elemento essencial o comportamento culposos do representante.

4.3.3 Contratual e Extracontratual

A responsabilidade contratual para Castro e Trad (2010) decorre, na verdade, do não cumprimento do contrato unilaterais ou bilaterais. Isso significa que há uma violação do contrato de vontade firmado entre as partes ocasionando a quebra do contrato. Importa referir que este acordo de vontade entre as partes pode ser tácito ou expresso, ou seja, uma das partes

pretende ver o seu pedido deferido e a outra, da mesma forma, assume a obrigação de responder. e, mesmo verbalmente, adquiriu uma obrigação ao assinar um contrato com ela.

Por outro lado, segundo Lopes (2006), a responsabilidade extracontratual refere-se à prática de um ato ilícito que causam dano a outrem, sem, no entanto, haver vínculo contratual entre as partes, e como corresponde ao lesado. parte da prova além do dano da culpa e do nexo de causalidade entre eles, há uma dificuldade em prová-lo.

Para Gagliano e Filho (2010), dada a natureza das normas jurídicos violadas pelo agente causador do dano fazem divisões muito mais instrutivas e legislativas do que as estritamente científicas, que sinalizam que a responsabilidade civil pode ser subdividida da seguinte forma. E não contratual ou aquiliano.

Ocorre que as responsabilidades contratuais das partes e, no entanto, determinados elementos do contrato não são cumpridos. No entanto, a responsabilidade extracontratual é uma violação de uma obrigação legal sem que haja um liame jurídico entre as partes. No entanto, entende-se que, em ambos os casos surge a obrigação de reparar o dano quer por incumprimento de uma obrigação legal, quer por incumprimento de uma obrigação contratual.

O Direito Civil Brasileiro tentou distinguir esses dois tipos de responsabilidade com base nos seguintes dispositivos legais relevantes:

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. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

[...]

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

De acordo com o disposto acima, a responsabilidade contratual decorre do ato de ter um contrato entre as partes, o incumprimento da cláusula contratual leva a uma indenização e a responsabilidade extracontratual decorre de conduta ilegal ou ilegal.

Ao observarem os dispositivos legais supracitados, Castro e Trad (2010) dizem que os arts. 186 e 927 abordam, de maneira genérica, a responsabilidade extracontratual, e os artigos 389 e 395, de forma novamente genérica, abordam a responsabilidade contratual.

Para o renomado professor baiano Orlando Gomes (2003), um dos ícones do direito civil brasileiro, as responsabilidades contratual e extracontratual se distinguem quanto à obrigação de indenizar, da seguinte forma: (I) do inadimplemento de obrigação negocial ou “ex lege” e (II) da lesão de direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistam qualquer relação jurídica.

Para o autor, na primeira hipótese, diz-se que a responsabilidade é contratual; na segunda, extracontratual ou delitual. Nas duas, o Diploma Civil confere ao agente do dano o dever, tendo por finalidade a prestação da indenização. Mesmo que tal obrigação seja a mesma, diferem as duas espécies de responsabilidade, de maneira especial, quanto ao fundamento, à razão de ser e ao ônus da prova.

A partir da análise realizada neste capítulo, entende-se que a responsabilidade civil tem como intuito principal a garantia do ato lícito e sua repressão, determinando deveres legais que englobam as pessoas em relação aos direitos absolutos, ou a certos grupos ao tratar de direitos relativos. Dentro deste contexto, abordar-se-á, no próximo capítulo, a responsabilidade civil no abandono afetivo.

5.DIREITO DA FAMÍLIA: A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO PRATICADO PELOS GENITORES.

A questão do abandono afetivo na filiação impõe a discussão acerca da possibilidade ou não da reparação do dano moral causado ao filho menor, em razão da atitude omissiva do pai no cumprimento dos encargos decorrentes do poder familiar.

O presente capítulo abordará a definição do que vem a ser o abandono afetivo suas consequências, a responsabilidade civil no abandono afetivo tornando possível uma análise prudente e contextualizada acerca das sanções aplicadas aos pais, à luz da doutrina e jurisprudência pátrias.

5.1 CONCEITO E VALORAÇÃO DO AFETO NO ORDENAMENTO

Para uma melhor compreensão do que vem a ser o abandono afetivo na filiação, faz-se necessário, uma abordagem tanto acerca da importância do afeto na estrutura familiar

contemporânea, quanto das consequências que a atitude omissiva do pai pode provocar no desenvolvimento da criança e do adolescente.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a família deixou de ser um fim em si mesmo e passou a ser locus de realização existencial dos seus membros, à medida que o afeto se tornou imprescindível às relações desenvolvidas entre pais e filhos. Neste contexto, percebe-se que o que define a relação paterno-filial não é apenas a origem biológica, mas também, e principalmente, a relação de afeto desenvolvida entre o pai e o filho, uma vez que,

“para a criança, sua simples origem fisiológica não a leva a ter vínculo com seus pais; a figura dos pais, para ela, são aqueles com que ela tem relações de sentimento, aqueles que se entregam ao seu bem, satisfazendo suas necessidades de carinho, alimentação, cuidado e atenção.” (NOGUEIRA, 2001, p. 86.)

A questão biológica neste caso, não é o que define por si só, os vínculos entre pais e filhos, e sim, o afeto entre os mesmos, que será o elo desta relação.

Conforme abordado nos capítulos anteriores, a criança em desenvolvimento necessita da convivência familiar, a fim de que possa concluir o estágio de formação da sua personalidade de forma completa e sadia. No entanto, o direito à convivência familiar não se esgota no poder-dever dos pais de manter os filhos em sua guarda e companhia, pois “garantir ao filho a convivência familiar significa respeitar seu direito de personalidade e garantir-lhe a dignidade, na medida em que depende de seus genitores não só materialmente.” (SILVA, 2005, p. 139).

