

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

BÁRBARA VELOSO SITIS

**ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A LUZ DO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**CURITIBA
2018**

BÁRBARA VELOSO SITIS

**ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A LUZ DO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do curso de Direito.**

Orientadora: Prof. Adriana Martins da Silva

**CURITIBA
2018**

BÁRBARA VELOSO SITIS

**ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A LUZ DO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formadas pelos
professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de

de 2018

RESUMO

O presente estudo analisa as mudanças históricas das famílias e do Direito das famílias que permitiu as suas mais diversas formatações, a aquisição de direitos das crianças e adolescentes ao longo dos tempos, os princípios aplicáveis ao direito das famílias, bem como a influência da afetividade e da dignidade da pessoa humana nesta vertente do direito, ademais, as diretrizes do poder familiar e seus efeitos. No segundo capítulo estudar-se-á a responsabilidade civil e seus elementos, analisando-se todos os requisitos para fins de indenização. No terceiro capítulo, o estudo se pautará no abandono afetivo, seus fundamentos e a possibilidade de ter como resultado a responsabilização civil do genitor causador do dano, bem como os possíveis parâmetros para arbitramento, por fim, analisar-se-á o posicionamento jurisprudencial pátrio acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono afetivo. Famílias. Poder familiar. Responsabilidade Civil. Indenização.

ABSTRACT

The present study analyzes the historical changes in families and family law that allowed for their most diverse formatting, the acquisition of the rights of children and adolescents over time, the principles applicable to family law, as well as the influence of affectivity and of the dignity of the human person in this aspect of the right, in addition, the directives of the familiar power and its effects. The second chapter will study civil liability and its elements, analyzing all the requirements for indemnification purposes. In the third chapter, the study will be based on affective abandonment, its foundations and the possibility of having as a result the civil responsibility of the parent causing the harm, as well as the possible parameters for arbitration, finally, will analyze the jurisprudential position about the topic.

KEYWORDS: Affective abandonment. Families. Family Power. Civil Responsibility. Indemnity.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	06
2. CONSIDERAÇÕES SOBRE FAMÍLIAS	08
2.1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS FAMÍLIAS NO BRASIL.....	08
2.2. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITO.....	10
2.3. PRINCÍPIOS.....	13
2.3.1. Dignidade da Pessoa Humana.....	14
2.3.2. Afetividade.....	16
2.3.3. Proteção Integral e Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.....	17
2.3.4. Paternidade Responsável.....	19
2.4. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PODER FAMILIAR E SEUS EFEITOS.....	21
3. RESPONSABILIDADE CIVIL	28
3.1. A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	28
3.2. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	30
3.2.1. Conduta Humana.....	30
3.2.2. Culpa.....	32
3.2.3. Dano.....	33
3.2.4. Nexo de Causalidade.....	35
4. O ABANDONO AFETIVO	37
4.1. O ABANDONO AFETIVO DO FILHO E A OMISSÃO AO DEVER DE CUIDADO.....	37
4.2. A (IM)POSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO DE INDENIZAÇÃO EM DECORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO.....	41
4.3. O VALOR DA COMPENSAÇÃO E SEUS POSSÍVEIS PARÂMETROS.....	44
4.4. O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS ACERCA DO TEMA.....	46
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1. INTRODUÇÃO

As normas, se baseadas no preceito positivista, preveem as necessidades e fraquezas sociais, com o intuito de prescrever uma norma escrita à fim de tutelar estas citadas necessidades. Sob um outro prisma, o direito acompanha as mudanças sociais à fim de tutelá-las e garantir direitos àqueles que as detêm ou deveriam detê-las.

O direito de família, conseqüentemente, germinou-se a partir de uma sociedade patriarcal, deste modo, foram escritas as normas à fim de tutelas as ditas famílias tradicionais, que se encaixavam em um molde uno descrito pela norma pátria, qual seja o do matrimônio. Assim, estas famílias percebiam seus direitos bem como suas obrigações dentro daquela relação, ao se manter naquele padrão.

