

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
BACHARELADO EM DIREITO

Rafaela Oliveira dos Santos

O ABANDONO AFETIVO EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
POSSIBILIDADE JURÍDICA?

Biblioteca UESPI PHB
Registro N° _____
CDD _____
CUTTER _____
V _____ EX. _____
Data ____/____/____
Visto: _____

Parnaíba/PI

2014

Rafaela Oliveira dos Santos

O ABANDONO AFETIVO EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
POSSIBILIDADE JURÍDICA?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Universidade Estadual do Piauí - UESPI
como requisito parcial de obtenção do título
de bacharel em Direito no curso de

Bacharelado em Direito.
Possibilidade jurídica,
Rafaela Oliveira dos Santos - Fundação
UESPI, 2014.
08 f.

Orientador: Geilson Silva Pereira
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação)
Faculdade de Direito, Curso de Direito, 2014

Orientador: Geilson Silva Pereira
A Direção de Graduação e Pós-graduação Civil I, Pereira.
Geilson Silva H. Universidade Estadual do Piauí III Título
(FD 342.10)

S237a

Santos, Rafaela Oliveira dos

O abandono afetivo em face do ordenamento jurídico brasileiro: possibilidade jurídica? / Rafaela Oliveira dos Santos.- Parnaíba: UESPI, 2014.

68 f.

Orientador: Geilson Silva Pereira

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Estadual do Piauí, Curso de Direito, 2014.

1. Direito de família 2. Abandono afetivo 3. Princípio da afetividade 4. Dano moral 5. Responsabilidade Civil I. Pereira, Geilson Silva II. Universidade Estadual do Piauí III. Título

CDD 342.16

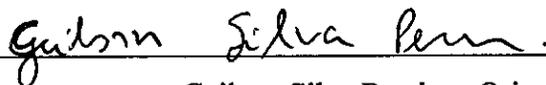
Rafaela Oliveira dos Santos

O ABANDONO AFETIVO EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
POSSIBILIDADE JURÍDICA?

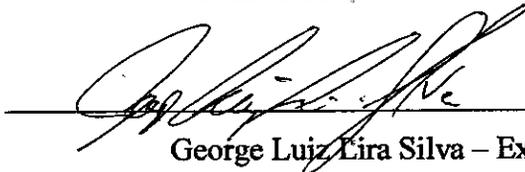
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Universidade Estadual do Piauí - UESPI
como requisito parcial de obtenção do título
de bacharel em direito no curso de
Bacharelado em Direito.

Aprovada em 16 de dezembro de 2014.

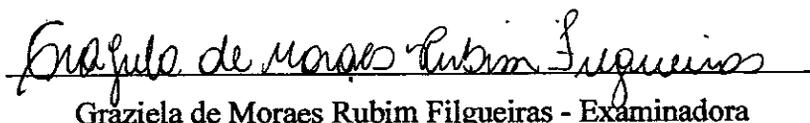
BANCA EXAMINADORA



Geilson Silva Pereira - Orientador



George Luiz Lira Silva - Examinador



Graziela de Moraes Rubim Filgueiras - Examinadora

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por permitir que pudesse chegar ao final da minha faculdade e também por todos os momentos da minha vida.

À Universidade Estadual do Piauí que por seu corpo docente, direção e administração oportunizam anos após ano uma capacitação igualitária e consciente a todos os seus alunos.

Ao professor Geilson por aceitar me orientar nesse trabalho. Pela confiança depositada em mim e toda ajuda e incentivo.

À minha mãe, uma verdadeira heroína que, mesmo distante, não deixou de ser um apoio incondicional na minha vida. Quem sou hoje é obra dela e, portanto, obrigada é uma palavra muito pequena para explicitar todo o meu sentimento de gratidão.

A meu pai que apesar de todas as dificuldades me fortaleceu.

À Beatriz pela consultoria gramatical e histórica, mas principalmente pela amizade já enraizada de anos. Esse trabalho não chegaria ao fim sem você e nada do que eu faça será o bastante para que estejamos quites depois de todo o seu apoio e compreensão. Você foi a inspiração para que isso acontecesse.

À Jucilane pelas palavras de força e incentivo, além de ser um grande exemplo para a minha vida. Quando crescer quero ser você!

A todos os servidores da Justiça Federal – Subseção Judiciária de Parnaíba, pelo apoio e paciência nos momentos difíceis.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

"O sonho de cada família é poder viver junta e feliz, num lar tranquilo e pacífico, em que os pais têm oportunidade de criar os filhos da melhor maneira possível, ou de os orientar e ajudar a escolher as suas carreiras, dando-lhes o amor e carinho que desenvolverá neles um sentimento de segurança e de autoconfiança."

Nelson Mandela em Carta a Zindzi Mandela (1970)

RESUMO

O presente trabalho se propõe a expor e buscar compreender o âmbito do Direito de Família relacionado ao Abandono Afetivo. Nos últimos anos, casos de Abandono Afetivo ganharam destaque na imprensa nacional atraindo simultaneamente aqueles que acreditam serem vítimas, além de profissionais da justiça e da psicologia, todos ansiosos por desenvolver maiores definições desse novo fenômeno e de classificá-lo apropriadamente no panorama do ordenamento jurídico brasileiro. Através do estudo do que constitui uma família, dos privilégios e particularidades da mesma, de seu contexto histórico e das mudanças físicas, sentimentais e morais causadas pelo avanço da sociedade ao longo dos séculos, espera-se traçar uma linha temporal que ressalte e englobe não somente sua vital importância na formação do país, quanto os efeitos de sua influência na mentalidade de seus cidadãos. Da primeira infância à idade adulta, a ausência de um dos pais pode causar efeitos devastadores e, mais do que nunca, a Justiça brasileira se vê incumbida de tomar decisões a respeito desta nova modalidade de dano. Assim, conhecer os fatos e precedentes do Abandono Afetivo é imprescindível para se compreender o que o futuro trará ao cenário do Direito de Família.

Palavras-chave: Direito de família, Abandono afetivo, Princípio da Afetividade, Dano moral, Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

The main study is provided to expose and pursue to comprehend the scope of Family Law related to Affective Distress. In the last years, cases of Affective Distress have gain highlights on the national press attracting simultaneously those who believe being victims, besides law and psychology professionals, all anxious to develop more definitions of this new phenomenon and classified it properly on the scene of Brazilian Justice System. Through the study of what constitutes a family, the privileges and features of it, of the historical context and physical, sentimental and moral changes causes by the advance of society among the years, it hopes to draw a temporal line that project and encompass not only it vital importance at the country formation, among the effects of your influence on citizens mentality. Of the first childhood to adulthood, the absence of one of the parents might cause devastating effects and, more than ever, the Brazilian Justice saw itself in charge of taking decisions about this new modality of damage. Thereby, knowing the facts and precedents of Affective Distress is indispensable to comprehend what will the future holds to the scenery of the Family Law.

Keywords: Family Law, Affective Distress, Principle of Affectivity, Moral Damage, Civil Responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DO DIREITO DE FAMÍLIA	11
1.1. Conceito de família	11
1.2. Evolução histórica do direito de família	12
1.3. Princípios do direito de família.....	17
1.3.1. Princípios Constitucionais do direito de família	18
1.3.1.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	19
1.3.1.2. Princípio da igualdade e respeito à diferença.....	20
1.3.1.3. Princípio da vedação ao retrocesso	21
1.3.2. Princípios especiais do direito de família.....	21
1.3.2.1. Princípio do pluralismo das relações familiares.....	22
1.3.2.2. Princípio da convivência familiar	22
1.3.2.3. Princípio da solidariedade familiar	23
2. DA AFETIVIDADE	25
2.1. A afetividade como princípio do direito de família.....	25
2.2. O afeto e a afetividade para o direito de família.....	26
2.3. Análise psicológica da afetividade	29
2.4. A afetividade e o poder familiar	33
3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL	39
3.1. Estudo conceitual	39
3.2. Espécies de responsabilidade	41
3.2.1. Subjetiva e Objetiva	41
3.2.2. Contratual e aquiliana.....	43
3.3. Pressupostos de responsabilidade civil subjetiva.....	44
3.3.1. Conduta humana.....	45
3.3.2. Nexo de causalidade.....	46
3.3.3. Dano patrimonial e moral.....	47
3.4. Responsabilidade civil no direito de família.....	49
4. DO ABANDONO AFETIVO	51

4.1. Considerações iniciais sobre o abandono afetivo	51
4.2. Histórico jurisprudencial.....	53
4.2.1. Recurso Especial nº 757.411-MG	55
4.2.2. Recurso Especial nº 1.159.242 –SP: uma reviravolta	56
4.3. A reparação civil por abandono afetivo: possibilidade jurídica?.....	62
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

INTRODUÇÃO

O direito é uma ciência mutável por conta do seu objetivo como sistema de normas de conduta criado para regular as relações sociais. Vários aspectos da vida são legitimados por normas jurídicas das mais diversas naturezas. O direito de família é a área mais próxima do dia a dia do brasileiro, afinal o homem sofre contato diário com os membros da sua família sendo esse o instituto mais corriqueiro da realidade humana.

A família é o primeiro espaço social de um ser humano. Foi nela que se teve o nascedouro das primeiras sociedades e da política, além das primeiras regras de conduta e, assim, do direito.

Depreende que é uma consequência óbvia que a família evolua e englobe novos tipos, novas regras e novas aspirações. Apesar disso, é um instituto consagrado que, na mente de muitos defensores da família patriarcal – modelo secular seguido - deve permanecer o mesmo apesar do passar do tempo, por conta de uma questão de padronização e segurança social.

Apesar disso, o direito está aberto a dar dimensão maior ao estudo da família. Os preceitos revelados pela Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 ampliam o caráter da família, mas sem abandonar o sentido de polêmica levantado por essa abertura. Não é a toa que tudo aquilo que é novo assusta, mas não quer dizer que deva se fechar os olhos e ignorar o que está em voga na sociedade.

O presente trabalho trata de uma das mais recentes discussões em direito de família, tratando essa como um espaço de realização pessoal e aproximação humana apoiado nos laços da afetividade e que a ausência desses pode ser tratada civilmente com reparação de danos.

Daí porque se questionar se, diante da configuração da família contemporânea, faz jus os filhos à reparação por dano moral pelo abandono afetivo causado por genitores, temática cujo debate é acalorado em vários sentidos doutrinários e jurisprudencialmente.

Trata-se de temática extremamente atual por se tratar de direitos da criança e do adolescente que possuem especial tratamento por sua posição de vulnerabilidade diante de adultos, principalmente daqueles que rodeiam suas vidas. Além de envolver questões correlatas de responsabilidade civil, uma matéria que tem enchido as mesas dos tribunais e causado contradições por conta da famosa indústria do dano moral. Ademais também se envolve não apenas de temas jurídicos, mas filosóficos e psicológicos.

Parte-se do pressuposto de que os pais possuem obrigação de assistir os filhos material e moralmente e, na ausência da assistência moral, que inclui o dever de cuidado, cabe a

indenização por danos sofridos pela criança ou o adolescente, desde que ultrapassem a linha do aborrecimento corriqueiro.

O estudo no presente trabalho se faz com pesquisa bibliográfica e estudo de caso concreto (com os Recursos Especiais nº 757.411 – MG e 1.159.242 – SP). Embasa principalmente nos trabalhos de Maria Berenice Dias, uma das doutrinadoras mais militantes da possibilidade de indenização por abandono afetivo, além de Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze, Paulo Lôbo e Washington de Barros Monteiro, dividindo-se em quatro capítulos que tratam dos pressupostos e conceitos gerais para se concluir pela possibilidade jurídica da indenização.

~~Inicia-se com um estudo generalizado do direito de família, daí incluída a sua evolução história e como essa incorreu para a configuração da família na atualidade. Além disso, faz um apanhado dos princípios que convergem para considerar a proteção à criança e ao adolescente aspecto essencial do direito de família, sendo tratado do princípio da dignidade da pessoa humana à convivência familiar.~~

~~Em seguida trata da afetividade tanto como princípio no ordenamento jurídico, diante da negativa de muitos estudiosos em considerá-la um aspecto essencial na família atual, como também da sua análise psicológica, demonstrando que o afeto se faz necessário para a boa estrutura de uma família, assim como tem importância na dimensão de se formar adultos confiantes e completos.~~

~~Também trata da afetividade relacionada ao poder familiar. Num direito em que não se pode negar a existência do princípio como norte do direito de família, identifica-se em inúmeros julgados da jurisprudência que a afetividade tem espaço consagrado.~~

O terceiro capítulo adentra na responsabilidade civil, partindo dos conceitos elementares a um estudo individual dos seus elementos principais: o ato ilícito, nexos de causalidade e dano, além da incidência desses no direito de família, mais exatamente do dano moral.

Por fim, trata-se efetivamente do abandono afetivo, traçando um histórico jurisprudencial e fazendo estudo do caso dos dois Recursos Especiais que chegaram ao Superior Tribunal de Justiça, simbolizando um marco histórico para os defensores da temática. Faz-se, ao mesmo tempo, um comparativo entre ambos diante da divergência de decisões, desconstruindo os elementos favoráveis a não procedência.

O tema é recorrente e, como já dito, atual. O Superior Tribunal de Justiça ainda não chegou a um consenso sobre, permanecendo o questionamento se há ou não tal possibilidade jurídica.

1. DO DIREITO DE FAMÍLIA

1.1. Conceito de família

John Dunne diz que nenhum homem é uma ilha, sozinho em si mesmo; cada homem é parte do continente, parte do todo; apesar de ser um escrito datado da época do poeta inglês no século XVI, a ideia pode ser considerada extremamente atual vez que o ser humano é uma espécie coletiva, que não pode se isolar inteiramente.

O homem sempre nasce no seio de uma família, mesmo que essa, posteriormente ou não, acabe por se deteriorar; porém, o instituto é o que fica e não se pode negar o seu status de base social, repetido por dicionários, pelo pensamento popular e até mesmo pelas leis.

Apesar disso, ainda se encontra dificuldade em associar o vocábulo família a um conceito por si só. Tanto que o que se considera conceito, pode ser mais bem determinado como uma projeção dos moldes já conhecidos pela sociedade, que se divide em sentidos e acepções que podem ser manuseados por localização geográfica, status socioeconômico, religião e crenças particulares. Por isso diz-se que a família possui sentidos restrito e amplo, cada uma com uma definição.

No entendimento dos doutrinadores Carlos Roberto Gonçalves¹ e Washington de Barros Monteiro, em sentido *latu sensu* ou amplo, a família é um vínculo de consanguinidade, “cujo alcance ora é mais dilatado, ora mais circunscrito, segundo o critério de cada legislação”², também podendo se estender à vínculos socioafetivos; enquanto isso, o sentido estrito, comumente encontrado no dicionário, diz respeito ao conjunto formado pelos pais e pelos filhos.

Para Maria Helena Diniz:

Família no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção *latu sensu* do vocábulo refere-se aquela 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.³

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro Vol 6: Direito de família**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 16.

² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, 2: Direito de família**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 17.

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 9.

Embora a configuração atual da família esteja presente em sentido amplo, as leis de hoje consideram a família como um núcleo mais restrito⁴. Mesmo que com a evolução social os códigos estejam lentamente se adaptando para receber novas acepções, como por exemplo, a união estável e a família monoparental.

Temos, então, a atual família constitucionalizada – a partir do artigo 226 da Constituição Federal – que cria uma visão pluralista da família⁵. De acordo com Maria Berenice Dias, houve um alargamento das relações interpessoais que “deitou reflexos na conformação da família, que não possui mais um significado singular”. Também é notável que o pluralismo nas relações familiares fosse o rompante da família patriarcal – com laços criados unicamente pelo casamento - e teve reflexos profundos na nova definição familiar, voltada para princípios mais individuais como igualdade, tolerância, vontade e dignidade.

Ademais, um elemento distintivo da nova configuração da família é o traço de afetividade e envolvimento emocional que une seus integrantes com identidade de projetos de vida e propósitos em comum. A busca pela felicidade, nota-se, está acima do alcance patriarcal. Atualmente, as pessoas se unem porque assim desejam, sem reprimirem sentimentos e não se deixam limitar por antigos modelos engessados como o casamento.

E a respeito disso, a própria Constituição considera a família como base da sociedade, com especial proteção do Estado. Desse modo, em concordância aos dizeres de Victor Hugo: “Quando se decompõe uma sociedade, o que se acha como resíduo final não é o indivíduo, mas sim a família”⁶. Sendo assim, diante a dificuldade conceitual, o legislador brasileiro acertou ao considerar a família como fundamento da sociedade, pois é uma miniatura dessa havendo sua própria hierarquia, deveres e obrigações, sendo parte essencial no desenvolvimento e preservação do ser humano.