Desse modo, compreende-se que a convivência familiar decorre do cuidado, do afeto, da atenção proporcionada pelo pai ao filho, sobretudo nos momentos em que ele se sente mais carente, como em datas comemorativas. Portanto, convivência familiar não implica em coabitação, mas no dever que o pai tem de continuar presente na vida do filho não apenas fisicamente, mas também moralmente. Diante disso, a distância não pode ser utilizada como desculpa para justificar a falta de assistência moral do pai para com o seu filho. Até mesmo porque:

é de fato simplória a defesa de que a convivência familiar se esgota na garantia da presença física, na coexistência, com ou sem coabitação. A exigência da presença paterna não é apenas física. Soa paradoxal, mas só há visita entre quem não convive, pois quem convive mantém uma relação de intimidade, uma relação verdadeiramente familiar. (SILVA, 2005, p. 137.)

É importante observar que a convivência familiar assegura a integridade física, moral e psicológica da criança, na medida em que permite que o desenvolvimento de sua

personalidade se dê de forma saudável, em um ambiente em que é dispensada à criança a atenção de que ela necessita e a orientação que não pode ser negligenciada nesta fase da vida.

É, nesse sentido, o ensinamento de Claudete Carvalho Canezin:

A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e para introdução do filho no mundo transpessoal dos irmãos, dos parentes e da sociedade. [...] Assim, a falta 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.(CANEZIN, 2006, p. 77-78.)

Desse modo, percebe-se que o abandono afetivo nada mais é do que a atitude omissiva do pai no cumprimento dos deveres de ordem moral decorrentes do poder familiar, dentre os quais se destacam os deveres de prestar assistência moral, educação, atenção, carinho, afeto e orientação à prole.

É importante ressaltar que o abandono afetivo na filiação não ocorre somente com a ausência física e moral do pai na vida do filho, mas também quando, embora haja coabitação entre eles, o pai não dispensa ao filho a menor forma de afeto e atenção. Isso porque, como já asseverado, a convivência familiar requer a presença moral, muito mais do que a presença física.

O abandono afetivo desponta mais frequentemente no momento da separação conjugal, nos casos em que tem origem o fenômeno conhecido como recomposição de famílias. Neste contexto, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, atribui-se a guarda dos filhos menores a ambos os pais ou, nos casos em que isso não seja possível, a um deles.

Com efeito, desde a edição da Lei 11.698/08, passou a ter primazia o instituto da guarda compartilhada, apenas havendo que se falar em guarda unilateral quando o melhor interesse da criança, por uma série de fatores, assim determinar. Sendo assim,

caso seja possível que os pais separados continuem a compartilhar os cuidados com seus filhos, independentemente de qual seja a residência onde a criança permaneça por mais tempo, a convivência da mesma com ambos os pais está automaticamente garantida.(BRUNO, 2003, p. 319.)

Para o bem maior dos filhos, após uma separação dos pais, é que mesmo nesta situação, continuem compartilhando do cuidado de ambos de maneira equilibrada e equivalente, sem prejuízos ao desenvolvimento dos menores.

Convém salientar que o abandono afetivo é pior do que o abandono material, conforme destaca Claudete Carvalho Canezin, já que, embora a carência financeira possa ser

suprida por terceiros interessados, como parentes, amigos, ou até mesmo pelo Estado, através dos programas assistenciais, “o afeto e o carinho negado pelo pai a seu filho não pode ser suprido pelo afeto de terceiros, muito menos pode o Estado suplantar a ausência paterna.”(CANEZIN, 2006, p. 79.)

Por tudo isso, os pais não podem se esquecer de que, embora a sua relação não tenha prosperado, os vínculos parentais e afetivos com os filhos são permanentes, não podendo ser rompidos pela simples falência da sociedade conjugal, de modo que “quanto à filiação, rompe-se a coexistência ou coabitação, jamais o dever de convivência”.(SILVA, 2005, p. 124.)

Por esses motivos, tem-se observado uma crescente procura pelo judiciário, a fim de que sejam resolvidos os casos de abandono afetivo na filiação, oriundos da quebra dos deveres jurídicos decorrentes do exercício do poder familiar.

5.2 ENTENDIMENTO NEGATIVO DO AFETO DOS PAIS COMO DEVER JURÍDICO

Dentre estas procuras jurídicas elencadas no capítulo anterior, verificam-se posicionamentos positivos e negativos referentes ao tema. A possibilidade de responsabilizar os pais por abandono afetivo é polêmica e, dessa forma, gera opiniões divergentes no meio jurídico. Há defensores de duas correntes, os que afirmam que existe a possibilidade de indenizar os pais por abandono afetivo e, contrapondo, existem os não defensores dessa possibilidade de indenização.

O direito como ciência prevê essas discussões, reflexões sobre as problemáticas as quais a sociedade está inserida, portanto, de outra forma não seria, a problemática do abandono afetivo traz divergências que merecem ser estudadas com atenção.

A respeito da evolução das relações familiares, hoje ainda não se prevê juridicamente a responsabilidade civil por abandono afetivo dos pais, dessa forma, existem doutrinadores e jurisprudências que discordam completamente dessa possibilidade.

Nesse sentido, a jurisprudência não está pacificada quanto à possibilidade de indenização por abandono afetivo, conforme se observa nas jurisprudências abaixo:

“EMENTA: INDENIZAÇÃO. Danos morais. Abandono afetivo. Filho que afirma ter sofrido graves transtornos psicológicos ante a falta da figura paterna. Ordenamento jurídico que não prevê a obrigatoriedade do pai em amar seu filho. Recurso desprovido.
(Brasil. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9199720772009826 SP 9199720-77.2009.8.26.0000. , 4ª Câmara de Direito Privado.

Relator: Teixeira Leite. São Paulo, SP, data de Julgamento: 16/02/2012, data de Publicação: 24/02/2012).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE VISITA PATERNA COM CONVERSÃO EM INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. A paternidade pressupõe a manifestação natural e espontânea de afetividade, convivência, proteção, amor e respeito entre pais e filhos, não havendo previsão legal para obrigar o pai visitar o filho ou manter laços de afetividade com o mesmo. Também não há ilicitude na conduta do genitor, mesmo desprovida de amparo moral, que enseje dever de indenizar. APELAÇÃO DESPROVIDA.

(Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70044341360. Sétima Câmara Cível. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, RS, data de Julgamento: 23/11/2011, data de Publicação: 28/11/2011)”

Os argumentos utilizados para não condenar os pais ao pagamento de indenização são de que no ordenamento jurídico não há previsão legal que obrigue um pai a amar seu filho, manter laços de afetividade ou visita-lo.