Ocorre que, conforme citado, além do direito positivo, há também as transformações sociais que não podem ser ignoradas pelo ordenamento jurídico, em assim sendo, o direito positivado tornou-se incapaz de tutelar um incrível contingente de pessoas que se adaptaram ao longo dos tempos, por óbvio, que não mais se encaixavam nos moldes estabelecidos anteriormente.

As referidas transformações sociais, tratavam-se de mudanças pessoais que não mais foram ignoradas e se tornaram uma prevalência em sociedade, portanto, um fato social que afetou diretamente a forma em que se dava o agrupamento familiar.

Uma delas, pode-se dizer, foi a interferência do afeto nas relações interpessoais, por assim dizer, o direito patrimonial deixou de ser imprescindível para a constituição familiar, abrindo espaço ao afeto como condição preponderante à formação familiar. A partir deste aspecto, observou-se a presença da afetividade e respeito mútuo como condição imprescindível à formação destas relações, e não mais as formalidades. Portanto, seria com o afeto que se verificaria o nascimento de uma relação de conjugalidade, de filiação, momento em que se constituíram as mais diversas formas de conjugalidade, bem como de parentalidade, o que abriu espaço à paternidade socioafetiva.

No momento em que ocorreu o fato social, isto é, a mudança na constituição das famílias, observou-se por consequência a necessidade de legitimá-las, garantir-lhes os mesmos direitos das famílias tradicionais, fossem patrimoniais ou os mais diversos.

Resta a elucidação de que, o afeto, antes observado como pura subjetividade, passou a dar lugar à objetividade, ocasião em que veio a ser estudado como valor jurídico, inclusive como fundante das relações familiares. Assim, nas relações familiares, é possível apontar o afeto como ponto de partida para constituição familiar, assim como para sua dissolução, já que na atualidade existe a figura do divórcio, bem como a dissolução de união estável, demonstrando que a ausência de afeto pode possuir, igualmente, efeitos jurídicos, podendo, a partir daí ser tomado, este princípio, como conteúdo relevante a ser observado pelo direito.

Nesse sentido, quando uma relação familiar se dissolve, há repercussões jurídicas, no plano patrimonial e para além deste plano. Passou-se a indagar se haveria uma repercussão afetiva, não somente do ponto de vista subjetivo e sentimental, mas também passível de responsabilização, portanto objetivo e determinável. A partir daí surgiram diversos questionamentos doutrinários quanto a aplicação da responsabilidade civil nas demandas familiares, isto é, neste caso, do cabimento de indenização por um dano de origem afetiva, especialmente quando se observa o direito dos filhos, já que a filiação é um vínculo que em regra não se dissolve, permanecendo os genitores com diversos deveres para com a sua criação.

Atualmente a doutrina já se posiciona de forma mais concreta, no sentido de que há a possibilidade de responsabilização civil por dano de caráter afetivo, isto é, decorrente da frustração de um dever parental, por exemplo, como observamos com o dito abandono afetivo. Contudo, o questionamento ainda prevalece no campo jurisprudencial. As cortes brasileiras por ora não possuem um posicionamento unitário, isto é, um entendimento equânime quanto ao tema, contudo, já há julgamentos importantes em consonância com boa parte da doutrina, entendendo que há, portanto, um dano passível de responsabilização do genitor que o causou.

Assim, se faz pertinente o estudo aprofundado do afeto e da responsabilidade civil inserida na relação familiar, bem como os fundamentos utilizados pela doutrina e pelos magistrados e ministros que observaram ser possível uma compensação frente aos danos causados aos filhos pela ausência de afeto e convivência familiar, isto por observarmos a necessidade de sempre buscar um direito que prevalece o melhor interesse da criança e do adolescente, em consonância com a realidade social, responsabilizando o causador de dano injusto, sem incorrer no risco de enriquecimento ilícito.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE FAMÍLIAS

2.1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS FAMÍLIAS

Segundo o entendimento de Maria Berenice Dias, os vínculos entre os seres humanos sempre existiram, e de forma natural, como forma de perpetuar a espécie ou por um instinto de aversão à solidão.¹

Por este raciocínio observamos que o ser humano sempre viveu em coabitação, isto é, sempre conviveu entre semelhantes e conseqüentemente em sociedade, com a finalidade de reprodução ou outras necessidades que seu modo de vida demandasse durante a evolução.