1.2. Evolução histórica do direito de família

A família, como parte essencial do crescimento humano, não pode deixar de ser tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto o Código Civil de 2002 resguarda um livro inteiro dedicado a ela e aos seus institutos – aí incluídos o casamento, filiação,

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.*, p. 16.

⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36.

⁶ HUGO, Victor. *Miscelânea de Literatura e Filosofia*.

adoção, união estável, dentre outros -, porém, para chegar a esse ponto, o direito de família passou pelas mais diversas fases.

A princípio, o instituto da família tem o seu berço da pré-história com a aglomeração dos seres humanos em desenvolvimento para sua proteção mútua; a essencialidade da convivência em comunidade e a reprodução, uma vez que o acasalamento sempre existiu como modo de perpetuação da espécie.

A família preexiste ao Estado e está acima do Direito. Nela, cada indivíduo possui o seu papel - seja de prover alimentação (masculino) quanto de procriação (feminino) -, de tal importância que essa divisão basilar de tarefas foi elevada a verdade absoluta pelos séculos posteriores, como regra de conduta da qual desembocam em modelos de comportamento, criando os moldes da família essencialmente patriarcal.

O fato é que a importância das relações do parentesco consanguíneo elevou esse conjunto de pessoas aliadas por motivos de segurança e convivência, ao status de clãs⁷, que dão início às primeiras sociedades humanas organizadas e unidas por um nome em comum reconhecível àquelas à sua volta.

No império romano, porém, o sangue já não gozava de tanta importância, estando mais diluído na sociedade. A relação familiar passou, então, a surgir pela transação do casamento, dando ensejo ao já conhecido conceito de família natural, formada pelo casal e por seus filhos.

Na Idade Média, tendo em vista o papel vital da cristandade na vida de seus contemporâneos, o casamento passou de contrato a sacramento. Na visão intrinsecamente religiosa medieval, o casamento se tornou uma instituição sagrada e indissolúvel, formada pela união solene entre um homem e uma mulher. O sexo só era permitido dentro desse estado sacramental, assim como a reprodução, considerando ilegítimos quaisquer descendentes que pudessem surgir de modo diferente. Era a incorporação eclesiástica da família natural romana.

A família, na época, tinha índole de comunidade rural, formada por todos os parentes como força produtiva, assim, havia amplo incentivo à procriação. O alto número de filhos por casal estava diretamente relacionado à necessidade de se obter um maior número de mãos aptas a realizarem tarefas essenciais para a sobrevivência, como por exemplo, a criação de gado, o cultivo de alimentos e a tecelagem de roupas. O trabalho era coletivo e servia tanto à subsistência do feudo quanto, mais pra frente, para as cidades que se formaram.

⁷ DA SILVA, Mateus Soares. **Uma breve análise quanto ao novo conceito de família, um avanço ou retrocesso social?** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8426/Uma-breve-analise-quanto-ao-novo-conceito-de-familia-um-avanco-ou-retrocesso-social>>. Acesso em: 14 set. 2014.

O patriarca era exaltado na posição de “senhor do lar” e todos os demais lhe deviam obediência e respeito. Ele também era o membro mais visível da família e quem recebia os proventos do esforço dos todos.

Já as mulheres, restritas por ensinamentos bíblicos de subserviência e discricção, viviam no âmbito doméstico encarregadas do cuidado de seus filhos e maridos. Aquelas que não se adequavam às regras de conduta da época sofriam discriminação pública, punições físicas e, conseqüentemente, eram colocadas à margem da sociedade. As crianças nascidas do adultério eram consideradas frutos do pecado e, portanto, raramente tinham direito a uma vida digna.

A Igreja, mais poderosa do que em qualquer outro período da história até então, mantinha a posse do poder de julgar tudo o que era dito respeito da instituição de família. Fazendo uso de sua influência, ela criou regras ainda mais restritas de comportamento nas quais tudo o que fosse contra os ditames prescritos por suas estipulações era tratado como contrário ao desejo de Deus e uma ofensa inescusável a Ele. Dessa forma, a religião não passava de jurisdição eclesiástica na época, possuindo índole mandamental e sacramentaria, e gerando na sociedade feudal uma sensação de temor em relação ao descumprimento de seus princípios.

Contudo, a ideia medieval da instituição arrastou-se durante o tempo e perdurou durante séculos, vindo a alcançar a era capitalista ainda em pleno uso e aceitação.

Acompanhando o calendário histórico mundial, as Revoluções Francesa e Industrial - iniciadas respectivamente em 1789 e 1760 - são ambas reconhecidas por historiadores como pontos importantíssimos para a quebra de paradigmas sociais e, dessa forma, também acumularam sumo crédito na evolução familiar.

No contexto da época imediatamente seguinte à Revolução Francesa de 1789, o início do século XIX marcou a busca da igualdade entre os gêneros. Ainda assim o Código Civil de Napoleão tenha mantido a família patriarcal consolidada em seu formato de esposa e filhos sob o julgamento, proteção e benevolência do patriarca. Dentre os filhos, permaneceu a diferenciação entre legítimos e ilegítimos; e, apesar do divórcio já ter feito aparições desde o Rei Henrique VIII da Inglaterra em 1533, sua causa continuava a ser, sem exceções, o adultério feminino. Todavia, Napoleão codificou o divórcio como força de dissolução do casamento, rompendo com a tradição canônica⁸.

⁸ Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, 2004. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_36.pdf>. Acesso em: 14 set. 2014.

Com a Revolução Industrial, perante as novas necessidades da sociedade, a família deixou de ser exclusivamente rural e passou a ocupar pequenos espaços urbanos. Conforme fábricas tomavam conta da economia europeia do século XVIII, houve o fim do caráter produtivo da família e, nesse ponto, a mulher se viu, pela primeira vez, inserida no mercado de trabalho. Dali em diante pessoas de ambos os sexos seriam capazes de prover seu próprio sustento e o de sua prole, cujo número passou a ser repensado diante do mísero salário recebido e da preocupante superlotação das precárias áreas residenciais habitadas pelos trabalhadores de classes humildes.

A ocupação urbana trouxe à tona a valorização dos laços familiares e a proximidade afetiva ganhou espaço no cotidiano. Na Era Vitoriana, por exemplo, a mulher ocupava o lugar de guardiã da família, antes ocupado exclusivamente pela figura masculina. Havia mais aproximação com os filhos e maior preocupação com sua educação⁹.

O modelo brasileiro de família é reflexo da vinda portuguesa ao país, isto é, o Brasil foi moldado através de um sistema lusófono católico patriarcal com todos os modismos e vícios europeus. Não é de se admirar, portanto, que a história do direito brasileiro tenha inspirações do direito português e herança canônica, romana e germânica.

O Código Civil de 1916 foi considerado um grande diploma na sua época, apesar de ter sido elaborado durante um período de distinta transição do direito individualista para o social. Nota-se que o Código de 1916 encontrava-se engessado no século anterior, regendo a família constituída pelo matrimônio, sem opção de dissolução, e deixando o que estivesse fora dessa estipulação sem qualquer escopo jurídico. Alguns exemplos de tal situação são os vínculos extrapatrimoniais e os filhos ilegítimos, que não possuíam nenhum direito à propriedade e herança.

Maria Helena Diniz enumera as várias leis que ocasionaram a derrogação do diploma de 1916, dentre elas o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº. 4.121/62), a instituição do divórcio (EC 9/77 e Lei nº. 6.515/77), que extinguiu a indissolubilidade do casamento e, mais adiante, a instituição da união estável e outros direitos não ligados à família, e sim ao patrimônio. Nas palavras da autora:

O direito de família sofreu influência da publicização dos conceitos, reclamando a alteração das condições da mulher casada em razão de sua promoção política e profissional, a inclusão dos preceitos concernentes à

⁹ PEREIRA, Maria Raquel Fernandes. **A mulher na sociedade vitoriana**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-mulher-na-sociedade-vitoriana/52298/>>. Acesso em: 14 set. 2014.

separação judicial e divórcio, a modificação dos princípios relativos ao menor sob pátrio poder e tutela, maior atenção à questão de menor abandonado e à dos efeitos da união estável, a revisão do regime de bens, pois a minúcia com que cuidava do regime dotal poderia levar o observador a pensar que ele era extremamente usado entre nós, quando, na verdade, ninguém a ele recorria¹⁰.

A Constituição Federal de 1988, inovando a ordem jurídica brasileira, instaurou por fim a igualdade de direito entre os gêneros, assim como, na família, tratou os seus membros de forma igualitária, inclusive os filhos, sendo eles advindos ou não da união matrimonial. Foi conferida também a igualdade para a união estável entre homem e mulher e para a família monoparental.

Em uma sociedade de situações cada vez mais diferentes do passado, não houve, então, mais lugar para o Código de 1916, tornando crescente a necessidade de um código mais dinâmico, moderno e respeitador dos direitos acrescidos pela Carta Magna. Nasce, enfim, o Código Civil de 2002 que, apesar da errônea alcunha de “Novo” Código Civil (afinal essa legislação possui mais de dez anos de vigência), verdadeiramente trouxe o “novo” ao, até aquele momento, estagnado direito de família.

Entretanto, vale destacar que a tramitação do mesmo ocorreu antes da promulgação da Constituição pátria tendo, portanto, sofrido inúmeras emendas para se adequar aos preceitos constitucionais e, ainda assim, sendo falho em alguns aspectos de suma importância. Nos dizeres de Maria Berenice Dias, “inúmeros remendos foram feitos, o que, no entanto, não deixou o texto com a atualidade e a clareza necessárias para reger a sociedade dos dias de hoje”¹¹. Apesar desse contratempo, a codificação foi um grande avanço ao ordenamento jurídico.

O Código, assim como todos os outros documentos brasileiros, não conceitua a família, muito menos o direito de família. Para a doutrinadora, o conceito de direito de família se confunde com o próprio objeto dessa e, ao tentar conceituá-lo, é inevitável que se incida em um vício de lógica. Conceitua-se direito de família com o próprio objeto que a define, ou seja, a própria família – o centro de preservação do ser humano¹² – com a enumeração dos institutos que dela fazem parte e que são geridos pelo direito.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: 1. Teoria Geral do Direito Civil*. 28. ed. São Paulo: Saraivã, 2011. p. 65.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. *op.cit.* p. 29.

¹² MONTEIRO, Washington de Barros. *op. cit.* p. 18.

Ademais, a necessidade de se existir um direito de família, de acordo com o professor Calmon de Passos¹³, é que esse atua quando a família se encontra doente, no sentido figurado da palavra. Quando o objeto observado é uma família harmoniosa e feliz, o direito de família não se faz necessário. A ação desta vertente do direito pode-se concluir, está exatamente em dirimir os conflitos, buscando uma situação de fato harmoniosa para todos os membros da relação familiar.

1.3. Princípios do direito de família

Antes de se falar nos princípios propriamente ditos é necessário um estudo sobre a sua importância e utilidade da seara do direito de família. Isso porque, antes de tudo, princípios são normas que não precisam estar escritos para estar em vigência; diferente das regras, que devem estar positivadas.

Os princípios agregam valores universais que são utilizados para balizar as regras. Não existe hierarquia entre eles, pois quase sempre são dotados de mesma força normativa. Em caso de conflito o intérprete deve se utilizar da ponderação dos valores e da equidade no caso concreto, pois é ele mesmo quem indicará a solução¹⁴.

Os princípios são considerados alicerces normativos norteadores que “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”¹⁵. Há relativização, pois podem ser satisfeitos em maior ou menor grau dependendo das possibilidades, e também possuem o caráter dúplice de dever e obrigação.

Uma vez violados, a conduta que se pratica é considerada ilegal. Para Celso Antonio Bandeira de Melo, a desatenção a um princípio implica ofensa a todo o sistema de comandos¹⁶.

Dai se tira a importância dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro e, mais ainda, no direito de família, que é matéria dinâmica que se desenvolve mais rapidamente que a legislação, sendo necessário o uso principiológico para dirimir as controvérsias

¹³ Id., 2012, p. 21.

¹⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59.

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (trad. Virgílio Afonso da Silva da 5.ª edição alemã), São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90-1

¹⁶ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A distinção entre normas e princípios**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9091&revista_caderno=9>. Acesso em set 2014.

extremamente atuais em contraponto às leis já cimentadas. Eles permitem a adaptação do direito aos valores da sociedade¹⁷.

Dessa monta, os princípios podem ser divididos entre constitucionais e especiais do direito de família, alguns deles positivados e outros frutos da interpretação legislativa. No presente trabalho haverá o estudo de apenas uma parcela desses princípios, os considerados mais essenciais para o tema geral, uma vez que é impossível a enumeração de todos devido à quantidade considerada pelos doutrinadores. Portanto, é reconhecida a existência de outros princípios, não sendo razoável o esgotamento da matéria.

1.3.1. Princípios Constitucionais do direito de família

A Constituição Federal dedica um capítulo inteiro para a família a partir do artigo 226, onde a considera como base da sociedade, possuindo especial proteção do Estado. Apesar de essa proteção se dar diante de normas de interesse e ordem pública, que atendem ao interesse da coletividade acima do indivíduo, não se descaracteriza do direito de família a sua natureza de direito privado.

O fato de o tema estar constitucionalizado dá monta à sua relevância e efetividade. Além disso, Maria Berenice Dias enumera que a constitucionalização do direito civil afasta desse a concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista das codificações passadas.

Ainda na acepção da autora a família constitucionalizada “apresenta condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessárias ao desempenho das funções reconhecidamente familiares”¹⁸. Isso se deve às mudanças nas estruturas políticas, econômicas e sociais do país, que conferiram uma imagem mais humana à família e, com igual importância, deram a cada um de seus membros um status como sujeito de direitos.

Na opinião de Gilmar Mendes, os princípios constitucionais possuem *status* constitucional, pois adquirem a superioridade própria do instrumento¹⁹, pensamento arrematado por Paulo Bonavides que os considera igualmente normas supremas do ordenamento jurídico²⁰.

¹⁷ LÔBO, Paulo. *op.cit.* p. 59.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *op.cit.* p. 34.

¹⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Walder do. **Tratado de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 626.

²⁰ *Idem*, p. 626.

No Estado Democrático de Direito a Constituição Federal reconheceu a supremacia da dignidade da pessoa humana e o do pluralismo familiar, trazendo à baila os ideais de igualdade e liberdade na família que fizeram nascerem os princípios objetos de estudo.

1.3.1.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil presente no artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil, além de ser repetido no *caput* do artigo 170 da Carta Magna como “existência digna” em relação à ordem econômica. Também é expressamente repetido no parágrafo 7º do artigo 226 do diploma quando trata do planejamento familiar e no artigo 230, em que prevê que a família, a sociedade e o Estado tem o dever de amparar a pessoas idosas, defendendo a sua dignidade e bem estar.

A dignidade da pessoa humana é de tanta importância que está presente no preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos no qual se estabelece a *necessidade de proteção da dignidade humana*, protegida pelos direitos elencados no seu teor. Essa redação foi repetida ou assemelhada em vários pactos e convenções de direitos humanos diante do destaque que possui o respeito ao ser humano. Para os tratados internacionais, é um princípio fundamental e conteúdo ético.

Quando se fala em dignidade da pessoa humana o entendimento primeiro é o dever geral de respeito, proteção e igualdade, o que não deixa de ser verdadeiro já que o princípio é intrínseco de cada ser humano no papel qualitativo, não importando quaisquer discriminações por cor, raça, sexo ou sexualidade. Para André de Carvalho Ramos²¹ existem dois elementos que caracterizam a dignidade humana: o positivo e o negativo. No primeiro há a defesa da existência do mínimo material para que o ser humano possa ter uma existência digna (redação do artigo 170 da Constituição Federal); o segundo trata da proibição de tratamento ofensivo e degradante aos seres humanos (artigo 5º, incisos II e XLI da Constituição Federal).

A aplicabilidade dessas características pode ser vista também, nos artigos 3º a 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois é assegurado a todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e absoluta prioridade dos referidos direitos aos seus assistidos. Também que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de discriminação, violência, crueldade ou opressão.

²¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 62.

Sendo assim, tal qual o Estado, a família possui o dever de respeito e de garantia para com os seus membros.

Na seara familiar, Washington de Barros aduz que:

Nas relações familiares acentua-se a necessidade de tutela dos direitos de personalidade, por meio da proteção à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a família deve ser havida como centro de preservação da pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de ser tida como célula básica da sociedade.

É somente por meio do respeito a esses direitos que pode ser alcançada a harmonia nas relações familiares e preservada a dignidade da pessoa no seio familiar²².