Dessa forma, a corrente que é contrária à possibilidade de indenização em decorrência do abandono afetivo argumenta, justamente, de que o amor não se compra, não é possível quantificar esse sentimento que deve ocorrer de forma natural.

Autores como Carlos Roberto Gonçalves são contrários à possibilidade de indenização por abandono afetivo, afirmando que uma vez aceita essa alegação, estaria ocorrendo uma “monetização do afeto”, sendo o afeto impossível de ser auferido quantitativamente e que ninguém pode obrigar alguém a amar outrem, já que o amor deve ser sempre natural e espontâneo.

Alegando, ainda, que o Judiciário não poderia intervir dessa forma nas relações entre pais e filhos, e que nada se ganharia com uma possível indenização, a não ser afastar ainda mais uma relação já desgastada.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao analisar questão, vem se posicionando no sentido de que o abalo moral causado por abandono afetivo dos pais não é motivo de gerar responsabilidade civil, pois não configura ato ilícito passível de reparação:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO MORAL E MATERIAL – REVELIA – EFEITOS – PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE – COMPENSAÇÃO REQUERIDA PELO FILHO AO PAI – MANIFESTAÇÃO DE AMOR E RESPEITO ENTRE PAI E FILHO – SENTIMENTOS IMENSURÁVEIS – AUSÊNCIA DE ILICITUDE -NÃO CABIMENTO. – Revela-se incontestemente a dor tolerada por um filho que cresce sem o afeto do pai, bem como o abalo que o abandono causa ao infante; entendo, no entanto, que a reparação pecuniária além de não acalantar o sofrimento, ou suprir a falta de amor paterno poderá provocar um abismo entre pai e filho, na medida em que o genitor, após a determinação judicial de reparar o filho por não lhe ter prestado auxílio afetivo, talvez não mais encontre

ambiente para reconstruir o relacionamento. (Acórdão nº 1014508475498-8, Relator: Osmando Almeida, 30.01.2012)”

A decisão defende que a indenização não é capaz de acabar com o sofrimento daquele que foi abandonado afetivamente, e mais, agravaria a situação de uma relação já desgastada por um processo e uma possível indenização não possibilitaria uma aproximação entre pais e filhos, ao contrário isso ficaria ainda mais distante.

Nesse sentido, os professores Cláudia Viegas e Leonardo Poli seguem o raciocínio de que o ato ilícito passível de indenização é aquele em desacordo ao direito e, como não há previsão normativa sobre a responsabilidade dos pais por abandono afetivo, não é possível impor uma indenização por essa conduta, não há possibilidade de responsabilizar os pais por não darem afeto aos seus filhos :

Ainda nos ensinamentos dos professores citados, asseveram que: “Outro aspecto que justifica a não configuração da responsabilidade civil por abandono moral: deduz-se que a conduta de quem não dá afeto ao filho seria omissiva e, considerando que a conduta omissiva configuradora do dano afetivo deve ser culposa, na modalidade negligência, torna-se ademais subjetiva a sua configuração. Ora, a falta de afeto pode em tese ser justificada por inúmeros fatores íntimos e até pela provocação da outra parte que detém a guarda do menor. Mostra-se temerária a atribuição exclusiva a alguém pela falta de amor, e a prova da conduta culposa configura-se de difícil ou impossível verificação.” (Revista Síntese Abr-Maio/2013, p. 82).

O referido autor levanta outros motivos capazes de justificar o abandono afetivo e, que é a prova da culpa na conduta é de difícil ou impossível reparação. Portanto, mostrando-se ineficaz a indenização em decorrência do abandono afetivo.

Ainda, os autores levantam outro ponto nessa questão, o fato de que o dano moral decorre de um ato ou conduta que provoca um ato ilícito ofensivo a direito da personalidade da vítima e, a indenização tem o caráter de trazer satisfação ou paz de espírito ao ofendido.

Dessa forma, o amor e o afeto são sentimentos que não podem ser quantificados e, tão pouco exigidos, pois ocorrem de forma natural, sendo assim, o seu inadimplemento também não pode gerar o direito à indenização.

Nesse mesmo diapasão, os professores asseveram que o nexo de causalidade entre a conduta do pai ou mãe que abandona o filho e o dano causado, sua constatação é improvável, pois outros motivos poderiam ter levado a configuração do dano. Logo, a prova do nexo de causalidade entre a conduta e o dano, na maioria das vezes, será controvertida.

Ademais, o posicionamento contrário a possibilidade de indenização por abandono afetivo, parte do pressuposto que o afeto é um valor moral e, portanto, é um sentimento que não pode ser imposto, ninguém pode obrigar outrem a amá-lo. E o Estado por sua vez, estaria intervindo demasiadamente no Direito de Família.

Esta corrente afirma que existem outros meios de se punir um pai ou uma mãe que abandonou afetivamente seus filhos, como a perda, destituição do poder familiar.

Como bem assevera Venancio (2012, p. 25) que a penalização dos pais já estaria amparada pelo direito de família, através da sanção denominada suspensão ou mesmo destituição do poder familiar, a qual já teria função punitiva suficiente contra os pais.

Cláudia Viegas e Leonardo Poli afirmam que uma conduta não exteriorizada, que consiste em simples omissão, não pode ensejar ato ilícito passível de indenização civil, por ausência do conteúdo e do alcance normativo dessa conduta (Revista Síntese, Abr-Maio/2013, p. 90).

Diante do exposto, estes são os principais argumentos desta corrente desfavorável a possibilidade de indenização por abandono afetivo pelos pais em relação aos seus filhos.

5.2 ENTENDIMENTO POSITIVO DO AFETO DOS PAIS COMO DEVER JURÍDICO

Como já foi abordado, o tema sobre o abandono afetivo praticado pelos pais em detrimento de seus filhos é polêmico, há os que defendem essa possibilidade.