Com o avanço da civilização, o Estado teve de regulamentar os institutos familiares, como forma de controle, em especial de questões patrimoniais, bem como de limitar a liberdade das pessoas que viviam em sociedade, fossem pelos dogmas da igreja ou imposições favoráveis ao poder público.

O instituto familiar no Brasil tornou-se regulado a partir das características sociais da época, que se firmaram por uma sociedade eminentemente patriarcal, em que o *pater* possuía autoridade incontestável², sendo considerado o homem, inclusive, como principal, senão o único detentor de capacidade para a vida civil e conseqüentemente a maior autoridade dentro da família, contendo, a família, um aspecto notoriamente hierarquizado.

De acordo com as características desta sociedade, o matrimônio era *conditio sine qua non* para a legitimidade familiar e para o reconhecimento desta relação. Assim, com a legitimação da relação, isto é, com o casamento, a mulher se tornaria uma extensão de seu marido e somente os filhos gerados neste meio seriam reconhecidos, observados os laços consanguíneos inseridos na relação matrimonial.

No Brasil, o patriarcado mostrou-se predominante em nossas legislações, de modo que somente passou-se a considerar homens e mulheres como iguais, em direitos e deveres, com o advento da Constituição da República de 1988, que vigora até a presente data.

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 37.

² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família uma abordagem psicanalítica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 90.

Foi a partir da referida normativa que outras formas de família passaram a ser legitimadas, com uma mudança de paradigma em que a família não se forma a partir de um matrimônio, podendo a família existir anteriormente ao matrimônio, ou, ainda, se constituir mediante outras formas diversas do casamento, à exemplo da união estável, isto tudo recebendo a mesma proteção que detinha somente o casamento, como nos ensina Rodrigo da Cunha.³

Isto porque, com o advento da atual Constituição da República, e com a prevalência do Direito Contemporâneo, foi trazido ao nosso ordenamento jurídico princípios garantidores de igualdade e especialmente dignidade à pessoa, deste modo, trazendo legitimidade e proteção para relações que não mais poderiam ser marginalizadas, famílias que em sua grande maioria não mais se prestavam a acatar ao molde único estipulado pela nossa normativa.

Em seu estudo observou Luiz Edson Fachin:

(...)os fatos acabam se impondo perante o Direito e a realidade acaba desmentindo esses mesmos *códigos*, mudanças e circunstâncias mais recentes têm contribuído para dissolver a “névoa da hipocrisia” que encobre a negação de efeitos jurídicos. Tais transformações decorrem, dentre outras razões, da alteração da razão de ser das relações familiares, que passam agora a dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história em comum.⁴

Assim, observamos uma mudança de perspectiva em que o direito, isto é, a norma, precisa considerar as realidades sociais, e não somente impor um comportamento ou uma única forma de família, deixando sem respaldo aqueles que vivem fora destas diretrizes por motivos que pertencem à esfera pessoal.

Ainda, há que se observar que a nossa legislação Constitucional elaborou a sua codificação não somente observando o direito positivo, posto e rígido, mas também incluindo cláusulas gerais que se amoldam às mudanças sociais e que contribuem para o reconhecimento de direitos e proteção destas famílias que possuem as mais diversas configurações e são baseadas pelo afeto e respeito mútuo, abrindo espaço não mais à hierarquização, mas à democratização das famílias.

Trata Rodrigo da Cunha Pereira acerca do tema:

³ PEREIRA, 2012, p. 03.

⁴ FACHIN, Luiz Edson, **Direito de família**: elementos críticos à luz no novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327.

A partir do “espírito” e dos princípios fundamentais da Constituição da República, entre eles o da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III), é que o Direito de Família teve que romper definitivamente com as velhas concepções: da ilegitimidade dos filhos, já que todas as formas de filiação foram legitimadas pelo Estado; suposta superioridade do homem sobre a mulher nas relações conjugais; o casamento como única forma de constituir e legitimar a família. As concepções de inclusão e cidadania instalaram-se definitivamente no Direito de Família.⁵

Obtivemos, portanto, proteção às famílias plurais e às crianças e adolescentes, garantindo a diminuição das injustiças com relação aos filhos não concebidos nos moldes matrimoniais, bem como trazendo um grande compromisso com a igualdade, seja entre os diferentes moldes de família, entre os integrantes de família e entre os filhos, todos legitimados, independentemente de sua origem, garantindo o seu melhor interesse.