Na atual configuração da família deve se utilizar da dignidade da pessoa humana como meio para a realização individual dos seus membros, garantindo seu pleno desenvolvimento e felicidade. Consequentemente firma-se a ideia de que o direito de família é o mais humano dos direitos.

1.3.1.2. Princípio da igualdade e respeito à diferença

Assim como a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade é uma das balizas do Estado Democrático de Direito. Está presente no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal inaugurando o capítulo referente aos direitos fundamentais.

O inciso I do artigo referido trás em seu bojo a igualdade entre os sexos que espelha a redação do artigo 226, § 5º do diploma, dando ao homem e a mulher os mesmos deveres e direitos dentro da relação conjugal. Em uma visão ainda mais atualizada, o dispositivo, para o direito de família, ainda é ampliado para a união estável e, por que não, as uniões homoafetivas. Note-se que há um dever de solidariedade ao colocar homem e mulher ou companheiros em posição igualitária na relação familiar.

Também é reflexo do princípio o tratamento paritário dos filhos maritais ou não, sendo vedada qualquer discriminação de direitos entre eles (artigo 227, § 6º da Constituição Federal). Não mais subsiste a filiação legítima e ilegítima entre filhos.

Entretanto o princípio da igualdade não deve ser tratado como máxima absoluta. Em sua envergadura deve-se respeitar o direito às diferenças ou, de modo mais didático, a

²² MONTEIRO, Washington de Barros. *op. cit.* p. 33.

máxima aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

Biologicamente homens e mulheres são dotados de diferenças físicas e até psíquicas, e deve o Estado, portanto, quando intervir no seio familiar, respeitar o fato de que apesar da evidente isonomia na relação conjugal, alguns aspectos precisam de relativização. O mesmo pode ser aplicado para o atendimento de necessidades individuais especializadas entre os filhos.

O aplicador de direito deve, conseqüentemente, utilizar-se das normas a não gerar desigualdade nem um julgamento assimétrico.

1.3.1.3. Princípio da vedação ao retrocesso

Desenvolvido por Canotilho, a vedação ao retrocesso é princípio constitucional ampliativo para todos os ramos do direito, não apenas o direito de família. Por ele, uma lei posterior não pode extinguir ou diminuir garantias constitucionais já consagradas.

Para Nathalia Masson²³ a proibição ao retrocesso se trata da busca pela segurança jurídica ao garantir que os direitos constitucionais não tenham seu alcance, importância e aplicabilidade suprimidas.

No âmbito das relações familiares, os direitos conquistados como o pluralismo nas relações familiares, a união estável e a igualdade de filiação, são direitos subjetivos de cunho constitucional, não devendo ser, de qualquer forma, retirados do ordenamento jurídico ou diminuídos a ponto de insignificância.

O Estado ao instituir direitos sociais tem o dever duplice de satisfazê-los e de, concomitantemente, de não se abster de atuar de modo a garantir a sua realização. Para Maria Berenice Dias uma vez instituídos novos direitos de cunho sócio-constitucional, as omissões da lei devem ser interpretadas de modo ampliativo a englobá-los²⁴.

1.3.2. Princípios especiais do direito de família

São aqueles melhores visualizados no Código Civil ou da interpretação jurisprudencial. São próprios da relação familiar diante da sua especificidade.

²³ MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2013. p.230.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. *op. cit.* p. 62.

1.3.2.1. Princípio do pluralismo das relações familiares

Tendo o ordenamento jurídico assumido que a relação familiar não se perfaz apenas na figura do casamento, começaram a ser aceitos outros modos de ver a família de tal monta que passaram à letra da lei.

Segundo Paulo Lôbo²⁵, o estado não pode restringir a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas quando não repercutem no interesse geral. Portanto diante de uma quebra do que era tradicional o que era exceção agora está virando regra. Isso é observado no artigo 226 da Constituição Federal que institui a união estável e a família monoparental nos parágrafos 3º e 4º. Admitiu-se até mesmo os direitos da concubina, família substituta, união homoafetiva e as uniões estáveis paralelas²⁶ (conhecidas por concubinato adúltero), tudo se baseando no desejo de estabelecer uma comunhão de vida baseada no vínculo afetivo.

O pluralismo familiar também desemboca no princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, nos pilares de autonomia, liberdade de escolha e planejamento familiar (CC, art. 1.565).

1.3.2.2. Princípio da convivência familiar

O princípio da convivência familiar apesar de precipuamente dirigido às crianças e adolescentes, deve ser estendido à família em geral, ao Estado e à sociedade. Ele decorre da afetividade, uma vez que são esses laços que proporcionam a convivência entre as pessoas da mesma família sejam sanguíneos ou não, e nem sempre se limitando à constituição biológica.

Também é pressuposto do início de uma nova relação familiar, afinal para que se estabeleça uma comunhão de vida em conjunto se espera um laço tanto físico quanto mental entre companheiros e desses para com seus descendentes.

O próprio artigo 227 da Constituição Federal faz referência explícita, também utilizada pelo Código Civil, ao princípio em comento como um dos direitos assegurados à criança e ao adolescente.

No âmbito da união entre duas pessoas, está presente na redação do artigo 1.513 do Código Civil.

²⁵ LÔBO, Paulo. *op.cit.* p. 78.

²⁶ Tribunal de Justiça do Amazonas. **Juiz Reconhece duas uniões estáveis paralelas em Manaus.** Disponível em: <http://tj-am.jusbrasil.com.br/noticias/100443509/juiz-reconhece-duas-unioes-estaveis-paralelas-em-manaus?ref=topic_feed>. Acesso em 27 set. 2014.

Paulo Lôbo, em rica consideração ao atual estilo de vida da sociedade, admite que o vínculo da convivência familiar possa ocorrer tanto no espaço físico da casa, nos termos do inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal, quanto virtualmente, sem que haja perda da referência do ambiente comum²⁷.

O que importa são os vínculos afetivos entre os membros, mesmo entre avós, netos, tios e primos, pois o costume brasileiro é de considerar a família extensa parte essencial da formação do ser humano. Como decorrência disso, há o poder familiar. A regra do ordenamento jurídico brasileiro é que os descendentes devem permanecer com seus genitores, sendo a família substituta ou uma exceção.

Também mesmo quando há a separação entre os pais há o direito de visita, pois não se pode restringir a convivência familiar entre pais e filhos, excetuando-se limitações em cada caso concreto. Entra em voga o melhor interesse da criança, mais um princípio do direito de família assegurado na redação do *caput* do artigo 227 da Constituição Federal.

1.3.2.3. Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade é intrínseco à dignidade da pessoa humana e decorre da solidariedade social. Dessa forma, está presente dentre os princípios constitucionais do direito de família.

Historicamente, o indivíduo era concebido como uma parte do todo, tanto em sociedade quanto na família, o que foi derrubado com a tomada do direito subjetivo, dando aos indivíduos opções de escolha e desenvolvimento da personalidade. Isso, sem tirar do poder público o dever de continuar a realizar as políticas de atendimento familiar.

A solidariedade familiar não exclui a solidariedade social, uma vez que há um equilíbrio entre o público e privado utilizando-se da solidariedade como norte. Tanto que é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solitária” (artigo 3º, I, CF/88), também presente nos artigos 226, 227 e 230, e no Estatuto da Criança e do adolescente no artigo 4º.

No núcleo familiar, entende-se como materialização do princípio em estudo a reciprocidade entre cônjuges e companheiros, entre pais e filhos (direito de serem cuidados até atingir a vida adulta) e, entre esses últimos, no que diz respeito à assistência material e imaterial, possível somente com a cooperação dos seus membros, de acordo com a redação do artigo 1.513 do Código Civil.

²⁷ LÔBO, Paulo. *op.cit.* p. 78.

Com fundamento no princípio da solidariedade, estão em voga nos tribunais brasileiros vários outros princípios como a convivência familiar, o cuidado como dever jurídico e a afetividade. Esse último será o tema principal do capítulo a seguir.

2. DA AFETIVIDADE

2.1. A afetividade como princípio do direito de família

Muito se falou nos tópicos anteriores sobre como, na atualidade, a relação familiar encontra-se humanizada com a valorização dos membros do grupo familiar, dando à família contemporânea um espaço para desenvolver o afeto e o companheirismo concomitantemente à personalidade individual de cada um de seus membros.

Abandona-se a regra do matrimônio com fins patrimoniais e da família como força produtiva em que a instituição era maior do que os desejos pessoais dos seus integrantes. A busca pela felicidade é o ideal maior do ser humano em virtude da sua dignidade como pessoa humana e da liberdade para as escolhas pessoais. Quando o relacionamento não é mais considerado certo, os casais de mútuo acordo ou não, podem optar pelo divórcio e assim, a partir disso, possuem a liberdade de se constituir famílias alternativas graças à autonomia da vontade.

Não se pode negar que “o afeto passou por um processo de jurisdicionalização e agora serve ao direito de família como um importante e decisivo elemento jurídico”²⁸. Infelizmente, tal preceito ainda é visto de modo preconceituoso por certa parte de juristas, doutrinadores, dentre outros, por não estar expressamente elencado como direito fundamental ou quiçá uma parte do todo que é a dignidade da pessoa humana. Na opinião de Aline Biasuz Suares Karow: “O afeto está para os laços familiares assim como o sol está para o dia. Muitas vezes está encoberto, mas sabido que está lá, mesmo que esteja atrás das nuvens”²⁹.

Para Azevedo a jurisdição do afeto como princípio jurídico não passa de mais uma invenção do que intitula ser *Direito Criativo*. Segundo ele “estamos nos tornando um país de fanáticos do sentimentalismo, de pervertidos da reclamação, de ditadores da reparação”³⁰. Ocorre que o sentimentalismo é parte intrínseca do ser humano. É o que nos diferencia das outras espécies.

Todavia, não é essa a opinião do presente trabalho, que subsiste da existência quase palpável do princípio da afetividade nas relações familiares. Ao explanar-se sobre os

²⁸ KARROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 125.

²⁹ Id. 2012. p. 140.

³⁰ AZEVEDO, Reinaldo. *Abandono afetivo é pura manifestação de “direito criativo”? É uma degradação da cultura democrática. Ou: quanto custa o amor paterno?* Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/abandono-afetivo-e-pura-manifestacao-de-%E2%80%9Cdireito-criativo%E2%80%9D-e-degradacao-da-cultura-democratica-ou-quanto-custa-o-amor-paterno/>>. Acesso em: 27 set. 2014.

princípios anteriormente estudados, nota-se que o afeto possui a função de pressuposto em muitos deles, sendo por óbvio que o direito não deve fechar os olhos para o que está implícito nas relações familiares.

Para Maria Berenice Dias é essencial inserir no conceito de entidade familiar os vínculos afetivos, pois envolvem mais sentimento do que vontade, merecendo a especial proteção que somente o Direito de família pode resguardar³¹.

Se não há afeto, não há o que se falar sobre pedido de guarda, adoção, união estável, convivência familiar e muitos outros já solidificados princípios do atual direito de família.

2.2. O afeto e a afetividade para o direito de família

Paulo Lôbo entende que há uma diferença substancial entre afeto e afetividade e que é nela que se presencia a postergação de se considerar o princípio da afetividade como fundamento jurídico novel do direito de família.

Aduz o autor que afeto e afetividade não devem ser confundidos diante do fato de o primeiro ser fato psicológico e o segundo, fato jurídico. Isso porque não há o que se falar de impor o afeto como dever, esse é papel da afetividade como princípio, pois, como anteriormente aduzido, os princípios são mandamentos axiológicos que servem como fundamentos do Direito.

O dicionário considera o afeto uma manifestação do ânimo; sentimento, paixão; amizade, amor, simpatia. Nascido do latim, o vocábulo afeto vem de *affectus* e significa ternura, afinidade, amor ou emoção por alguém ou algo.

Para Flavio Tartuce o afeto subsiste em vertentes positiva e negativa que estão presentes em todas as relações familiares. Positivamente, tem-se o amor; negativamente, o ódio, não podendo o afeto ser confundido com amor³². Tal pensamento é consubstanciado pela opinião de Abigail Alvarenga Mahoney, pesquisadora do Programa de Estudos Pós-Graduados em Educação: Psicologia da Educação, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Para ela, o conceito de afeto não é sinônimo de carinho ou amor, mas

³¹ DIAS, Maria Berenice. **A família além dos mitos**. I Congresso Internacional do IBDFAM, 15 a 17 de nov. 2006. Brasília – DF. Disponível em: < <http://www.mariaberenice.com.br/pt/discurso-a-familia-alem-dos-mitos.cont>>. Acesso em: 02 out. 2014.

³² TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no direito de família**. Revista Consulex, nº. 378, p. 28-29, out. 2012.

resultado da estimulação dada ao indivíduo durante o seu crescimento que o afetará por toda a vida³³.

Partindo desse preceito, não é de difícil compreensão que o afeto faça parte do caráter de qualquer indivíduo e é essencial ao pleno desenvolvimento do ser humano e que, erroneamente, é interpretado como sinônimo de sentimentos mais fortes, como o amor. No entanto, existe uma linha tênue entre eles. Desse modo se conclui que:

Para a psicologia clínica, o afeto pode ser visto como ações da pessoa em busca do contentamento das suas vontades e necessidades – sejam elas corporais ou psíquicas – e, dependendo dessas ações, o afeto pode ser agradável ou não³⁴.

Partindo para o direito de família, entende ser o afeto elemento essencial para a constituição da família nos tempos modernos, pois é a partir dele que se mantém a estabilidade dessa. Diante da igualdade e da independência dos seus membros, a dependência econômica não está adstrita a uma pessoa só, mas à comunhão e solidariedade³⁵. Para Pablo Stolze “a comunidade de existência formada pelos membros de uma família é moldada pelo liame socioafetivo que os vincula, sem aniquilar as suas individualidades”³⁶.

Por tratar de emoções e sentimentos em sua amplitude, é inapreensível ao Direito, mas não completamente anulado, pois não deixa de ser **pressuposto** do princípio da afetividade, uma vez que para o Direito, a afetividade em sentido estrito deve ser assegurada a todos, sem discriminações³⁷.

Tartuce ao trabalhar com o princípio da afetividade, afirma que os princípios são extraídos como abstrações realizadas pelos intérpretes a partir de vários vieses³⁸. As normas, os costumes, a doutrina, a jurisprudência e o dia a dia em seus aspectos econômicos e sociais

³³ SALLA, Fernanda. **O conceito da afetividade de Henri Wallon**. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/formacao/conceito-afetividade-henri-wallon-645917.shtml>>. Acesso em 08 out. 2014.

³⁴ AMORIM, Patrícia Renata Melo de. **Abandono Afetivo na relação paterno filial frente a responsabilidade civil**. Revista Jurídica do Ministério Público. João Pessoa, ano 2, n. 4, jan/dez. 2010.

³⁵ PESSANHA, Jackelline Fraga Pessanha. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_mostrar.cfm&id=15179>. Acesso em: 08 out. 2014.

³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: as famílias em perspectiva constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 93.

³⁷ PESSANHA, Jackelline Fraga Pessanha. *op.cit.*

³⁸ TARTUCE, Flávio. *op. cit.*

podem criar e transformar princípios que devem ser respeitados juridicamente por serem responsáveis pela mudança na ordem jurídica brasileira; e, em se tratando de direito de família, da configuração desta, dando maior ou menor abertura para novidades. Sobre tal fato:

Deve-se destacar, também, que os princípios jurídicos não são obra do legislador, nem dos tribunais, mas são fruto das experiências do devir social, obtidas ao longo dos anos e decorrentes de difíceis etapas vividas; são as experiências obtidas no esforço empreendido pela sociedade para superar grandes crises econômico-político-sociais. Cabendo, portanto, ao jurista descrever a síntese desta experiência através de enunciado do princípio, ou seja, de lei cientificamente comprovada³⁹.

Para Paulo Lôbo o afeto pode ser presumido, mas não a afetividade como princípio, que é um dever imposto aos pais em relação aos filhos e vice-versa, mesmo que haja desamor ou desafeição entre eles e cujo término está vinculado ao falecimento de um dos membros ou à perda do poder familiar. Entre cônjuges, o princípio subsiste enquanto houver a afetividade real. E mesmo quando considerada deteriorada, ainda pode subsistir o dever de assistência, que coaduna a afetividade com o dever jurídico da solidariedade.

A afetividade como princípio jurídico se encontra implicitamente nos diplomas legais. Nasce da interpretação dos artigos 226 e 227 da Constituição Federal e o artigo 1.593 do Código Civil abre o enunciado para a regra geral da mesma ao dizer que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Esse trecho enaltece o vínculo afetivo acima do biológico. O que era a regra geral nos códigos anteriores tornou-se mera exceção, pois, por vezes, os vínculos afetivos possuem mais força que o parentesco consanguíneo.