Os que defendem a tese de que é possível responsabilizar os pais por abandonar afetivamente seus filhos, acreditam numa paternidade e maternidade responsável, e uma vez sendo negado o afeto, gera diversas consequências psicológicas aos filhos, caracterizando um ato contrário ao ordenamento jurídico, sendo cabível a sanção no campo da responsabilidade civil.

Dessa forma, aqueles que defendem essa possibilidade de responsabilizar os pais pelo abandono afetivo, entendem de que seria possível a indenização por abandono afetivo, uma vez que os pais que praticaram a conduta de abandonar afetivamente seu filho, estaria violando o artigo 227 da Constituição Federal de 1998, assim como os artigos 3º, 4º, 5º, 7º e 22º do ECA.

É importante ressaltar que a criança é um ser incapaz de proteger-se de forma adequada, portanto, necessitam veementemente da figura de um pai ou de uma mãe presente, portanto, cabe aos pais seja biológico ou socioafetivo, dar total amparo aos seus filhos.

Neste contexto de que parte da doutrina e jurisprudência afirmam que os pais cometem um ilícito civil no momento em que deixam de garantir todos os direitos elencados nos referidos artigos, podendo gerar um abalo psicológico na criança que não teve o convívio familiar.

Verifica-se que para que uma criança e um adolescente se desenvolvam de forma correta, é necessária a presença de uma família estruturada, abarcada pelo afeto uns com os outros. Sabe-se que promover a educação é dever do Estado, mas é um dever, principalmente, da família, é ela a base para construção do caráter do indivíduo.

Sendo assim, o abandono afetivo ao ser concretizado, seria um ato ilícito, gerando assim consequências muitas vezes irreversíveis às crianças e adolescentes, pois estes se tornam indivíduos melindrosos, receosos e em muitos casos revoltados com essa situação.

A doutrina que afirma a possibilidade de indenização por abandono afetivo assevera que o dano moral configurara-se pelo fato de um pai ou uma mãe abandonar o filho, privando-o de afeto, à vivência doméstica. Nesse tipo de situação não se trata de ausência de recursos financeiros, isto porque, a obrigação de pagar alimentos já é assegurada por lei.

No caso de abandono, afetivo o que se discute, são os danos causados às crianças e adolescentes que se encontram em uma situação de abandono afetivo, não tendo a presença de seu pai ou sua mãe, por livre vontade destes e, portanto, não sendo capaz de compreender tamanha displicência.

O abandono afetivo causa abalo psicológico à criança ou adolescente, caracterizando assim o dano moral, nada mais elementar do que afirmar que o dano moral gera responsabilidade civil de indenizar a vítima pelo dano causado. Segundo os autores Pamplona e Gagliano :

“Uma importante ponderação deve ser feita. Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo de sua vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente a “perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor.” (PAMPLONA e GAGLIANO 2012, p.747)

Os autores afirmam que esse comportamento é danoso tanto juridicamente, quanto espiritualmente, de forma que a indenização teria caráter punitivo e pedagógico, e não uma forma de comprar o amor dos pais. Ainda nesse sentido, como bem elucida Giselda Maria Fernandes Hironaka:

“Tem me sensibilizado, igualmente, nesta vertente da relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade, este viés naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.”

A autora também destaca sua preocupação com as consequências do abandono afetivo para os indivíduos que se encontra nessa situação, ela assevera que uma criança abandonada afetivamente, está tendo seus direitos violados, direitos inerentes da personalidade humana.

A professora Roselaine Sarmiento cita o professor Sérgio Resende, discorre que:

“Em interessante artigo, Sérgio Resende de Barros afirma que o afeto é o primeiro dos direitos humanos operacionais da família; seguido pelo direito ao lar. Portanto, os filhos menores têm direito ao lar, ao afeto no lar, à vivência doméstica e à convivência familiar; direito ao apoio da família, à saúde, à educação, à solidificação da pessoa humana, ao reconhecimento à paternidade e à maternidade; direito ao parentesco e à afinidade; direito ao respeito e à amizade entre os familiares.” (SARMENTO.2008, p. 233).

Percebe-se que hoje a família está pautada nesses preceitos básicos citados pelo professor, demonstrando novamente, que ao analisar o contexto do abandono afetivo, quer se discutir os direitos violados das crianças e adolescentes, as consequências dessa conduta lesiva e, acima de tudo, tentar reparar o dano causado.

Os autores ressaltam que a indenização tem caráter punitivo e pedagógico e que somente aplicar a perda do poder familiar para o genitor que abandonou afetivamente um filho isso seria muito benéfico, enquanto que o filho abandonado não teria nenhum tipo de ressarcimento pela falta de afeto.

Aqueles que defendem a possibilidade de indenização por abandono afetivo afirmam que não se busca a compra do amor, busca-se um reparo ao dano causado, alertando outros pais para que não haja dessa forma danosa com seus filhos.

As obrigações parentais para com seus filhos, como dito exaustivamente, vai além do dinheiro, é dever dos pais dar amor, afeto, educação à seus filhos, sendo estes direitos de todo e qualquer filho, seja ele legítimo ou não.

Com base nas palavras de Roselaine (2008, p. 237), ela afirma que a responsabilidade é uma tarefa que envolve uma constante atuação dos pais em benefício de seus filhos. Entre tantos exemplos, ela cita tais como: negligência nos deveres de assistência moral dos filhos, que significa não acompanhamento do desempenho dos filhos na escola e o não envolvimento com a sua formação moral e intelectual.

De fato, a problemática envolvendo o abandono afetivo é bastante polêmica, ainda mais no que diz respeito ao papel do Poder Judiciário, pois aqueles que são contra a responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo, afirmam que o Estado estaria interferindo nas relações familiares além do permitido.

Ocorre que o Poder Judiciário deve garantir efetivamente os direitos e deveres que envolvem as relações familiares, para impedir que ações de pais que abandonam seus filhos voluntariamente, lhes causando muitas vezes danos irreparáveis à sua personalidade.

Ressalta-se que para a formação da sociedade seja mais harmônica e saudável se faz com a criação e educação de sujeitos amparados na base primordial de uma sociedade, qual seja, a família.

Dessa forma, é interesse do Estado em garantir que a entidade familiar nasça, cresça e se forme com base em ensinamentos saudáveis, observando a dignidade humana de todos os envolvidos no núcleo familiar.

A autora Roselaine Sarmiento aborda questionamentos importantíssimos sobre o assunto (2018, p. 241):

“As relações familiares devem ser entendidas e vistas como possibilidades de crescimento do ser humano. E o desenvolvimento emocional dos filhos é dever constitucional dos pais, a ausência de afeto, que resulta quase sempre no abandono moral, enseja ação de responsabilidade civil e reparação de danos morais. Os pais devem ter, a exata consciência de seu papel, como provedores e educadores dos cidadãos do futuro, além de terem ciência de que os atos danosos por eles praticados poderão gerar sérios prejuízos aos seus filhos.” (SARMENTO.2018, p. 241):

São inaceitáveis, que os pais simplesmente não amparem moralmente seus filhos, estes necessitam mais do que qualquer outro membro familiar, de apoio, de amparo, de atenção, pois são hipossuficientes no âmbito familiar.

Negar-lhes afeto, amparo e proteção é uma afronta aos seus direitos básicos e essenciais. Portanto, seria um equívoco se o Poder Judiciário ficasse inerte diante de casos de abandono afetivo, isto porque, ao analisar o caso concreto e ficar comprovado nexos de causalidade entre a conduta de abandono afetivo e dano causado ao filho, se estar diante de um ato ilícito civil, passível de indenização.

Diante de todo o exposto, sob a perspectiva dos princípios constitucionais e específicos do direito de família, entende-se que a corrente mais plausível é aquela favorável à aplicação da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo.

5.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO

Houve várias mudanças no ordenamento jurídico brasileiro quanto ao fim do casamento conjugal, embora os conflitos familiares permaneçam inerentes a esse instituto, pois se tornaram mais importantes para a esfera jurídica desde sua formalização. Com a responsabilidade parental por negligência emocional, não é diferente.

Para uma análise coerente do instituto da responsabilidade civil na família é necessário transferi-lo da esfera contratual para o direito de família, para que seja possível pleitear indenização em dinheiro pelo grande sofrimento psíquico causado pelo abandono de um dos pais.

O Título VII, do Código Penal Brasileiro apresenta “crimes contra a família”, que incluem apenas o abandono material, o abandono espiritual e o abandono moral, sem falar nada sobre o abandono afetivo. Em outras palavras Os legisladores desaprovaram a obrigação de "amor", que nem sequer foi mencionada na constituição federal. ou punição se não existir.

É muito importante lembrar que a falta de afeto gera consequências irreparáveis no indivíduo em desenvolvimento, mais graves do que o abandono material, pois este pode ser compensado. A rejeição emocional está enraizada em uma pessoa de uma forma que afeta sua esfera íntima e pessoal.

No Estatuto da Criança e do Adolescente é possível prever a pena de multa caso haja descumprimento dos deveres intrínsecos ao poder familiar, porém trata-se de medida de esfera administrativa, o que não tem a capacidade de suprimir as devidas medidas criminais ou civis advindas desta transgressão.

As medidas sancionatórias relacionadas aos pais e responsáveis estão no artigo 129 do ECA, incluindo entre elas: a advertência, perda da guarda, destituição da tutela, perda e destituição do poder familiar.

Apesar de suas implicações jurídicas, a premissa do sentimentalismo dever-direito não é claramente traduzida e faz grande diferença na prática pois caracterizar dano moral produz interpretações diversas devido à sua complexidade e confere ampla discricionariedade aos juízes.. Porque a transferência de responsabilidade tem o caráter de entendimento subjetivo do juiz.

Para demonstrar a relevância do tema em questão, em novembro de 2008 foi elaborado o projeto de lei nº 4.294, cujo teor era o acréscimo de um parágrafo ao artigo 1.632 do Código Civil e ao art. 3º do Estatuto do Idoso, a fim de estabelecer indenização por dano imaterial por abandono afetivo. O projeto aguarda votação na câmara dos Deputados.

Enquanto algumas regras não são autorizadas, o conteúdo do artigo 227 da constituição Federal deve ser levado em consideração para corrigir tais divergências de interpretação.

“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).

Depreende-se deste artigo que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana que se confere maior proteção à entidade familiar, o que facilita a convivência em condições como: apego, união e respeito, para que não haja abandono afetivo.

Além do referido princípio, o princípio da proteção do melhor interesse da criança e do adolescente pode ser observado na legislação brasileira, que visa garantir a proteção suprema desses indivíduos na sociedade diante de sua vulnerabilidade e fragilidade.

Aduz desse modo, Gama:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é um reflexo do caráter de proteção integral da doutrina dos direitos da criança, bem como decorre também da doutrina dos direitos humanos em geral. Manifesta-se o referido princípio em diversos momentos no que diz respeito a situações jurídicas envolvendo o menor, como nas hipóteses de determinação da guarda, ou do direito de visitação, além de orientações respeitantes à sua educação e formação de sua personalidade em geral. (GAMA, 2008. p, 82).

Dessa forma, é fácil aperceber-se que, desde sua promulgação, a constituição Federal tem buscado alcançar, junto aos pais e responsáveis, a proteção dos interesses dos menores em situação de vulnerabilidade, e levando em consideração a proteção inerente aos seus direitos, deverá analisar a possibilidade de aplicação da responsabilidade e reparação por abandono afetivo, mediante a apuração de dano imaterial.

5.4.1 Conceito de Abandono Afetivo

Abandono afetivo acontece quando pais negligenciam a relação com seus filhos, faltando com o afeto e com os deveres garantidos pelo art. 227 da Constituição Federal às crianças e adolescentes.

Nesse contexto, a Constituição Federal (art. 227), prevê como dever do Estado, da Família e da Sociedade:

(art. 227) assegurar à criança ou adolescente, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No mesmo sentido, o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio da Lei nº 8.069/90, assegura:

(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.

Além disso, é importante esclarecer que abandono afetivo também pode ser praticado pelos filhos em relação aos pais. Nesses casos, é chamado de “abandono afetivo inverso”.

Até o momento não há lei específica regulando o abandono afetivo, no entanto, temos diversos dispositivos que podem ser utilizados para fundamentar a sua ocorrência, como, por exemplo, os artigos 227 da Constituição Federal e 4º do ECA.