Também se faz presente no Estatuto da Criança e do Adolescente que, em inúmeras passagens do texto, dá diapasão ao afeto como valor a ser considerado pelos pais e aplicadores do direito, especialmente no que se trata sobre guarda e colocação em família substituta.

Por conta disso Paulo Lôbo trata a afetividade como elemento interno ao sistema jurídico, sendo dever jurídico de caráter permanente, independentemente dos sentimentos internos nutridos pelas partes, pois é laço que deriva da convivência familiar⁴⁰.

³⁹ VEIGA, Litney Nazareno da. **A importância dos princípios jurídicos para o direito tributário**. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12>. Acesso em: 11 out. 2014.

⁴⁰ LÔBO, Paulo. *op.cit.* p. 70.

Sem afeto, a família, ao invés de ser considerada espaço de realização pessoal, se torna ambiente tóxico que desrespeita a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade. Assim, a família perde a sua função social e eudemonista – da doutrina da felicidade pessoal dos membros de uma família, fundamentada em laços de afeto, consideração e respeito mútuos⁴¹. O eudemonismo é o responsável da progressão da família e do direito que a tutela.

Por ser um assunto de caráter extremamente interno e subjetivo, é de praxe o retorno da ideia de que há desrespeito ao princípio da intervenção mínima do Estado na família.

Ocorre que o papel do Estado no Direito de Família é de evitar abusos no que se refere aos princípios que regem esse ramo do Direito. Seu dever é o de manutenção da família, retirando dela tudo aquilo que possa ameaçar ou lesar o interesse jurídico de qualquer integrante de uma relação familiar, mas prezando os vínculos socioafetivos já consolidados.

Ademais, a afetividade não é proporcionada apenas no âmbito interno familiar, mas também ocorre entre famílias.

Para Maria Berenice Dias:

O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será como sempre foi: a família⁴².

Desse modo está comprovada a presença do princípio da afetividade nas relações familiares tanto internas quanto externas e também no Direito que as envolve.

2.3. Análise psicológica da afetividade

A família é a responsável pela primeira identidade social e, nela, as figuras maternas e paternas funcionam como referências comportamentais dos filhos, contribuindo para a construção da personalidade dos mesmos.

O ambiente familiar é o primeiro ambiente social de uma criança em que esta deve se sentir livre para o desenvolvimento primeiro de suas capacidades, que posteriormente serão postas em cheque perante a sociedade exterior. Partindo desse fato, para a psicologia, o afeto

⁴¹ O que se entende por família eudemonista. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/492747/o-que-se-entende-por-familia-eudemonista>>. Acesso em: 10 out. 2014.

⁴² DIAS, Maria Berenice Dias. *op. cit.* pg. 64

é característica fundamental do âmbito familiar, e o modo como esse é trabalhado imprime no indivíduo marcas que serão carregadas por toda a vida e que se projetarão, por sua vez, em suas famílias futuras.

Sendo assim, a saúde mental do indivíduo é formada desde o berço e tem em consideração aspectos biológicos, sociais e psicológicos do ciclo vital da família⁴³, que teoricamente é o lugar onde se promove a rede de segurança que garantirá uma boa qualidade de vida à criança.

Desse modo entende-se que:

Cada ambiente familiar possui uma dinâmica de interação ao qual possibilitará de modo particular, o desenvolvimento emocional e social dos seus membros. Em virtude dessas interações, a forma como foi estabelecida os primeiros padrões de comportamentos de vinculação na infância, tende a persistir por toda a vida⁴⁴.

Com a pluralização familiar, as regras de conduta sedimentadas sobre a criação dos filhos já não mais se mostram eficientes. A ideia primeira de criação dos filhos usando por base o terrorismo físico e o princípio de que a palavra dos pais era absoluta, foi mitigada pelas várias leis e estatutos que protegem as pessoas humanas do adolescente e das crianças. Mais recentemente, essa proteção foi ampliada com a instituição da Lei da Palmada (sancionada em 27 de janeiro de 2014⁴⁵).

Hoje, entende-se ser o respeito e entendimento mútuos parâmetros maiores sobre a educação das crianças, diante da preocupação com a qualidade de vida, trazida pela dignidade da pessoa humana, pressuposto do afeto familiar. Para a psicóloga Lidia Weber, a boa educação de uma criança deve passar pelo fortalecimento de sua autoestima⁴⁶.

Na adolescência, de acordo com uma abordagem psicanalista, ocorre uma série de eventos que torna essa fase confusa e complicada. A começar do desprendimento pela formação corpórea infantil que, por motivos biológicos, começa a evoluir gradativamente em formas adultas; do papel infantil que não pode mais desempenhar, pois com o passar dos anos

⁴³ SANTANA, Karina Santos. **A privação do vínculo afetivo materno pode contribuir para o ato infracional do adolescente na atualidade?** Disponível em: <<https://psicologado.com/atuacao/psicologia-da-familia/a-privacao-do-vinculo-afetivo-materno-pode-contribuir-para-o-ato-infracional-do-adolescente-na-atualidade>>. Acesso em: 12 de out. 2014.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ NALON, TAI. **Dilma sanciona lei da palmada e veta obrigação de servidor de relatar violência.** Jornal Folha de São Paulo, Brasília, 26 jun. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/06/1477331-dilma-sanciona-lei-da-palmada-e-veta-obrigacao-de-servidor-relatar-violencia.shtml>>. Acesso em: 13 out. 2014.

⁴⁶ PINHEIRO, Daniela. **O que falta é Afeto.** Revista Veja, ed. 1856. São Paulo: Abril. 04 jun. 2004.

o adolescente se vê independente e deve trabalhar para resolver os problemas sem auxílio paterno ou materno pondo em prática o aprendizado obtido quando criança; e dos pais da infância, cujo referencial de segurança começa a se perder diante dos desafios do dia a dia. É o primeiro passo para o estabelecimento da identidade adulta.

Nada é mais natural do que o adolescente se sentir incompreendido nessa fase, porém existem limites e ultrapassar a normalidade desses pode ser sinal de falta de afetividade enquanto infante.

Também se tem registro de que a falta de afeto pode prejudicar o cognitivo das crianças e adolescentes influenciando diretamente em sua vida escolar e, portanto, na qualidade de vida futura desses. Um emocional sadio é importante para uma boa aprendizagem, até mesmo porque é a escola o segundo degrau na escala social de uma criança ou adolescente, depois da família.

Pode-se perceber que quando os pais se fazem presentes, mostrando interesse pela criança, pela escola, pelo que ela está aprendendo, pelas coisas que está fazendo ou deixando de fazer e pelos seus progressos e necessidades, elas apresentam maior motivação para aprender e realmente aprendem melhor e se sentem orgulhosas de si mesmas⁴⁷.

Nota-se que um não anula o outro, devendo existir uma situação de parceria entre esses dois grupos sociais: ambas escola e família devem ser complementares a fim de tornar a educação mais completa e prazerosa, o que só acontecerá caso a criança ou o adolescente se sinta seguro. Para tal, é imprescindível possuir uma boa saúde emocional.

Estudos afirmam que a negligência e o desafeto na infância podem gerar os mais variados efeitos na infância e na adolescência. Mas faz-se necessário entender mais aprofundadamente o que constitui negligência.

Para o Psicólogo Rodrigo Grassi de Oliveira⁴⁸, a negligência pode se dar fisicamente ao se privar alimentos e cuidados de higiene, ou emocionalmente, no que diz respeito ao afeto, proteção e apoio. Como consequência pode ocorrer o surgimento de alterações

⁴⁷ MORAES, Vera Lúcia Cândido de; RUBIO, Juliana de Alcântara Silveira. **Cognição e Afeto se Entrelaçam no Processo de Ensino e Aprendizagem**. Revista Eletrônica Saberes da Educação, São Roque, v. 03. Disponível em: <<http://www.facsaroque.br/novo/publicacoes/pdf/v3-n1-2012/Vera.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2014.

⁴⁸ **Falta de afeto pode deixar marcas nas crianças para toda a vida**. Disponível em <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticia/2009/03/falta-de-afeto-pode-deixar-marcas-nas-criancas-para-toda-a-vida-2450155.htm>>. Acesso em: 13 out. 2014.

psicológicas – alguns exemplos são transtornos afetivos como pânico, fobias ou ansiedade generalizada –, psiquiátricas, neurológicas, imunológicas e hormonais.

Para todos os efeitos, a negligência não se dá apenas do modo material, mas também no aspecto imaterial, ou seja, na falta de carinho e amor, na desatenção, na ausência, na omissão e na privação da companhia dos pais, todas passíveis de causar desequilíbrio emocional. Essa se dá quando aquele que possui o dever de cuidado deixa de observá-lo, causando dano e cometendo ato ilícito (artigo 186, CC).

Também objeto das preocupações dos estudiosos da psicologia é a relação existente entre a falta de afeto com berço nessa negligência dos pais e os chocantes números da violência praticada por menores (que alimenta a forte discussão sobre a diminuição ou não da maioria penal). Estudo realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em 2012, registrou aumento de 7% nas representações de atos infracionais cometidos por adolescentes de 12 a 18 anos de idade em relação ao ano anterior⁴⁹. Dados do CNJ colhidos no ano de 2013 afirmam que cerca de 85% dos adolescentes cumprindo internação conviviam diariamente com violência e privações⁵⁰.

São múltiplos os fatores que influenciam a violência e comportamento antissocial durante a adolescência e, portanto, na fase de amadurecimento para a vida adulta, não se pode negar que a falta de afetividade nas interações familiares é um deles, principalmente diante do sentimento de abandono causado por ela.

Entende-se que “é em famílias com pais desatenciosos ou violentos que a delinquência se manifesta com mais frequência”⁵¹ e que isso pode ser caracterizado pela dificuldade em se estabelecer relações de vínculo afetivo devido ao ambiente familiar desfavorável na infância⁵².

Sendo assim, a necessidade de se alimentar o afeto com crianças e adolescentes deve ser atendidas, pois é fundamental no crescimento, aprendizado e autoestima do ser humano, sendo a base de um desenvolvimento saudável.

⁴⁹ **Violência na juventude: culpados ou vítimas?** Disponível em: <<http://www.univesp.ensinosuperior.sp.gov.br/preunivesp/5709/viol-ncia-na-juventude-culpados-ou-v-timas.html>>. Acesso em: 15 out. 2014.

⁵⁰ **Jovens infratores relaram infância marca por violência e privações.** Disponível em <<http://www.radioagencianp.com.br/11600-jovens-infratores-relatam-infancia-marcada-por-violencia-e-privacoes>>. Acesso em: 15 out. 2014.

⁵¹ SELIGMAN, Airton. **O poder do toque.** ed 182. Revista Superinteressante, São Paulo: Abril. nov. 2002.

⁵² SANTANA, Karina Santos. *op.cit.*

2.4. A afetividade e o poder familiar

Encerrando a análise jurídico-psicológica da afetividade, faz-se *mister* tê-la sob o enfoque do poder familiar, uma vez que, diante da jurisprudência pátria, não há como visualizar a incidência jurídica do afeto sem entender o poder familiar.

Como já amplamente discutido a família, principalmente na figura dos pais, possui como tarefa a criação dos filhos, ajudando-os a se tornarem adultos plenamente capazes de enfrentar a vida a partir da maioridade que, em regra, é alcançada aos 18 anos de idade. A partir dessa o indivíduo passa a responder pelos próprios atos e põe em prática todos os ensinamentos passados pelos pais durante o seu crescimento, assim, nasce a ideia de que os pais possuem certos poderes e deveres para com os filhos, que se entende ser o poder familiar.

Conceitualmente o poder familiar é o exercício de autoridade temporária dos pais sobre os filhos, porém no interesse dos últimos. Historicamente conhecido como pátrio poder, é resultado da concepção da soberania paterna na família patriarcal, voltada ao interesse do chefe da família, no qual os demais membros do grupo eram meras peças do todo e lhe deviam respeito quase servil. Com o passar do tempo, o que era pátrio se tornou comum, sendo compartilhado entre ambos os pais em regime de parceria e de absoluta igualdade (artigo 21, ECA).

O vocábulo “pátrio poder” transformou-se em “poder familiar” e, embora seu cabimento não seja o mesmo dos séculos passados, Lôbo considera a terminologia inadequada por evocar poder físico sobre a pessoa do outro⁵³, o que não é a verdadeira construção na prática, tendo sido cogitado a ser tratado por “pátrio dever”, uma vez que há uma maior distribuição de deveres para os pais do que, de fato, poderes⁵⁴.

O poder familiar, apesar de ser uma autoridade dos pais para os filhos, se converteu em um poder-dever, cuja satisfação não é exclusiva daqueles que o detém (no caso pais e mães), mas sim da prole, pois, conforme Ulhoa “é um simples instrumento para a realização dos objetivos de preparação dos filhos para a vida; objetivos que a sociedade reserva aos pais, e espera sejam atendidos, na formação de seus membros”⁵⁵.

Para Washington de Barros Monteiro, o poder familiar possui base nitidamente altruística, pois é necessário para obter o bem da filiação. Ele o conceitua como conjunto de

⁵³ LÔBO, Paulo. *op.cit.* p. 295

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p. 396

⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: família e sucessões*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.172.

obrigações no tocante à pessoa e bens dos filhos menores⁵⁶, e que melhor se visualiza como um direito concedido aos pais para cumprirem um dever relacionado aos filhos, que são os titulares destes, qual seja direção e educação, possuindo caráter iminente protetivo dos interesses dos menores, graças ao princípio da paternidade responsável (art. 126, §7º da Constituição Federal)⁵⁷.

Na visão de Paulo Lôbo, no entanto, a titularidade é recíproca dos pais para os filhos e dos filhos para os pais, havendo direitos correspondentes entre eles⁵⁸.

Porém, assim como tantos outros direitos no âmbito do direito de família, o poder familiar pode ser indagado pelo *mímus publico*, pois o Estado, além de fixar normas para o exercício do poder familiar, também tem todo interesse em vê-lo tutelado em observância da leitura do Código Civil e, principalmente, do artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que afirma que em caso de discordância entre os pais, é assegurado a eles o direito de recorrer à autoridade judiciária competente para dirimir eventuais divergências.

É um poder indelegável, devendo ser exercido em igualdade pelos pais no casamento e na união estável e que por força do princípio da interpretação conforme a Constituição é estendida a todas as formas de família, não se extinguindo caso a entidade familiar se deteriore pelo divórcio e nasçam novas famílias subsequentes, pois não é instituído em proveito dos genitores⁵⁹. Em suma:

Sem prejuízo do exercício conjunto, o poder familiar pode ser exercido *separadamente* (o que não significa exclusivamente) por qualquer dos pais quando se tratar de atos comuns de guarda do filho e dos atos de administração ordinária. Em qualquer hipótese, excepcionalmente, pode o poder familiar ser exercido por um dos pais com exclusão do outro, por decisão judicial. São razões excepcionais: a suspensão do poder familiar (art. 1.637), a perda do poder familiar (art. 1.638), a falta ou ausência duradores do titular e o impedimento legal para o exercício, como a incapacidade civil⁶⁰.

Isso porque, como se pode facilmente aduzir, os deveres para com a prole não se extinguem quando se finda a relação do casal ou dos companheiros, deixando claro que a

⁵⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *op. cit.* p. 499-500.

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p. 396.

⁵⁸ LÔBO, Paulo. *op. cit.* p. 299.

⁵⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *op. cit.* p. 499

⁶⁰ LÔBO, Paulo. *op. cit.* p. 301.

convivência dos pais, entre si ou com os filhos, não é requisito para a titularidade do poder familiar⁶¹.

Desse modo, está presente no código civil que:

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

Esse pode ser exercido mesmo que vivam em ambientes diferentes, graças ao dever de guarda, que não exclui o dever de companhia (ambos presentes no inciso II do artigo 1.634 do Código Civil que enumera a competência dos pais no exercício do poder familiar). Para Berenice Dias, em suma, “a unidade familiar persiste mesmo depois da separação de seus componentes, é um elo que se perpetua”⁶².

Ainda na opinião da autora:

A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não mais se podendo ignorar essa realidade, passou-se falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas direito do filho. Com isso, quem não detém sua guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida⁶³.

Aquele que por porventura não possui a guarda da criança possui, mesmo assim, direito de visita e de conviver, manter e alimentar os laços afetivos com o filho, embora ambos ainda possuam a titularidade do poder familiar. Isso porque não podem os filhos serem tratados como patrimônio do qual se pode dispor livremente, já que o direito desses advindos dos pais não se modifica diante da dissolução do vínculo que unia os pais que, apesar disso ainda compartilham das decisões fundamentais sobre a criança. Além de que não pode haver nenhuma preferência entre os genitores no exercício do poder familiar, cabendo para ambos, em igualdade e condições, os mesmos direitos e deveres⁶⁴.