Podemos citar, ainda, o art. 1.634 do Código Civil, no qual estabelece quais os deveres dos pais em relação aos seus filhos:

(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 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
 VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
 IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

É caracterizada como abandono afetivo a violação de quaisquer obrigações impostas pelas seguintes leis: Art. 227 da Constituição Federal; Art.4º do Estatuto da Criança e do Adolescente; Art. 1.634 do Código Civil.

5.4.2 O Dever de Indenizar pelo Abandono Afetivo

Segundo Gironaka (2007), a obrigação de indenizar a rejeição afetiva deve se basear no funcionamento da educação familiar e na assunção da responsabilidade cívica dano e causalidade.

Consequentemente, este tipo de responsabilidade civil supõe a violação da personalidade do filho dada a violação do dever dos pais quer o liame pais-filhos tenha sido quebrado ou nunca existiu, sendo ambos igualmente relevantes a existência do dever de indenizar.

Além da queixa, a conduta dos pais tinha que ser completamente desinteressante, recusando-se deliberadamente a viver e fazer parte de seu filho. Para alguns doutrinadores, não é necessário provar a culpa dos pais ou seja, é suficiente a renúncia à indenização. No entanto, esta posição pode ser refutada se o responsável em causa provar um furto ou um caso de força maior, isentando-o da responsabilidade e do dever de indenizar.

Consequentemente, é necessário analisar o elemento mais complexo: a relação causal. É necessário estabelecer que o sofrimento causado ao filho advém do abandono de seu genitor, para que este possa ser responsabilizado por seu ato de negligência.

Os danos sofridos pela criança devem ter afetado sua personalidade (como pundonor e identidade), causando-lhe intenso sofrimento e agonia, configurando-se, assim, em dano imaterial, pois é certo que o bem jurídico tutelado pela constituição foi violado, em de acordo com o disposto pelo:

Assim, no momento atual, doutrina e jurisprudência dominante tem como adquirido que o dano moral é aquele que, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos. Isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as

manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano ainda é considerado moral, quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, origina angústia, dor, sofrimento, tristeza, humilhação à vítima trazendo-lhe sensações e emoções negativas. (BERNARDO, 2007. p. 78).

O foco, portanto, não é o dano material, mas o dano moral e psicológico imediato que deixa marcas para toda a vida nos filhos da vítima.

Segundo Gagliano; Filho (,2008) Deve-se, portanto, enfatizar que a responsabilidade civil tem três funções primárias: indenização por danos às vítimas; Castigar os infratores e reduzir comportamentos socialmente prejudiciais

Para a reparação do abandono afetivo, a função mais adequada é a reparação do dano causado à vítima, o que é aproximadamente porque a função reparadora tem uma essência mais utópica, visto que é quase impossível devolver a pessoa ao estado anterior ao ato ilícito., como ensina Ana Carolina Brochado Teixeira (2005): "Todo dano moral, por sua natureza, induz à reparação pois é impossível restituir a situação aos moldes anteriores à prática do ato lesivo".

A função penal da responsabilidade civil difunde a reprovação ética e legal de determinado comportamento na sociedade ao mesmo tempo em que busca “castigar” o autor do dano moral, estimulando a coletividade a respeitar suas obrigações éticas familiares. relacionamentos.

Apesar de todas as razões, a compensação por negação emocional continua sendo objeto de controvérsia no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, não se deve esquecer que as responsabilidades dos pais para com seus filhos existem e devem ser cumpridas, isso se chama paternidade responsável.

5.5 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA

As ações jurisdicionais que qualificam como pedido de indenização por negligência afetiva ainda não são difundidas nos tribunais, mas já existem alguns acórdãos que podem fundamentar novas decisões, como:

EMENTA - INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNOFILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TJMG, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível Nº 408.550-5, julgamento em 01/04/2004).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, encabeçado pela Ministra Nancy Andrigi como relatora, julgou os Recursos Especiais nº 1.159. 242-SP em abril de 2012.

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

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ – 2004).

A partir do posicionamento da Ministra Nancy Andrigi, pode-se analisar que o afeto é algo subjetivo, não passível de avaliação, ou seja, estabelece um valor pecuniário, mas inserindo-o no contexto da assistência moral, pode ser estimado e quando é não cumprir constitui dano imaterial.

Abandono afetivo – dano moral in re ipsa – indenização de 50 mil reais

"(...) A mesma lógica jurídica dos pais mortos pela morte deve ser adotada para os órfãos de pais vivos, abandonados, voluntariamente, por eles, os pais. Esses filhos não têm pai para ser visto. Também para eles, "O sonho é o recurso do vidente que nele se refugia a fim de ganhar forças para afrontar o sentido do futuro." (Fernando Gil, Op. cit.). Também eles afrontam o sentido do futuro e sonham o sofrimento, a angústia e a dor causados pelo desamor do pai que partiu às tontas, quando as malas não estavam prontas e a conta não estava em dia. (...) Não há dúvidas. No simbolismo psicanalítico, há um ambicídio. Esse pai suicida-se moralmente como via para sepultar as obrigações da paternidade, ferindo de morte o filho e a determinação constitucional da paternidade responsável. (...) Por essa razão, o dano moral decorrente do abandono afetivo não depende de perícia, não depende do futuro nem do passado, tampouco depende de resultado negativo na existência filial no presente. O dano é in re ipsa, 'traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.' (...) Anoto que a ação foi ajuizada quando a autora completou 18 anos, 10 meses e 20 dias de abandono. O último encontro entre pai e filha, em 2001,

quando ela contava dois anos de idade, não passou de uma visita feita pela ex-companheira e suas duas filhas ao apelante, no interior de São Paulo, onde ele já havia constituído outra família, como prova a fotografia juntada com a contestação (fl. 80), destacando-se a legenda aposta à mão. Até 28 de março de 2019, data da conclusão do julgamento deste recurso, foram 21 anos, 2 meses e 20 dias (ou 1.107 semanas). Por fim, foram 7.749 dias e noites. Sim, quando o abandono é afetivo, a solidão dos dias não compreende a nostalgia das noites. Mesmo que nelas se possa sonhar, as noites podem ser piores do que os dias. A indenização não é, por tudo isso, absurda, nem desarrazoada, nem desproporcional. Tampouco é indevida, ilícita ou injusta. R\$ 50.000,00 equivalem, no caso, contados, ininterruptamente, desde o nascimento da autora, a R\$ 3,23 por dia e a R\$ 3,23 por noite. Ainda que a indenização tenha sido estabelecida em valor fixo e não em dias e noites, e que esses cálculos não tenham a precisão do tempo contado por um relógio atômico, porque não se sabe o dia exato do início do abandono, não havendo dúvida, contudo, de que foi logo depois do nascimento da autora, esses números apenas ilustram a proporcionalidade e a razoabilidade do valor fixado, que deve ser mantido em R\$ 50.000,00, atualizados pelo INPC e juros de 1% ao mês, incidentes da data do arbitramento (data da sentença).”

Acórdão 1162196, 20160610153899APC, Relator Designado Des. DIAULAS COSTA RIBEIRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 28/3/2019, publicado no DJe: 10/4/2019.

Apesar da decisão do STF confirmar o posicionamento a favor da responsabilidade por abandono afetivo, ainda há hesitação jurídica quanto à ressociação nesta instituição, pois muitas decisões foram desfavoráveis à sua implementação, principalmente por falta de provas do dano causado, como a seguir exemplo:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGADO ABANDONO MATERIAL E AFETIVO PELO GENITOR. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE REALIZADO APENAS MEDIANTE O AJUIZAMENTO DA PRESENTE AÇÃO JUDICIAL. REQUISITOS DO ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL NÃO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Os sentimentos compreendem a esfera mais íntima do ser humano e, para existirem, dependem de uma série de circunstâncias subjetivas. Portanto, o filho não pode obrigar o pai a nutrir amor e carinho por ele, e por este mesmo motivo, não há fundamento para reparação pecuniária por abandono afetivo. (TJSC – 2012).

Como também no caso abaixo:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MERO DISTANCIAMENTO ENTRE PAI E FILHAS. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. NÃO CONFIGURADA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Apelação diante de sentença de improcedência em ação de indenização por danos moral ajuizada pelas filhas do requerido sob a alegação de abandono afetivo do genitor. 2. A indenização por danos morais em decorrência de abandono afetivo somente é viável quando há descaso, rejeição, desprezo por parte do ascendente, aliado à ocorrência de danos psicológicos, não restando evidenciada, no caso em comento, tal situação. 3. Dada à complexidade das relações familiares, o reconhecimento do dano moral por abandono afetivo emerge como uma situação excepcionalíssima, razão pela qual a análise dos pressupostos do dever de indenizar deve ser feita com muito critério. 3.1. É dizer: as circunstâncias do caso concreto devem indicar, de maneira inequívoca, a quebra do dever jurídico de convivência familiar e, como consequência inafastável,

a prova de reais prejuízos à formação do indivíduo. 4. O fato de existir pouco convívio com seu genitor não é suficiente, por si só, a caracterizar o desamparo emocional a legitimar a pretensão indenizatória. 5. O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si só, situação capaz de gerar dano moral, restando, assim, ausente à demonstração dos requisitos ensejadores do dever de indenizar, dispostos nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, não havendo que se falar em indenização. 6. Apelo improvido. Acórdão 1154760, 07020022220178070005, Relator Des. JOÃO EGMONT, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 27/2/2019, publicado no DJe: 7/3/2019.

Desta forma, é possível concluir que se tratando da ofensa à dignidade e aos direitos dos filhos o genitor responsável tem a obrigação de repará-los, sendo necessária, no entanto, uma análise criteriosa do magistrado em cada caso para que a indenização não seja vista como uma "vingança" contra pais negligentes, ou para que não ocorra uma "monetização do amor”.

Assim, apenas em situações excepcionais em que se verifiquem as consequências negativas da negligência parental sobre os filhos e se justifique a obrigação de reparação do dano imaterial mesmo após o reconhecimento da paternidade.

Conclui-se que o instituto da responsabilidade civil penetra no direito de família justamente para evitar a impunidade frente aos atos considerados ilícitos, a exemplo do abandono afetivo que configura desrespeito a direitos constitucionalmente assegurados, respondendo assim á problemática inicial: O afeto familiar é um dever jurídico? Pois o afeto é inerente ao direito à vida, a saúde, a liberdade, enfim aos preceitos da dignidade da pessoa humana e a omissão deste dever da paternidade responsável pode causar danos irreparáveis e que merecem ser apurados perante a responsabilidade civil e perante o direito de família.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o estudo realizado, é possível concluir que a Carta Magna de 1988 inovou profundamente o conceito jurídico da família brasileira, estabelecendo dentre as principais alterações a igualdade entre cônjuges, filhos, advindos ou não do casamento, o reconhecimento da união estável e da família monoparental e a proteção integral a crianças e adolescentes.

A transição da família evoluiu para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, trazendo consigo a afirmação de uma feição fundada na ética, na afetividade e na solidariedade.

O princípio da afetividade foi consagrado assim, como corolário do respeito à dignidade da pessoa humana, norteador das relações familiares e da solidariedade social.

Ao lado da afetividade, o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes, estabelecido no ordenamento brasileiro com a Constituição Federal e posteriormente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, reconheceu crianças e adolescentes como sujeitos de direito fundamentais, merecedores de especial proteção por parte da família, sociedade e Estado; em razão de sua condição de Ser humano em formação, dotado de necessidades tanto de cunho alimentar, quanto de afeto, carinho e convívio para o seu pleno desenvolvimento.

Neste contexto, a paternidade deve ser compreendida de modo responsável, um ato cercado de consciência, de modo a resguardar os direitos assegurados constitucionalmente aos filhos. Faz-se necessário restabelecer a parentalidade responsável, provocar uma mudança de cultura numa sociedade onde muitos pais só exercem a paternidade nos finais de semana, quando o fazem, negligenciando seus filhos, preterindo-os muitas vezes, em favor dos filhos de sua nova companheira (o).