⁶¹ LÔBO, Paulo. *op.cit.* p. 300.

⁶² DIAS, Maria Berenice. *op. cit.* p. 360.

⁶³ Id., p. 368.

⁶⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *op. cit.* p. 501.

Na legislação há sobrevida a esse direito no artigo 1.579 do Código Civil e no artigo 12, inciso VIII da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996: Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

O poder familiar só pode ser suprimido ou perdido por decisão judicial, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil (artigos 1.637 e 1.638) e no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que os casos só devem ser adotados pelo juízo apenas quando outra medida não produzir efeito desejado no interesse de segurança do menor, principalmente no que diz respeito à perda, que é punição máxima e deve ser ao máximo evitada pelo julgador.

Quanto a estas possibilidades, necessário se faz entender as suas diferenças:

Em relação à suspensão, essa ocorre de modo temporário quando aqueles que detêm o poder familiar agem com abuso de autoridade ou de direito, sendo inidôneo ao gerir os interesses econômicos da prole, faltando com os deveres que lhes são inerentes e, até mesmo, quando o pai ou a mãe é condenado por sentença irrecorrível em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (Art. 1.637, CC). Por ser temporária, ela pode ser revista e encerrada, devolvendo o poder familiar em sua plenitude ao genitor que a sofreu.

Por sua vez, a perda do poder familiar (nas hipóteses presentes no art. 1.638, CC) deve se dar com a imposição do melhor interesse da criança e ainda somente diante da impossibilidade de recomposição dos lados de afetividade. Mera carência de recursos materiais não é um pressuposto para a perda (Art. 23, ECA), sendo que utilizar-se desse argumento atenta diretamente a dignidade da pessoa humana, e mesmo porque são os laços de afetividade e cumprimento dos deveres impostos aos pais que determinam a preservação do poder familiar⁶⁵.

Ademais, é por se pautar na afetividade que muitas ações ou liminares de destituição do poder familiar são indeferidas, pois não se pode desconsiderar o vínculo afetivo da criança com aqueles que detêm a sua guarda, tornando-se extremamente prejudicial privá-la do convívio daqueles com quem ela sente segurança. Isso rememora que a intervenção estatal deve ter como pressuposto primeiro o melhor interesse da criança. Sendo assim:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR COM PEDIDO LIMINAR DE SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR E ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE NEGOU O ABRIGAMENTO DO MENOR E POSTERGOU A

⁶⁵ LÔBO, Paulo. *op. cit.* p. 301.

ANÁLISE DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. MINISTÉRIO PÚBLICO QUE PRETENDE O ACOLHIMENTO DA CRIANÇA AO ARGUMENTO DE QUE O GUARDIÃO LEGAL QUANDO A RECEBEU, NÃO ESTAVA CADASTRADO NA LISTA DE PRETENDENTES À ADOÇÃO. ALEGATIVA DE TER O GUARDIÃO LEGAL RECONHECIDO A PATERNIDADE DO INFANTE COM NÍTIDA INTENÇÃO DE BURLAR O CADASTRO DE ADOTANTES. INSUBSISTÊNCIA. CRIANÇA QUE SE ENCONTRA COM O GUARDIÃO LEGAL E SUA FAMÍLIA DESDE O NASCIMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO ENTRE O GUARDIÃO LEGAL, SUA FAMÍLIA E A CRIANÇA. CONVÍVIO COMPROVADO POR MAIS DE 3 (TRÊS) ANOS. CONSTRUÇÃO INCONTESTE DE LACOS AFETIVOS. RECONHECIMENTO DA CONFORMAÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR. ENALTECIMENTO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO ELEMENTO CARACTERIZADOR DA RELAÇÃO FAMILIAR (ARTIGO 226). IMPOSSIBILIDADE DE O ESTADO-JUIZ INTERVIR NO ÂMBITO FAMILIAR SEM QUE HAJA JUSTIFICATIVA DE ORDEM PROTETIVA. COMPROVAÇÃO POR MEIO DE ACOMPANHAMENTO CONTÍNUO DA ASSISTENTE SOCIAL DA COMARCA DE JOINVILLE/SC DA SATISFAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA AO PERMANECER NA FAMÍLIA. EVIDENTE ABUSO NO PEDIDO DE ABRIGAMENTO DA CRIANÇA ANTE A INEXISTÊNCIA DE QUALQUER SITUAÇÃO DE RISCO. INTELIGÊNCIA DO ART. 227, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MANUTENÇÃO DA GUARDA DA CRIANÇA (NESTA DATA COM APROXIMADAMENTE TRÊS ANOS E CINCO MESES) COM O GUARDIÃO LEGAL. RECURSO DESPROVIDO. 1 - Em processos nos quais se discute a proteção da criança ou adolescente o Poder Judiciário deve buscar solução adequada à satisfação do melhor interesse desses seres em formação. Essa determinação não decorre tão-somente da letra expressa da Constituição Federal (artigo 227) ou do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 4º), mas advém igualmente de imperativo da razão, haja vista que a pacificação so [...] (TJ-SC - AG: 20130215395 SC 2013.021539-5 (Acórdão), Relator: Denise Volpato, Data de Julgamento: 09/06/2014, Sexta Câmara de Direito Civil Julgado)

Diante disso, não se pode negar que o afeto e o poder familiar andam de mãos dadas, porém ocorre uma desconstrução quando se passa a estudar ambos de uma ótica voltada à reparação do dano por privação de companhia e, portanto, de afeto.

Isso porque há uma dificuldade evidente nos tribunais concederem a indenização pelo dano moral causado pela privação da convivência, amparo afetivo, moral e psíquico por partes dos genitores, se admitindo apenas que o princípio, como parte do poder familiar, se mal praticado pelos pais, deve ter como pena a perda do poder familiar.

Ocorre que, de acordo com Paulo Lobo, o abandono afetivo é inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade, não é um campo exclusivamente moral, mas também

jurídico, com consequências que parecem ser desconsideradas⁶⁶. Em jogo está a dignidade da pessoa humana e o princípio da paternidade responsável presente no artigo 226 da Constituição Federal, que trata não somente da assistência material, mas também da imaterial.

Sendo assim, diante da dificuldade mormente dos julgadores, resta analisar os elementos da responsabilidade civil e como esses, teoricamente, poderiam ser incluídos no abandono moral.

⁶⁶ LÔBO, Paulo. *op. cit.* p. 312.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1. Estudo conceitual

Não se pode compreender acertadamente quaisquer institutos jurídicos sem um estudo apropriado do seu desenrolar histórico. A responsabilidade civil possui berço do entendimento humano de que é necessário reaver aquilo que de uma forma ou de outra foi danificado ou se, longe de uma substituição completa, ao menos, possa ser ressarcido.

O dever de reparar pode ser subjetivamente comparado à terceira lei de Newton na qual “uma ação sempre se opõe a uma reação igual” – princípio fundamental da dinâmica que pode muito bem servir como parâmetro para melhor entendimento sobre a responsabilidade civil.

Quando se nota que algum direito ou coisa foi maculada à vista do seu dono ou mero possuidor, esse possui a gana de vê-la retornar ao seu estado anterior, natural. Daí que em vários períodos da história esse retorno, na forma de ressarcimento, se deu pela Lei de Talião do “olho por olho, dente por dente”, mais conhecida como vingança privada, cujas características principais são o imediatismo, espontaneidade e dosagem semelhante ao ocorrido em primeiro lugar.

Era uma época em que não se discutia culpa, o que avançou para a fase posterior conhecida como composição entre vítima e ofensor, cujo fundamento era a reintegração do dano sofrido⁶⁷ por meio econômico à escolha da vítima, no qual se buscava evitar o uso da Lei de Talião. Não se discutia culpa. Posteriormente, na época da Lei das XII Tábuas e do Código de Manu, a composição deixou de ser voluntária e passou a ser obrigatória e tarifada.

Apenas nos tempos romanos começou-se a diferenciação os delitos públicos dos privados, sendo os primeiros considerados mais graves por perturbação da ordem, devendo o ressarcimento em valores ser destinado aos cofres públicos, enquanto os segundos eram destinados à própria vítima. Foi a partir desse ponto que o Estado tomou para si o dever de punir e a responsabilidade civil deu as mãos à responsabilidade penal⁶⁸.

Apesar dos dois tipos de responsabilidade decorrerem de um fato semelhante, qual seja, um ato considerado como ilícito, é na forma de reparar que mora a sua distinção⁶⁹.

Civilmente o agente que incorreu em dano moral ou material tem o dever de repará-lo, buscando a restauração do *status quo ante*. Caso isso não seja possível, o dever se converte

⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 54.

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. 2014. *op. cit.* pg. 19.

⁶⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, vol. II: Responsabilidade Civil**. 8. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 46.

em prestação pecuniária ou compensação (no primeiro é possível quantificar o dano; no segundo, não é possível fazer estimativa), que será revertida à vítima. Por sua vez, na responsabilidade penal o agente sofre uma pena prevista que, a depender da gravidade do dano causado, poderá ser privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniária.

Apesar de, naturalmente, serem aplicadas de forma diversa, podem a responsabilidade civil e penal serem concomitantemente imputadas ao agente causador sem haver *bis in idem*⁷⁰.

Com esse desenvolvimento, nasce a *Lex Aquilia*, ou Lei Aquiliana, na qual substitui as tarifas anteriormente trabalhadas para o ressarcimento proporcional do dano e também como fato mais característico da época: a inclusão da culpa como elemento básico da responsabilidade civil.

O direito francês foi um dos primeiros a experimentar, embora timidamente, a teoria da culpa. Como o Código de Napoleão influenciou diversas legislações ao redor do mundo, não é de se admirar que possa ter dado o pontapé para a utilização da culpa como elemento da responsabilidade civil também no direito brasileiro, de forma igualmente tímida e arcaica, mas que não impediu sua ampliação.

Importante entendimento é que “o Direito se destina aos atos ilícitos; cuida dos ilícitos pela necessidade de reprimi-los e corrigir os seus efeitos nocivos”⁷¹ e que com o surgimento desses atos ilícitos nasce a responsabilidade como desiderato para a manutenção da ordem jurídica.

Para Cavalieri Filho, obrigação é o dever primeiro, originário, do qual a responsabilidade é dever sucessivo do não adimplemento da obrigação⁷². Tais conceitos estão previstos no artigo 389 do Código Civil que prescreve:

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.

Um pressupõe o outro. Sem o descumprimento - como conduta voluntária violadora de um dever jurídico - e, portanto, sem o ilícito, não há o que se falar em responsabilidade. Em um conceito bastante didático de Stolze, a responsabilidade “pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou

⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. *op. cit.* p. 47.

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 01.

⁷² *Id.* p. 02.

contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)⁷³.

Já Gonçalves trata a responsabilidade civil como um fenômeno social. Nas palavras do autor:

Quem pratica um ato, ou incorre numa omissão de que resulte dano, deve suportar as consequências do seu procedimento. Trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema da responsabilidade. Vê-se, portanto, que a responsabilidade é um fenômeno social⁷⁴.

Essa se decompõe em alguns elementos que serão trabalhados nos tópicos posteriores.

3.2. Espécies de responsabilidade

No direito brasileiro, a responsabilidade possui várias vertentes. Isso ocorre porque é, como já estudado, “conduta violadora de um dever jurídico”⁷⁵ e, a depender do tipo de dever violado, nascem suas diversas espécies. Inicialmente foram feitas breves considerações sobre a responsabilidade civil e penal. Agora restam diferenciar as responsabilidades subjetiva da objetiva e contratual da aquiliana.

3.2.1. Subjetiva e Objetiva

O elemento culpa é de suma importância quando se trabalha com a responsabilidade. Por ele pode se diferenciar se ela é subjetiva ou objetiva e, juridicamente, na teoria clássica, não existe responsabilidade sem culpa, nascendo, assim, a responsabilidade civil subjetiva.

Tão forte é a caracterização do elemento culpa que inaugura o título III do Código Civil que trata dos atos ilícitos com a seguinte redação:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

⁷³ GAGLIANO, Pablo Stolze. *op. cit.* p. 51.

⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p. 54

⁷⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.* p. 15.

A culpa, como se verifica no dispositivo acima, ocorre quando o agente voluntariamente atua com negligência ou imprudência causando prejuízo a terceiro. Esse, no entanto, deve provar que houve o elemento transcrito para que exista a obrigação de ver o dano ser indenizado. Nesse ponto, ela é vista em sentido *latu* abrangendo também o dolo, porque não existe responsabilidade subjetiva sem prova de culpa. Para Cavalieri “ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela no seu agir”⁷⁶.

Essa regra é relativizada com o surgimento da responsabilidade civil objetiva, na qual o elemento culpa é afastado, mas a responsabilização ainda ocorre, valendo-se dos elementos do nexa causal e do dano. O ordenamento jurídico atribui a responsabilidade a alguém por um dano que não foi causado diretamente por ele, mas por aquele que mantém com o primeiro algum tipo de relação jurídica⁷⁷.

A chamada teoria do risco é o berço da responsabilidade civil objetiva. Para Gonçalves a teoria:

[...] se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo⁷⁸.

Esse tipo de responsabilidade é limitada aos casos previstos em lei. Isso porque a teoria da culpa se mostra incompatível com o progresso econômico e tecnológico que tem avançado rapidamente, dando diapasão a um número exorbitante de atividades que podem trazer risco aos direitos de outrem, como se verifica na redação do artigo 927 do Código Civil que inaugura esse tipo de responsabilidade no ordenamento jurídico:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.* p. 17.

⁷⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. *op. cit.* p. 56.

⁷⁸ GONÇALVES. Carlos Roberto. *op. cit.* p. 34.

Causaria injustiça se a responsabilidade no ordenamento jurídico brasileiro só pudesse ser utilizada caso se provasse culpa, pois em muitas lesões é praticamente impossível comprovar a antijuricidade da conduta; portanto, a responsabilidade civil objetiva é um avanço no direito, coexistindo com a subjetiva, que ainda pode ser considerada uma regra.

3.2.2. Contratual e aquiliana

A responsabilização ainda pode ser dada caso a obrigação se dê contratualmente ou não, de acordo com a qualidade da violação⁷⁹. Isso porque não é somente quebrando a regra escrita em um papel que estará restado o dever de responsabilizar, mas também fora disso, quando se age com a quebra de um dever legal.

Toda a dificuldade em se provar a culpa na responsabilidade subjetiva é minorada quando há descumprimento das obrigações constantes de um contrato, isso porque basta que não se cumpra o que está escrito para se presumir a imediata quebra das disposições que, em regra, foram combinadas pelas partes. Um contrato nada mais é do que uma norma jurídica que vincula aqueles que estão em sua disposição.

No Código Civil, o inadimplemento desse tipo de obrigação contratual está presente no artigo 395 e seguintes, cuja redação se mostra claramente a favor de que ocorra o ressarcimento do dano.

Por outro lado, é com o artigo 186 e seguintes da mesma codificação que se trata da responsabilidade extracontratual, ou aquiliana, na qual claramente o elemento culpa tem papel de destaque quanto a obrigação de reparar. A vítima possui o ônus de provar que o causador teve o dolo ou culpa de causar o ocorrido.

Na responsabilidade contratual, o ônus da prova é invertido para o suposto causador do dano que, para se abster da responsabilidade, deve demonstrar alguma excludente prevista em lei; dentre elas: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Nesse caso, o papel de quem sofreu o dano, é apenas demonstrar o descumprimento da prestação.

Diferenciam-se também no fato de que na contratual existe uma relação jurídica anterior, com vínculo tanto da vítima quanto do autor, antes que o dano materializado; o que não se repete em relação a responsabilidade aquiliana. Na primeira ocorre a culpa contratual, que é “a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio

⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.* p. 16.

jurídico, ao passo que, na culpa aquiliana, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém⁸⁰.

Quando ocorre a responsabilidade aquiliana, estão em voga os deveres gerais e genéricos de abstenção ou omissão relacionados aos direitos reais, de personalidade e autorais⁸¹, previsto no artigo 186 do Código Civil.

Uma última diferença também se encontra presente em relação à capacidade daqueles que responderão pelo ilícito praticado. Para Gonçalves, na responsabilidade contratual essa capacidade é limitada que a extracontratual. Isso porque a presença de um agente capaz é um dos elementos basilares de uma convenção contratual sob pena de nulidade e, assim, não produzir deveres indenizatórios.

Em relação aos incapazes, ainda há a possibilidade de darem ensejo a reparação do dano.