Sendo assim, o principal objetivo das ações de indenização é a conscientização da sociedade para o correto desempenho das funções paternas, de acordo com os ditames estabelecidos pela Carta Magna e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

E o instituto da responsabilidade civil entra no direito de família, justamente, para evitar a impunidade frente aos atos considerados ilícitos, a exemplo do abandono afetivo que configura desrespeito a direitos constitucionalmente assegurados.

No entanto, diante da problemática: O afeto familiar é dever jurídico? Conclui-se que durante toda a pesquisa ficou explícito que é passível de reparação civil pelos genitores, nestes casos, isso porque afronta os princípios da dignidade da pessoa humana, da convivência familiar, da paternidade responsável, direitos constitucionais nos quais são resguardados as crianças e adolescentes. Conseqüentemente, ainda, tem o condão de compensar o filho ofendido, ao passo que representa também uma sanção para o genitor causador do dano e um alerta para outros pais, no sentido de desestimular esse tipo de comportamento, prevenindo comportamentos repulsivos por parte de pais faltosos, promovendo com isto, uma nova concepção de família e sociedade.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, M. C. **A linguagem escrita e o direito à educação na primeira infância.** In: SEMINÁRIO NACIONAL: CURRÍCULO EM MOVIMENTO – PERSPECTIVAS ATUAIS, 1., 2010, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** Promulgada em 05 de Outubro de 1988. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1988.

----- Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, 1990

_____ Código Civil (2002). 2002. Disponível e<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05jan.2020

BRUNO, Denise Duarte. **Direito de Visita: Direito de convivência.** In: **Direito de Família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia.** Coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial.** Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 36, jun. /jul. 2006.

CARVALHO, I.M.M; ALMEIDA, P11. **Família e Proteção Social.** São Paulo em Perspectiva. São Paulo, 17 (2), 2003.

CASTRO, Aldo Aranha de; TRAD, Cíntia Maria. **Responsabilidade civil por erro médico: a culpa médica e a liquidação dos danos.** In: VII Encontro de Iniciação Científica do Curso de Direito da Universidade de Marília (UNIMAR). Curso de Graduação em Direito. Programa de Mestrado em Direito, São Paulo, v. 1, n. 1, pp. 89-117, 17-19 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.unimar.br/pic/publicacoes/VII.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 10. ed. São Paulo. Atlas, 2012.

COSTA, Walkyria Carvalho Nunes. **Abandono afetivo parental: A traição do dever do apoio moral.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2017, 8 jan. 2009

CURY, MARÇURA & GARRIDO. **Estatuto da criança e do adolescente** anotado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7ª. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 10. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n.º 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008, P. 82.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Atualizador: Edvaldo Brito. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade**. 7. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance**. Revista dos tribunais, São Paulo, ano 94, n. 840, p. 16, out. 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<https://bit.ly/2CB0xov>>. Acesso em: 08/jan/2022.

JUNIOR, Antenor Costa Silva. **Poder Familiar e suas alterações constitucionais e infraconstitucionais: Pressupostos e vantagens da concessão da guarda compartilhada**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4364. Acesso em 01 de jan. 2022.

LIMA, Taísa Maria Macena. **Guarda e afeto tipo sociológico em busca de m tipo jurídico. Controvérsias no sistema de filiação**. Belo Horizonte: Universidade federal ed minas Gerais, 1984.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, P. L. N. **A repersonalização das relações de família**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 307, 2006.

LOPES, Lissandra de Ávila. **A responsabilidade pós-contratual no direito civil**. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito Da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Rio Grande do Sul, v. 1, n. 3. pp. 44-54, nov. 2006. Disponível em:

<<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs2.2.2/index.php/revistadireito/article/viewFile/6782/pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MIOTO, R. C. T. **Cuidados Sociais Dirigidos à Família e Segmentos Sociais Vulneráveis. O trabalho do assistente social e as políticas sociais**, mod. 04. Brasília: UnB, CEAD, 2000.

MORAES, José Geraldo Vinci de. **História: geral e Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atual, 2008. v. único.

NOGUEIRA, JACQUELINE FILGUERAS. **A filiação que se constrói: o reconhecimento jurídico do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 15^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. V

PEREIRA. R. C. **Direito das Famílias**. 1Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021

PRATTA, E. M. M.; SANTOS, M. A. **Família e adolescência: a influência do contexto familiar no desenvolvimento psicológico de seus membros**. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 12, n. 2, p. 247-256. 2007.

REALI, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, Ed. Saraiva.2004

SILVA, Carlos Brandão Ildelfonso; RABELO, César Leandro de Almeida. **A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance nas Relações Jurídicas Cíveis e do Trabalho**. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 24, n. 277, jul. 2012.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 7.

_____. **A Outra Face do Poder Judiciário: Decisões Inovadoras e Mudanças de Paradigmas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 421.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, Cláudia Maria da. **Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho**. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 25, ago. /set. 2005.

SILVA, Cláudia Maria da. **Indenização ao Filho: descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por dano à personalidade do filho**. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 6, n. 25. 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242** - SP. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 01/04/2004. Disponível em: <<https://bit.ly/2yc8T1n>>. Acesso em: 08/10/2021

Tribunal de Justiça de Minas Gerais/MG. **Apelação Cível nº: 1.0251.08.026141-4/001**. Relator: Des. Unias Silva. Julgado em: 01/04/2004. Disponível em: <<https://bit.ly/2pK48ri>>. Acesso em: 08/10/2021.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº: 2012.005438-5**. Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato. Julgado em: 27/03/2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2PtVYhK>>. Acesso em: 08/10/2021

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: Abandono afetivo - TJDFT <https://www.tjdft.jus.br> › responsabilidade-civil › acesso em 10 de jan.2022.

VENOSA, S. S. **Direito civil: direito da família**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIEGAS, C. M. D. A. R.; POLI, L. M. **Os efeitos do abandono afetivo como de solução de conflitos paterno-filiais**. *Revista Síntese Direito de Família* 77- Abr-Mai/2013, p. 69-91.

WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

WEBER, Lúcia. **Eduque com carinho: equilíbrio ente amor e limites**. Curitiba: Juricá, 2007.