Na visão do autor:

Na hipótese de obrigação derivada de um delito, o ato do incapaz pode dar origem à reparação por aqueles que legalmente são encarregados de sua guarda. E a tendência de nosso direito é para a ampliação da responsabilidade delituosa dos incapazes, como se pode verificar no art. 928, que responsabiliza os incapazes em geral (loucos, menores etc.) pelos prejuízos que venham a causar, toda vez que as pessoas por eles responsáveis não tenham a obrigação legal de fazê-lo, ou não disponham de meios suficientes.

Pelo Código Civil, o menor de 18 anos é, em princípio, civilmente irresponsável. Só responderá pelos prejuízos que causar se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de o fazer ou não dispuserem de meios suficientes (art. 928). No campo contratual, este mesmo menor somente se vinculará se celebrar a convenção devidamente representado ou assistido por seu representante legal⁸².

Apesar disso, em nenhuma delas deixa de se observar os elementos basilares de ato ilícito, nexos causal e culpa que são a essência da responsabilidade civil; assim como cabe, depois de revelado o dano, o dever de reparar.

3.3. Pressupostos de responsabilidade civil subjetiva

⁸⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. *op.cit.* pg. 60.

⁸¹ GONÇALVES. Carlos Roberto. *op. cit.* Pg. 72.

⁸² GONÇALVES. Carlos Roberto. *op. cit.* Pg. 74.

Como é imprescindível para o estudo o trabalho em questão, passa a se tratar diretamente dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva. Dado o tema em estudo, não é de grande interesse, até mesmo por conta de suas peculiaridades, tratar da responsabilidade civil objetiva.

Tais elementos já foram anteriormente apresentados, mas dada a importância do estudo individual de cada um, eles serão brevemente pormenorizados nos tópicos a seguir.

De início, resta entender que dentre esses pressupostos encontram-se um elemento formal – que é a conduta humana positiva ou negativa -, um elemento subjetivo - que pode ser o dolo ou a culpa -, e um elemento causal-material⁸³ – o nexó de causalidade, que causa o dano moral ou patrimonial.

Todos eles estão bem definidos na simples análise da redação do artigo 186 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Tais elementos estão presentes no ditame da responsabilidade por abandono afetivo, possuindo suma importância na caracterização do tema. Isso porque a questão do abandono afetivo, apesar de considerada meramente moral, como se notará do estudo do elemento dano, não pode ser delimitada se não presentes os requisitos em estudo.

3.3.1. Conduta humana

A conduta humana se dá por “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência” no qual há produção de consequências jurídicas. Como expressão obrigacional mais visível da atividade humana⁸⁴, é externalizada através da conduta, sendo um pressuposto necessário da responsabilidade civil.

A ação ocorre com um comportamento positivo do agente; enquanto a comissão se caracteriza pela inatividade, inércia do mesmo. Para Cavalieri, em regra, a omissão não pode gerar dano: já que se nada acontece, não há o que se falar de existir algum retorno.

Ocorre que a omissão se torna relevante quando há um dever jurídico em jogo no qual o agente deve agir para impedir um resultado, ou diante de um dever legal imposto. Para o autor:

⁸³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.* p. 19.

⁸⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. *op. cit.* p. 69.

[...] só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado. Se assim não fosse, toda e qualquer omissão seria relevante e, conseqüentemente, todos teriam contas a prestar à justiça⁸⁵.

Stolze considera a voluntariedade um elemento fundamental para caracterizar a conduta humana seja ela omissiva ou comissiva, pois em ambas há a consciência do agente em agir ou não, não se traduzindo necessariamente na intenção de causar o dano, mas na consciência de que está incorrendo para o mesmo⁸⁶.

Em casos especiais, pode o agente estar sendo impelido por forças maiores que a sua voluntariedade, no qual será excluído da culpa e não responsabilizado civilmente.

3.3.2. Nexo de causalidade

Para entender o nexos de causalidade se faz necessário emprestar-se o conceito presente no artigo 13 do Código Penal: “O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”. Significa que ninguém pode responder por uma conduta que não deu causa ao resultado. Sem a causa, não há o dever de indenizar.

Há uma facilidade em se confundir os conceitos de nexos causal com imputabilidade, sendo que na lição do Prof. Serpa Lopes, o primeiro é um elemento objetivo e externo, que diz respeito às condições mediante as quais o dano deve ser imputado ao agente; porquanto a imputabilidade é um elemento interno, referente ao sujeito em si como causador do dano⁸⁷.

Várias teorias sobre o nexos causal são estudadas pelos doutrinadores, mas há certa unanimidade em se estabelecer a teoria da causalidade adequada é prevalente no atual código civil, enquanto a teoria da equivalência das condições domina a esfera penal.

Pela teoria da causalidade adequada se presume que, ocorrendo certo dano, o fato que o originou era capaz de lhe dar causa⁸⁸. Por ela somente será causa a que for mais adequada, diante de várias condições que possam concorrer para determinado resultado, a determinar a produção do evento dano.

Dentre vários fatos, deve se identificar qual foi o mais adequado para o evento danoso, sendo que sempre será aquele com mais condições de *necessariamente* tê-lo produzido. A

⁸⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.* p. 26.

⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. *op. cit.* p. 70.

⁸⁷ LOPES, Serpa. *Curso de direito civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1995. v. v. p. 219.

⁸⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p. 320.

“causa” deverá ser, segundo uma apreciação probabilística, apta à efetivação do resultado⁸⁹. O julgador, no caso, deverá colocar-se no lugar do agente, eliminando os fatos menos relevantes dos quais, mesmo com sua ausência, o dano seria concretizado.

Para Cavalieri “fazer juízo sobre o nexos causal é estabelecer, a partir de fatos concretos, a relação de causa e efeito que entre eles existe (ou não existe) – o que deve ser realizado por raciocínio lógico e à luz do sistema normativo”⁹⁰. Daí por se tratar o nexos causal um elemento causal-material.

3.3.3. Dano patrimonial e moral

O terceiro e último elemento da responsabilidade civil subjetiva é, basicamente, o centro de suas regras e diz respeito ao prejuízo concreto e efetivamente comprovado a um bem ou interesse jurídico.

Necessário que esse tenha ocorrido para ensejar a reparação. É o que se infere dos artigos 927 e 186 do Código Civil ao, respectivamente, trazem em suas redações “causar dano a outrem” e “violar direito e causar dano”, dando ensejo ao entendimento do dano concreto, não apenas o risco de ser causado.

Conclui-se que, embora possa existir responsabilidade sem culpa, não pode existir responsabilidade sem prejuízo, pois criaria enriquecimento ilícito da “vítima”. O intuito da indenização é reparar ou compensar o dano ou sofrimento que lhe deram causa, portanto sendo imprescindível que, concretamente, o dano exista.

Para que se torne indenizável é de suma importância que se incorra em alguns requisitos mínimos: violação de um interesse jurídico de natureza material ou não; certeza, dizendo respeito de que não pode ensejar indenização dano abstrato ou hipotético, de modo que até em relação aos lucros cessantes ou sobre a possibilidade do dano decorrente da perda de uma chance, deve se analisar a probabilidade objetiva de que ocorram de fato; por fim, a atualidade do dano, que deve ter ocorrido no momento da ação de indenização⁹¹.

O dano, para o estudo atual do direito, não significa apenas a diminuição do patrimônio da vítima.

Em um conceito objetivo, o dano é:

⁸⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *op. cit.* p. 131.

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.* p. 56.

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p. 327.

“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”.⁹²

O dano moral sempre causou bastante controvérsia diante da ideia de irreparabilidade daquilo que está apenas no mundo das ideias, sendo inestimável. Mas entende-se que os direitos tutelados por essa espécie de dano são ínsitos à pessoa humana e que devem ser protegidos perante o Estado e os particulares.

Para Bobbio, a proteção dos direitos fundamentais é um dos problemas fundamentais em relação aos direitos do homem⁹³. Isso porque há descumprimento e desrespeito de direitos de seres humanos para seres humanos, que são personalíssimos e indelegáveis, mas que sofrem violação constante e, portanto, devem ser igualmente protegidos tanto quanto aquilo que é patrimonial.

Tal que possui enfoque constitucional ao se prever que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X, CF/88), constituindo o dano moral em sentido estrito, no qual o direito maior violado é a dignidade.

Por outro lado, em sentido amplo, existem outros inúmeros direitos da personalidade que não se vinculam necessariamente à dignidade humana. É a imagem, o nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, direitos autorais, dentre muitos outros. Sendo, portanto, que nesse sentido, o dano moral “abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada”⁹⁴.

Ele engloba, portanto, todos os aspectos do direito personalíssimo, então considerando como a lesa de direitos cujo conteúdo não é pecuniário⁹⁵.

* Resta, então, considerar sobre o *quantum indenizatório* do dano moral e o *que* deve ser indenizado quando se trata desse tipo de modalidade de dano.

A começar que o dano moral não se restringe apenas à dor, sofrimento, mero aborrecimento ou angústia. Essas são apenas suas consequências. O que se indeniza é aquilo que foge à normalidade, que seja razoavelmente grave e que “interfira intensamente no

⁹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.* p. 77.

⁹³ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *op. cit.* p. 411

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.* p. 90.

⁹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. *op. cit.* p. 97.

comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar⁹⁶.

3.4. Responsabilidade civil no direito de família

Trazendo essas considerações ao âmbito do direito de família, o fato de esse contemplar as relações patrimoniais quanto psicológicas, faz com que a visualização da existência do dano moral se dê de forma turva e complicada.

Inúmeros são os argumentos contrários à responsabilização, como se os valores presentes na família não possam ser objeto desse tipo de direito, apesar do latente desrespeito que possam sofrer.

Parece ser uma mitigação do que dispõe o artigo 186 do Código Civil, considerando que pode, então, existir um tipo de dano que jamais será indenizado, apesar de sua própria redação, de modo geral, admitir que essa ocorra, além de ser um direito fundamental previsto no artigo 5º da Constituição Federal.

A evolução das várias áreas do direito é concomitante. Assim, tanto vários direitos foram conquistados na seara familiar, quanto na responsabilidade civil, havendo uma gama de novas proteções. É o caso, por exemplo, da legislação protetora das mulheres, como o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) e a Lei do Divórcio; também quanto aos filhos, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, e aos idosos, com o Estatuto do Idoso, todas elas com o intuito de tornar o instituto mais igualitário, dando direitos e deveres.

A valorização dos membros da família, como já visto, também levou à valorização dos traços da comunhão familiar e do bem estar individual de cada um que a faça parte.

Os elementos da família possuem mais liberdade e concretude, na medida em que não atinjam os direitos de outrem. Os vínculos de afetividade e solidariedade entre as pessoas da família, assim, passaram a exigir a responsabilidade entre esses membros pelos atos cometidos em detrimento dos outros.

Para a professora Valéria Cardin, a lesão cometida por um membro de uma família em relação ao outro é mais grave do que se cometida por um terceiro, sendo essa uma das justificativas para se exigir a responsabilização civil daquele que causar esse tipo de mazela⁹⁷.

⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.* p. 93.

⁹⁷ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51.

Até mesmo porque a família não é mais uma instituição fechada, de segredos ocultos. Atualmente, aqueles que sofrem qualquer tipo de lesão ou ameaça tendem a se proteger e não a esconder o fato e correr o risco de mais sofrimento. Não é uma questão de apenas obrigar alguém a ter sentimentos de amor e afeto com o intuito de alcançar lucro, mas de proteger direitos maiores galgados na dignidade da pessoa humana.

Para Arnaldo Marmitt, o prejuízo moral advém da vulneração de virtudes da personalidade, que podem ser destruídas pelos parentes, tornando a situação ainda mais traumática. Nas palavras do autor:

O patrimônio moral e familiar é algo muito precioso e de grande estimação, visto ser construído com carinho, afeto e sentimento em cada minuto da vida. A ofensa a esses bens superiores gera o dano moral ressarcível⁹⁸.

A partir do ano 2000 a temática da reparabilidade, galgada no novo Código Civil, começou a ser debatida com pedidos de indenização por quebra dos sponsais, dano moral por infidelidade, por denegrir a imagem do outro cônjuge em público, injúria que prejudique a imagem social do outro, abandono no altar, reparação por contágio de HIV e outras doenças venéreas, direitos da amante⁹⁹, agressões físicas, postergação de processos de reconhecimento de paternidade¹⁰⁰, dentre outros.

Ainda no estudo da Professora Cardin, impedir que haja esse diálogo entre o direito de família e o dano moral, conseqüentemente, da sua possibilidade de se ver reparado, é acelerar o processo de desestruturação familiar. Isso, incluindo que, atualmente, a família tem se tornado uma instituição desacreditada por muitos.

O tema da responsabilidade civil por abandono afetivo possui a mesma controvérsia que os demais. A falta de qualquer previsão em lei que garanta a reparação e a insistência do assunto nos tribunais brasileiros o torna objeto de estudo, principalmente sobre as sentenças mais recentes que o admite.

Sendo assim, resta a análise do abandono afetivo de pais perante os filhos sob a ótica do Direito Civil e da Constituição Federal.

⁹⁸ MARMITT, Arnaldo. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p. 113

⁹⁹ KARROW. Aline Biasuz. *op. cit.* 207.

¹⁰⁰ CARDIN, Valéria Silva Galdino. *op.cit.* p. 52

4. DO ABANDONO AFETIVO

4.1. Considerações iniciais sobre o abandono afetivo

Maria Berenice Dias - uma das maiores defensoras da causa da existência da responsabilidade civil por abandono afetivo -, em brilhante explanação, faz um histórico bastante didático do tema no ordenamento jurídico brasileiro¹⁰¹.

Mas antes de se elucidar as opiniões da autora, necessário faz um estudo breve das fases da paternidade.

O Código Civil de 1916, em seus artigos 338 e 338 deram ensejo à primeira fase da paternidade no Brasil, a chamada jurídica ou legal por, obviamente, decorrer de lei. Por esse tipo de paternidade, há a presunção legal de que se a genitora tiver filhos, será considerado pai, o seu marido. Tal ideia foi a regra do começo do século XX ao final da década de 1980.

A segunda fase da paternidade se deu com a descoberta dos exames de DNA, inaugurando a paternidade biológica ou científica. Nela, fundamentando-se nos princípios da genética, considera pai quem gerou biologicamente a criança. Para a autora, a partir dessa época “a negativa de registrar o filho não mais livra o pai do vínculo parental”, assim como alegações de vida promíscua da mulher, sendo uma vitória para aqueles filhos que foram abandonados no nascimento por negativa de seu genitor.

Tal esquema se estende até a atualidade e é de suma importância a ocorrência de diálogo entre o direito e as ciências biológicas quando há o tema da paternidade nos tribunais, dado o seu aspecto revolucionário no direito.

A paternidade não é só construída apenas com o sangue. Nesse âmbito, *data venia*, o termo paternidade é utilizado em sentido amplo, abrangendo pais e mães, isso porque apesar da grande importância da filiação biológica essa foi apenas um pressuposto para a desbiologização do direito de família, acrescentando importância aos vínculos sócio-afetivos. Nas palavras de Dias “ocorreu o enlaçamento interdisciplinar do direito com as ciências psicossociais”.

A paternidade sócio-afetiva é a terceira fase na qual se considera que os vínculos de paternidade ou maternidade podem ser construídos independentemente do sangue e da prova genética praticamente irrefutável.

¹⁰¹ DIAS, Maria Berenice. **Pai! Por que me abandonaste?** Estadão, São Paulo, mai. 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,por-que-me-abandonaste,869120>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

Ao mesmo tempo, considerou a família natural com a presença de ambos os genitores como espaço indispensável para o pleno desenvolvimento infantil. Nesse sentido, muito recentemente, o Projeto de Lei da Câmara nº 117/2013¹⁰² foi aprovado pelo Senado Federal, estando a mercê de sanção presidencial. Por ele, a guarda compartilhada se tornará regra mesmo que a separação dos genitores tenha se dado de modo conflituoso.

Isso porque o princípio do superior interesse da criança deve prevalecer, havendo por imposição constitucional o dever de proporcionar, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar mesmo em caso de divórcio. Muito já se explanou que o ideal para a criança e o adolescente é cultivar a vivência com os pais em prol de um desenvolvimento psicológico saudável. Costumeiramente vê-se que os filhos são as grandes vítimas do, na maioria das vezes, sofrido e duradouro processo de separação e a partir desse trauma podem surgir os demais como a alienação parental e o abandono afetivo.

Mesmo não subsistindo a convivência efetiva e diária dos filhos com os pais, não deixa de ser esse, um direito fundamental. Por ele se busca “cultivar o afeto na relação paterno-filial, e de manter um convívio família real, efetivo e eficaz, mesmo não havendo coabitação”¹⁰³.

Sabe-se que a primeira infância (que vai da idade dos zero aos 6 anos) é definidora do comportamento social a ser tomado pelo ser humano ao chegar na vida adulta, baseada na formação da personalidade e consolidação da convivência familiar a comunitária, momento em que o afeto entre pais e filho é de extrema importância para evitar a agressividade no futuro¹⁰⁴.

Ao lado desse direito, também está o dever de cuidado dos pais para com os filhos, já que não se encerra a tarefa dos pais apenas na companhia. O cuidado é uma obrigação intrínseca observada constitucionalmente, como se pode notar da redação *in verbis*:

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,

¹⁰² BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara, n. 117 de 2013. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115668>. Acesso em: 01 de dez. 2014.

¹⁰³ CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Abandono afetivo e suas conseqüências jurídicas**. Revista da Faculdade de Direito – UFU, n. 40, n. 02, 2012.

¹⁰⁴ BRASIL. Senado Federal. **Senado reúne especialistas para propor mais atenção à primeira infância**. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/cidadania/edicoes/495/senado-reune-especialistas-para-propor-mais-atencao-a-primeira-infancia?utm_source=midias-sociais&utm_medium=midias-sociais&utm_campaign=midias-sociais>. Acesso em: 01 de dez. 2014.

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.

O cuidado, como parte do macroprincípio da dignidade da pessoa humana, não se limita apenas ao material, mas também ao imaterial. Demonstrações de carinho e apoio são extremamente importantes no desenvolvimento humano e são parte do princípio da paternidade responsável presente no artigo constitucional ora em estudo. Também, nas palavras da jurista Tânia Pereira, está interligado à solidariedade, tolerância, paciência e prevenção¹⁰⁵. Ainda nas palavras da autora:

O cuidado, assim, adquire papel fundamental no delineamento de direitos e obrigações no âmbito das relações familiares, que constituem a estrutura basilar de toda a sociedade. Sua caracterização é relevante para que seja possível identificar e regular situações que exigem tratamento diferenciado por suas peculiaridades, traduzidas pelas diversas nuances sob as quais a família contemporânea tem se configurado¹⁰⁶.

É o cuidado um dos muitos elementos não visualizados quando se trata do abandono afetivo. Ao lado do afeto, do apoio, da convivência e da desigualdade, diariamente crianças, adolescentes e adultos se sentem cheios de baixa-estima, tendentes a seguir por caminhos ruinosos por se sentirem incompletos e abandonados por conta da negligência afetiva que os assolou com o passar dos anos por conta dos impasses familiares, podendo causar traumas que necessitam de amparo jurisdicional. Daí porque se falar de buscar indenização civil.

4.2. Histórico jurisprudencial

Apesar da grande importância do tema, até o presente momento apenas dois casos chegaram ao Superior Tribunal de Justiça, ambos funcionando como parâmetros para o presente trabalho. O primeiro trata-se do Recurso Especial nº 757.411-MG, cujo julgamento deu-se em 29/11/2005, no qual resultou pela impossibilidade de reparação por abandono moral; por outro lado, o segundo caso em estudo é o Recurso Especial nº 1.159.242-SP, do

¹⁰⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. **Cuidado no direito de família, infância e juventude**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/cuidado-no-direito-de-familia-infancia-e-juventude/10588>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

¹⁰⁶ *Idem*.

ano de 2012, com resultado diverso do primeiro. Daí porque considerá-los parâmetros em um estudo comparado sobre o tema.

Mas não se pode considerar esses dois casos como os únicos nos tribunais brasileiros a versar sobre o assunto. Em 2003 foi julgada procedente demanda na Comarca de Capão da Canoa no Rio Grande do Sul, na qual um pai foi condenado por abandono moral a indenizar a filha de nove anos de idade no montante de duzentos salários mínimos¹⁰⁷; além de muitos outros casos mais recentes, nos quais resta a improcedência pela não configuração dos elementos necessários para se considerar concreta a indenização por abandono afetivo. Como demonstra a seguinte ementa de 2013:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO. INOCORRÊNCIA. A responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, de modo que o dever de indenizar pressupõe o ato ilícito e nexa de causalidade. Nesse passo, não se pode reconhecer como ato ilícito o alegado abandono afetivo que, por sua vez, não guarda nexa de causalidade com os danos alegadamente sofridos pela autora. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70054827019, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 26/09/2013)
(TJ-RS - AC: 70054827019 RS , Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 26/09/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/10/2013)¹⁰⁸

Não se pode negar a natureza subjetiva que se relaciona ao abandono afetivo. Por ela, se retira o alto grau de dificuldade e confusão dos tribunais que variam da procedência à improcedência pela inexistência de padrões a serem levados em consideração. Por isso, o estudo dos dois julgados que chegaram ao Superior Tribunal é importante para ladrilhar o caminho incontroverso e tentar visualizar o futuro do tema no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Consulta processual. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Cap%E3o+da+Canoa&versao=&versao_fonetica=2&tipo=1&id_comarca=capao_canoa&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=capao_canoa&num_processo_mask=141%2F1030012032-0&num_processo=10300120320&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1>. Acesso em: 28 nov. 2014.

¹⁰⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação cível: AC 70054827019**. Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz. Em 01/10/2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113482977/apelacao-civel-ac-70054827019-rs>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

4.2.1. Recurso Especial nº 757.411-MG

O Recurso Especial nº 757.411-MG¹⁰⁹ trata de um jovem que entrou com ação ordinária por abandono afetivo contra o pai com a alegação de que, divorciados os genitores e tendo o pai constituído família diversa, a partir do nascimento de sua meia-irmã, deixou o autor da ação, de receber a aproximação do pai e alega ter sido impedido de conviver com a meia-irmã, motivo pelo qual se sentiu humilhado a ponto de querer a reparação pela conduta omissa culposa.

O Juízo de Direito da 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte julgou pela improcedência do pedido constante na inicial salientando não haver “correlação entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor”, assim como havia forte sentimento de indignação do mesmo diante da ação revisional de alimentos proposta pelo réu.

Em sede de apelação, houve provimento ao recurso e o réu foi condenado ao pagamento de indenização por danos morais, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, entendendo ter ocorrido de fato o dano por violação do direito à convivência familiar, ao amparo afetivo, moral e psíquico¹¹⁰.

Por sua vez, tendo o genitor entrado com o Recurso Especial em questão, encontrou sucesso ao vê-lo provido, não reconhecendo o abandono moral:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 757411 MG 2005/0085464-3, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 29/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/03/2006 p. 299RB vol. 510 p. 20REVJMG vol. 175 p. 438RT vol. 849 p. 228)

Para o Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves, relator da 4ª Turma, em caso de abandono deve se aplicar a punição da perda do poder familiar (prevista no artigo 24 do

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n 757411 – MG. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Em 29/11/2005. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3>>. Acesso em 30 de nov. 2014.

¹¹⁰ “INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 1.638, inciso II, do Código Civil de 1916, redação equivalente ao atual código). Além de elementos intrínsecos ao caso que impossibilitaram a configuração do ato ilícito que alegava ter sofrido o autor, como a falta de nexos causal avistada pelo laudo social que embasou o posicionamento.

Por fim, também se considerou o risco daquela demanda judicial ao, nas palavras do Ilustre Relator, reduzir “drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente pelo amor paterno”.

Mas será que limitar o sofrimento de um filho a uma mera esperança de um acontecimento incerto no futuro é um modo de exercer justiça?

Enquanto salas de psicólogos e psiquiatras se enchem cada vez mais com crianças da mais tenra idade que passarão por anos de terapia com o intuito de, senão curar, ao menos tentar amaciar a dor do abandono causado pela falta de convivência familiar; enquanto a demanda de livros de autoajuda por adultos insatisfeitos e incompletos com suas vidas é cada vez maior, diante de problemas adquiridos da infância e adolescência, não é necessário existir um meio repressivo das condutas de abandono paterno ou materno, tendente a evitar a perpetuação do abandono e, ao mesmo tempo, compensatório para aqueles que já o sofrem?

4.2.2. Recurso Especial nº 1.159.242 –SP: uma reviravolta

Tal decisão foi um marco de extrema importância para o tema do abandono afetivo, pois quebrou o paradigma do resultado do recurso ulterior e abriu as portas da concreta aplicabilidade de ressarcimento do dano em sede de abandono afetivo.

Nesse sentido, vale a transcrição da ementa:

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

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não, com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, 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.¹¹¹

O Recurso Especial foi interposto pelo réu de processo de abandono afetivo que, inconformado com a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, buscou reverter no Superior Tribunal o provimento dado a apelação interposta pela recorrida na qual se ficou reconhecido o abandono afetivo com indenização por danos morais.

Alegou o recorrente a violação do artigo 159 do CC/16, equivalente ao artigo 186 do CC/02, assim como os artigos 944 e 1638 do corrente diploma e divergência jurisprudencial.

No voto da Ilustre Ministra Relatora Nancy Andrighi foram elencados os elementos que tornam o dano moral nas relações familiares passível do manto jurisdicional.

Mas primeiro a Ministra defende que não existem restrições legais que impeçam a aplicação das regras relativas à responsabilidade civil no direito de família. Tanto o Código Civil quanto a Constituição Federal dão tratamento amplo, como se pode discorrer da redação ao artigo 186 do CC/02.

Ademais, Aline Karrow afirma sobre a responsabilidade civil que:

A atual responsabilidade civil tem como objetivo centrar-se na reparação do dano do que na censura de seu responsável; há um deslocamento do eixo do elemento fato ilícito para cada vez mais preocupar-se com o dano injusto, qualquer que seja a sua natureza e independe do ambiente em que ocorra, o que demonstra o zelo pela pessoa acima de todas as outras coisas¹¹².

Muito se verifica ser o artigo 186 do Código Civil, que inaugura o capítulo destinado aos atos ilícitos, uma cláusula geral. Assim considerado como um enunciado genérico, dando diapasão à interpretação ampla graças a um sistema jurídico aberto que contém “normas que

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242**. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Em 10/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012>. Acesso em 30 nov. 2014.

¹¹² KARROW, Aline Biasuz Suarez Karrow. *op. cit.* p. 185

visam captar a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça”¹¹³ pela dialética.

É uma vantagem do ordenamento jurídico brasileiro, pois, no entendimento de Maria Berenice Dias, “a justiça é retardatária, sempre vem depois do fato e quer impor o cumprimento da lei, simplesmente negando qualquer direito a quem age contrário aos modelos de comportamento aceitos pela sociedade”¹¹⁴. Com a inclusão de cláusulas gerais e sua flexibilidade em se estender aos mais diversos ramos do direito, parece ser um erro grosseiro dos tribunais em não considerar a existência do dano moral em direito de família uma realidade fática.

No voto-vista no caso em apreço, o Exmo Sr. Ministro Sidney Beneti assim se manifesta sobre o dano moral em direito de família:

É que, reconhecida a indenizabilidade do dano moral pelo sistema jurídico, não há nele, sistema jurídico, causa dele excludente fundada em relação familiar, cujos direitos e obrigações recíprocos não podem, segundo o sistema jurídico, ser erigidos em cláusulas de não indenizar, não declaradas como pais pela lei.

O brilhante voto da relatora enquadrou o abandono afetivo nos três elementos da responsabilidade moral por abandono afetivo: o dano, o nexa causal e a ilicitude.

Para ela, no entanto, são os fatores de alto grau de subjetividade que criam a dificuldade em se definir os elementos presentes no dano moral em direito de família, porém não se pode deixar de considerar o afeto como um aspecto de suma importância na caracterização.

Também está presente no voto a indicação da responsabilidade civil subjetiva como base do dano por abandono afetivo por conta da ação ou omissão restada *negligente* por parte do genitor para com a prole. Para se configurar a ilicitude e a culpa, deve ser verificado se o cuidado como valor jurídico está sendo levado em conta na criação do indivíduo.

Assim alude a Ministra que é possível se afirmar que, tanto na concepção quanto na adoção, os pais assumem obrigações jurídicas para com a prole que excedem as necessidades

¹¹³ NUNES, Gabriel Turiano Moraes. **Cláusulas gerais e o sistema jurídico brasileiro**. Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03_01_05.htm>. Acesso em: 01 dez. 2014.

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **A evolução da família e seus direitos**. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/artigos/a-evolucao-da-familia-e-seus-direitos/58507/>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

consideradas vitais, sendo o cuidado como dever jurídico um aspecto amplificado que inclua a atenção dada a prole e manifestações psicológicas de apoio e presença.

Considera ainda em seu voto, a essencialidade da convivência familiar como alíquota do dever de cuidado no intuito de se formar um adulto apto física e psicologicamente ao convívio social, citando a redação do artigo 227 da Constituição Federal¹¹⁵ como exemplo da incorporação de tal dever no ordenamento jurídico. Entende a Ministra que a ausência de palavras diretas que remontem ao dever de cuidado, não obstam a presença desse como dever jurídico essencial a ser respeitado pelos pais, como um mínimo indispensável para a estruturação emocional da prole.

Ademais, emenda com a já famosa frase “amar é faculdade, cuidar é dever” como sinalização de que o tema do abandono afetivo não visa obrigar ao amor ou, ainda, dificultar uma futura percepção do genitor descuidado a se arrepender e buscar incluir-se na vida da prole.

Para isso, há a brilhante explanação da relatora sobre a diferença entre os dois temas:

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos subjetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença, contatos mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras formulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Há controvérsia sobre o dever de cuidado ao considerar que o dever de alimentar, uma vez estendendo o genitor ou a genitora a cumpri-lo, deve ser suficiente e, portanto, não dar ensejo a uma futura ação de abandono moral.

Para a Dr. Tânia da Silva Pereira, há uma conjuntura entre ambos, sendo o dever e a prestação de alimentos um aspecto intrínseco do dever geral de cuidado como valor implícito das relações familiares¹¹⁶.

Apesar dessa conjuntura, pode-se concluir que tratam de matérias deferentes, uma vez que a prestação alimentos decorre da obrigação atinente ao poder familiar, enquanto a

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ PEREIRA, Tania da Silva. *op. cit.*

compensação pelo abandono afetivo nasce de um dano injusto minando na responsabilidade civil havendo objetivos diferentes em ambos os institutos¹¹⁷.

Nesse sentido, há consideração de Maria Berenice Dias:

Mesmo que haja alguma relação entre alimentos e culpa, em termos de valores, o reconhecimento da obrigação alimentar não é uma condenação por danos morais. Os alimentos são devidos não pelo fato da culpa, pois o próprio "culpado" tem direito a alimentos. A obrigação alimentar tem como causa a necessidade, ou seja, a impossibilidade de alguém prover por si a própria subsistência. Tanto é assim que, se o "inocente" não tiver necessidade, não perceberá alimentos do "culpado". Ao depois, os alimentos estão sujeitos à revisão e à exoneração, possibilidades que não se coadunam com a responsabilidade civil¹¹⁸.

Por sua vez, o dever de cuidado como obrigação prestadora de elementos essenciais não pode ser ignorado pelos julgadores. Daí porque se considerar a existência da ilicitude. Como a própria Relatora afirma, em relação ao dever de cuidado há a possibilidade de se identificar o seu cumprimento ou não, o que coaduna com a redação do artigo 186 do Código Civil, desde que notado o dano.

Outro empecilho enfrentado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça se relaciona com a perda do poder familiar como a sanção necessária para os casos de abandono moral nos termos do artigo 1.638, inciso II do Código Civil¹¹⁹ e no Estatuto da Criança e do Adolescente, como bem alude o relator do caso anterior.

Ocorre que o verdadeiro questionamento por trás dessa punição é se ela não serviria de uma via de mão dupla, se tornando um prêmio para o pai que deliberadamente dá causa ao abandono afetivo. Rememora-se que a perda do poder familiar é permanente e se dá por sentença judicial nos casos elencados no artigo 1.638 do Código Civil.

Porém o fato de haver a destituição do poder familiar não exige que seja adequada a responsabilização por abandono moral. De fato, o poder familiar possui natureza punitiva, mas não se mostra suficiente com a temática em análise, sendo uma sanção administrativa que não exclui a aplicação da responsabilidade civil com objetivo compensatório e até educativo for força do disposto no artigo 292, § 1º, I, II e III do Código de Processo Civil:

¹¹⁷ KARROW. Aline Biasuz Suarez. *op. cit.* pg. 152

¹¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *op. cit.* Pg. 112

¹¹⁹ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
II - deixar o filho em abandono;

Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação:

I - que os pedidos sejam compatíveis entre si;

II - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;

III - que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

Igualmente, ainda tratando voto-vista do Ministro Sidnei Beneti, esse faz consideração sobre os institutos tendo em vista a desnecessidade de exclusão entre eles:

(...) não pode ser erigida como eximente indenizatória a sanção constituída pela perda do poder familiar (...), porque de uma sanção, de natureza familiar, por ação ou omissão reprováveis de genitor, aí a perda do poder familiar, não será congruente extrair o despojamento de direito de outra sanção de conseqüências patrimoniais, consistente na indenização por dano moral, até porque o contrário significaria impor ao lesado a perda de direito (indenização por dano moral) devido a haver sido vítima de ação ou omissão do mesmo ofensor (abandono), ao mesmo tempo em que isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, com o despojamento de responsabilidades familiares e indenizabilidade de dano moral (tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar).

Ademais, os danos são facilmente identificáveis com a interdisciplinaridade entre o direito e a psicologia. Os laudos firmados por especialistas infantis ou psicólogos, desde que vinculem o comportamento dos pais, ou parte dele, como causas de patologias clínicas podem ser considerados como identificadores do nexa causal.

Ora, se está se tratando de responsabilidade civil causada pelos genitores por conta do abandono, necessário se faz que as omissões deles tenham a ver com os problemas psicológicos causados no autor ou autora da ação que sejam intrinsecamente interligados com o comportamento de abandono por parte do genitor.

Porém não está aqui em defesa da indústria do dano moral na qual qualquer mazela ou mágoa é suficiente para gerar uma indenização. Pelo contrário, é defendido no presente trabalho o binômio necessidade e adequação para gerar o abandono moral.

Apenas casos que ultrapassem o natural dos dissabores cotidianos de uma família podem configurar o abandono, desde que no estudo do caso se considerem quaisquer fatores que puderam impedir o genitor de conviver com a filiação. Por vezes, as adversidades de uma separação conjugal associada a indícios de alienação parental não podem gerar a responsabilização daquele que se absteve do dever de cuidado para com a prole. Portanto, existe uma excepcionalidade gritante em relação ao abandono afetivo.

No Recurso Especial em estudo houve ausência quase completa de contato com a filha, além do trato diferenciado dessa para com os filhos da união posterior. Por tal se assinala uma evidente quebra do princípio da igualdade e respeito à diferença, caracterizando dano *in re ipsa*, passível de indenização.

Em outros casos concretos, a Ministra Relatora considera necessário que o aplicador do direito haja com equilíbrio, considerando os fatores sejam eles excludentes ou não, mas com mente aberta para que considere o dano moral em direito de família tomando por base os três fatores elementares da negligência, do dano e no nexos causal.

Sendo assim, vê-se que o tema é bastante controverso, e o fato de ter alcançado os tribunais superiores demonstra a relevância social do mesmo, diante do fato de que não mais existe inércia naquele que julga estar sofrendo uma agressão injusta. Verifica-se um despertar pela proteção da dignidade da pessoa humana, um momento ímpar para o direito de família.

4.3. A reparação civil por abandono afetivo: possibilidade jurídica?

A tese de abandono afetivo, apesar de se estender por mais de dez anos, ainda pode ser considerada relativamente nova tendo em conta a natureza do seu objeto.

Quando se trata de temas de cunho profundamente subjetivo, seja sobre o abandono afetivo ou qualquer outra matéria relacionada a aspectos internos e psicológicos do ser humano voltada aos sentimentos, é notável haver um verdadeiro bloqueio e até mesmo certo preconceito tanto por leigos e juristas em seu tratamento.

Porém, em virtude da temática da matéria e do bem tutelado por ela – a dignidade e respeito às crianças e adolescentes, cujo abandono se configure ato atentatório ao princípio em questão -, o debate sobre o abandono afetivo chegou ao legislativo, com dois projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, defendendo a reparabilidade do abandono moral e sua inserção nos diplomas legais.

A ausência, já suscitada, de indicação nos textos da possibilidade jurídica do tema como visto, não é óbice para a plena aplicação ao caso concreto, porém se denota, com isso, que o fato de estar no Legislativo mostra uma tendência à aceitação de um direito abstrato, um grande ganho para o ordenamento jurídico, vez que esse deve se manter em consonância com os temas da atualidade. Não há direito se há sedimentação.

O Projeto de Lei do Senado nº 700, nascido em 2007, de autoria do então Senador Marcelo Crivella, visa modificar o Estatuto da Criança e do Adolescente com a intenção de caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal.

Em sua justificativa defende que “a Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos”¹²⁰, uma vez que os cuidados devidos às crianças e adolescentes compreendem mais do que aquilo que é material, mas a atenção, presença, orientação, entre outros, considerando que o abandono moral dos pais para os com os filhos pode trazer sérias consequências sobre a formação psicológica e social da prole.

Assim ficaria a redação do artigo 4º do ECA:

Art. 4º
 § 1º
 § 2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.

Aduz ainda a justificativa, que não se intenta a imposição do amor, mas tornar a presença dos genitores uma possibilidade cada vez maior, tipificando-a como um dever a ser concretizado *na medida de suas possibilidades*.

O último termo é de suma importância para compreensão do projeto, vez que não se intenta obrigar a presença sufocante dos genitores na vida da prole tornando-a uma situação desconfortável, mas proporcionar o cumprimento dos deveres constitucionalmente previstos no artigo 227 da Constituição Federal de braços dados com o compromisso firmado pelo Brasil na Declaração dos Direitos da Criança:

PRINCÍPIO 6º: Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. (...)

¹²⁰ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 700 de 2007**. Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Autor: Senador Marcelo Crivella. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516>. Acesso: 29 de Nov. 2014.

Em parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa entende-se que, de fato, se trata de um tema controverso, mas admite que a responsabilidade familiar seja maior do que somente o dever de alimentar. Padece o desenvolvimento humano completo da observância do apoio moral e afetivo, portanto, tendo sido o projeto tendo sido votado pela aprovação com as emendas designadas pelo CCJC, diante da necessidade de se fechar a lacuna aberta pela justiça.

Salienta, no entanto, que tanto o parecer quanto o próprio projeto de lei germinaram antes da decisão do Superior Tribunal em 2012 dando registro a uma temática mal consolidada jurisdicionalmente com, inclusive, um forte parecer contrário do STJ.

No mesmo caminho, o Projeto de Lei nº 4294/2008 aquece a discussão ao ampliar o objeto do abandono afetivo não somente entre pais e filhos, mas também de modo contrário visando inserção no Estatuto do Idoso a possibilidade de indenização por dano moral pelo abandono afetivo de filhos para com os pais.

O projeto possui a mesma linha de defesa do seu antecessor de 2007 no Senado Federal. Tende à proteção da necessidade do auxílio moral como um dos pilares essenciais para o pleno desenvolvimento humano incluindo o crescimento dos filhos e, ainda, do adequado respeito aos idosos¹²¹.

O diferencial do projeto está justamente nesse último tópico ao ampliar o objeto para os idosos. Alega o deputado que:

No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida.

Tanto na Comissão de Seguridade Social e Família quanto na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, o projeto segue com pareceres favoráveis às mudanças propostas.

¹²¹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4294 de 2008. Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=19F1978FA3A8B0F04E3FE4A18E7D944F.proposicoesWeb1?codteor=613432&filename=PL+4294/2008>. Acesso em 29 de nov. 2014.

Ante esses projetos de lei e de tantos pareceres em favor da inclusão da indenização por abandono afetivo no ordenamento jurídico brasileiro, nota a tentativa do legislativo em unificar a matéria que é rondada por tantas dúvidas e controvérsias.

Porém, o que se pode interpretar é que há possibilidade jurídica do mesmo se tornar a regra no direito brasileiro. Isso porque, como já suscitado, o tema já chegou ao Superior Tribunal de Justiça e a divergência entre as turmas inaugurou a grande discussão sobre a real aplicabilidade, o que ainda não foi unificado no próprio tribunal.

Isso porque em 09 de abril de 2014 os embargos de divergência suscitados pelo recorrido do Recurso Especial nº 1.159.242-SP contra a decisão de Terceira Turma, cuja Relatora foi a Ministra Nancy Andrighi, e se admitiu a compensação por abandono afetivo, foram rejeitados pela Segunda Turma com a conclusão de que as decisões supostamente conflitantes (o Recurso Especial de São Paulo e o de Minas Gerais), não poderiam ser comparadas.

Dai porque se conclui que a indenização por abandono afetivo se reveste como uma situação excepcional, mas não impossível. Apesar de sua aplicação se dar com cautela, cabendo àqueles de extremo desrespeito à dignidade humana e descumprimento do dever de cuidado.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, concluí-se que o abandono afetivo pode ser passível de indenização no direito de família desde que preenchido requisitos básicos que, notoriamente, são cheios de especificidades.

Não é qualquer dano que enseja a reparação e não se pode confundir o instituto do abandono afetivo como uma segunda instância dos problemas familiares, vez que dissabores são comuns em qualquer aspecto da vida, fazendo parte do crescimento do ser humano em convivência com outrem vivenciá-los e superá-los. Ocorre que aquilo que ultrapassa certos limites e que se torne um óbice ao desenvolvimento completo do infante ou do adolescente deve ser visto com outros olhos. É um modo de se manter justiça.

Muito se fala da supremacia dos direitos da criança e do adolescente, mas, ainda assim, desconsidera-se a afetividade um elemento basilar para o pleno desenvolvimento desses, que detêm o direito de um crescimento saudável e da oportunidade de se tornarem seres humanos com completo discernimento psicológico e autoestima.

A ausência paterna ou materna causa dor, sensação de inferioridade e questionamentos internos. O que se pretende com a ideia de se reparar por abandono afetivo é, primeiramente, compensar aqueles que hoje não possuem plena capacidade de viver plenamente a vida por conta de um passado que os assombra; segundo, de modo a evitar novos traumas a outras crianças que não possuem culpa de quaisquer que sejam os problemas entre seus genitores, ou se não foram desejadas por eles. Todo ser humano é igual em direitos e deveres e não pode ser destruído por escolhas individuais que ferem direitos basilares como a dignidade da pessoa humana.

Quando há a possibilidade de cobrança da lei, é por óbvio que existe certa repressão e se espera que as condutas que o direito tenta evitar ocorram, se não extintas, em menor grau. É necessário que se saiba que o abandono afetivo não é algo que pode ocorrer corriqueiramente, sendo mais um dos meros fatores internos de uma família, mas um verdadeiro ilícito civil que tem o seu modo de ser cobrado.

A convivência familiar é um direito primordial e princípio do direito de família incluído na supremacia do bem estar das crianças e dos adolescentes. É um dever de ordem geral que engloba a assistência tanto material quanto imaterial.

O jargão popular afirma que o dinheiro não compra felicidade. Não é um pensamento errado. Dinheiro não pode comprar a ausência em reuniões e festinhas escolares, os questionamentos internos de ser uma criança diferente porque falta uma das figuras principais

de uma família, as conversas íntimas, os conselhos não ouvidos e a genuína preocupação de um pai ou de uma mãe para um filho.

Quem tem um filho se submete aos deveres inerentes da paternidade e se não cumpridos há a punição. A suspensão e a perda do poder familiar são sanções administrativas que podem se aliar à reparação civil dada a diferenciação de naturezas. Uma não anula a outra, sendo possível que andem lado a lado sob pena de causar ainda mais exclusão daquele que foi afetivamente abandonado.

A falta de uma posição fixa dos tribunais é um sinal de que o assunto está longe de conhecer um desfecho e que o debate será suscitado outras inúmeras vezes. Apesar disso, o grande número de sentenças improcedentes não assusta. A responsabilidade civil por abandono afetivo como instituto excepcional do direito de família deve ser estudada às vistas grossas a fim de se evitar a banalização do mesmo, como tantas outras tentativas de reparação em outros temas.

Porém o que se entende é que a possibilidade de surgirem mais sentenças no sentido da aplicação é enorme dado o caráter pedagógico da responsabilidade civil. Ademais, o direito é uma ciência rotativa. Por conta disso, já não é novidade que quando se trata a possibilidade de ressarcimento por abandono moral é rodeada de controvérsias. Todavia, é natural do direito ser atingido por novidades que, em primeiro lugar, causam espanto, mas que, com o passar do tempo e notando a importância, apenas acrescentam ao ordenamento jurídico, sob pena de dura sedimentação, o que não coaduna com a realidade social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (trad. Virgílio Afonso da Silva da 5.ª edição alemã), São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMORIM, Patrícia Renata Melo de. **Abandono Afetivo na relação paterno filial frente a responsabilidade civil**. Revista Jurídica do Ministério Público. João Pessoa, ano 2, n. 4, jan/dez. 2010.

AZEVEDO, Reinaldo. **Abandono afetivo é pura manifestação de “direito criativo”! É uma degradação da cultura democrática. Ou: quanto custa o amor paterno?** Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/abandono-afetivo-e-pura-manifestacao-de%E2%80%9Cdireito-criativo%E2%80%9D-e-degradacao-da-cultura-democratica-ou-quanto-custa-o-amor-paterno/>>.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4294 de 2008**. Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=19F1978FA3A8B0F04E3FE4A18E7D944F.proposicoesWeb1?codteor=613432&filename=PL+4294/2008>.

BRASIL. Código Civil (2002). In: Vade Mecum Saraiva. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição Federal (1988). In Vade Mecum Saraiva. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Vade Mecum Saraiva. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara, n. 117 de 2013**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115668>.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 700 de 2007**. Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Autor: Senador Marcelo Crivella. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516>.

BRASIL. Senado Federal. **Senado reúne especialistas para propor mais atenção à primeira infância**. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/cidadania/edicoes/495/senado-reune-especialistas-para-propor-mais-atencao-a-primeira-infancia?utm_source=midias-sociais&utm_medium=midias-sociais&utm_campaign=midias-sociais>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n 757411 – MG**. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Em 29/11/2005. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242**. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Em 10/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012>.

CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Abandono afetivo e suas conseqüências jurídicas**. Revista da Faculdade de Direito – UFU. n. 40. n. 02. 2012.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 01.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil: família e sucessões**. 5 ed. São Paulo: Saraiva.

DA SILVA, Mateus Soares. **Uma breve análise quanto ao novo conceito de família, um avanço ou retrocesso social?** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8426/Uma-breve-analise-quanto-ao-novo-conceito-de-familia-um-avanco-ou-retrocesso-social>>.

DIAS, Maria Berenice. **A evolução da família e seus direitos**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-evolucao-da-familia-e-seus-direitos/58507/>>.

_____. **A família além dos mitos**. I Congresso Internacional do IBDFAM. 15 a 17 de nov. 2006. Brasília – DF. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/discursao-a-familia-alem-dos-mitos.cont>>.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Pai! Por que me abandonaste?** Estadão, São Paulo, mai. 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,por-que-me-abandonaste,869120>>.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 1. Teoria Geral do Direito Civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

Falta de afeto pode deixar marcas nas crianças para toda a vida. Disponível em <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticia/2009/03/falta-de-afeto-pode-deixar-marcas-nas-criancas-para-toda-a-vida-2450155.htm>>.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, vol. II: Responsabilidade Civil**. 8. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Novo curso de direito civil, volume 6: as famílias em perspectiva constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2012

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro Vol 6: Direito de família**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 54.

HUGO, Victor. **Miscelânea de Literatura e Filosofia**.

Jovens infratores relaram infância marca por violência e privações. Disponível em <<http://www.radioagencianp.com.br/11600-jovens-infratores-relatam-infancia-marcada-por-violencia-e-privacoes>>.

KARROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012.

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

2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1>.

SALLA, Fernanda. **O conceito da afetividade de Henri Wallon.** Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/formacao/conceito-afetividade-henri-wallon-645917.shtml>>.

SANTANA, Karina Santos. **A privação do vínculo afetivo materno pode contribuir para o ato infracional do adolescente na atualidade?** Disponível em: <<https://psicologado.com/atuacao/psicologia-da-familia/a-privacao-do-vinculo-afetivo-materno-pode-contribuir-para-o-ato-infracional-do-adolescente-na-atualidade>>.

SELIGMAN, Airton. **O poder do toque.** ed 182. Revista Superinteressante, São Paulo: Abril. nov. 2002.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no direito de família.** Revista Consulex, nº. 378, p. 28-29, out. 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS. **Juiz Reconhece duas uniões estáveis paralelas em Manaus.** Disponível em: <http://tj-am.jusbrasil.com.br/noticias/100443509/juiz-reconhece-duas-unioes-estaveis-paralelas-em-manaus?ref=topic_feed>.

VEIGA, Litney Nazareno da. **A importância dos princípios jurídicos para o direito tributário.** Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12>.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A distinção entre normas e princípios.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9091&revista_caderno=9>.

Violência na juventude: culpados ou vítimas? Disponível em: <<http://www.univesp.ensinosuperior.sp.gov.br/preunivesp/5709/viol-ncia-na-juventude-culpados-ou-v-timas.html>>.