Esta nova postura da nossa legislação trouxe de forma expressa o reconhecimento da união estável, instituto diverso do casamento, garantidor, por exemplo, de direitos patrimoniais aos sujeitos da relação. Ainda, resguardou as supracitadas alterações que demonstram uma tendência contemporânea de resguardar vínculos outrora desprotegidos e deslegitimados, que passaram a se basear no afeto para sua constituição, afeto este que passou a ser compreendido como princípio fundante das famílias contemporâneas.

Às crianças e aos adolescentes, fora trazida uma mudança de paradigma, salvaguardando proteções à prole e deveres aos genitores, como detentores do Poder Familiar.

2.2. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITO

Em retrospecto acerca das mudanças históricas das famílias no Brasil, no capítulo anterior, pouco foi trazido a respeito do reconhecimento dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, isto porque, cabe nesta ocasião tecer uma linha histórica à fim de melhor compreendermos as peculiaridades destas pessoas em desenvolvimento e a aquisição dos seus Direitos em nosso ordenamento jurídico.

⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 27.

No ano de 1927, fora promulgado o primeiro Código de Menores do Brasil, que trouxe em seu primeiro artigo⁶, de pronto, quais seriam os sujeitos abarcados por esta normativa, isto é, quais seriam os “menores” tutelados por esta norma, quais sejam, os infantes em situação irregular, como os expostos e abandonados.

Este momento histórico ficou conhecido como regido pela Doutrina Menorista, ou Doutrina da situação irregular, pautada pelo binômio carência-delinquência⁷, que trazia, em suma, as possíveis formas de tutelar as crianças que se encontravam em situação de abandono ou que cometiam algum ato infracional. As formas de tutela eram basicamente as seguintes: Nos casos em que o adolescente cometia ato infracional, este era encaminhado para internação em reformatórios ou casas de correção. Já nos casos em que os “menores” encontravam-se em situação de abandono, eram eles encaminhados para ofícios urbanos ou patronos agrícolas.⁸

Com o advento do novo Código de Menores em 1979, pouco mudou frente à aquisição de Direitos dos aqui citados. Mantiveram-se as normas com caráter de assistencialismo e repressão, tutelando apenas os menores em situação irregular, analisando-se apenas os casos de abandono e delinquência.⁹

Ocorre que em certo momento, dado o caráter repressivo da norma e a marginalidade, muita das vezes causada pela própria normativa precária e segregadora, muitas crianças em situação irregular passaram a ser punidas exclusivamente por não se amoldarem ao pretendido pelo poder público, isto é, por suas características de marginalização, como quem vive à margem da sociedade, não corresponde aos padrões e, portanto, não é aceito.

Nesta ocasião havia uma tentativa de “endireitar” os menores, com medidas correccionais, desprezando-se a afetividade das crianças para com sua família.¹⁰ Tratava-se de uma tentativa de amoldar crianças para o comportamento ditado pelo Estado, ainda que não houvessem infrações efetivamente cometidas, podendo os

⁶ BRASIL. Decreto 17943-A, de 12 de outubro de 1927. Código de Menores (1927). Art. 1º O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Codigo. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927-501820-publicacaooriginal-1-pe.html> >.

⁷ MACIEL, Kátia R. F. de Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 49.

⁸ VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Compreendendo a criança como sujeito de direito**: a evolução histórica de um pensamento. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11583>. Acesso em mar. 2018.

⁹ Idem.

¹⁰ MACIEL, 2016, p. 50.

filhos serem retirados das suas famílias sem se analisar quais seriam as repercussões desta medida.

Ao analisarmos este passado negligente em relação aos infantes, observamos como o termo menor é revestido de estigma, sendo certo que, ao observarmos sua origem histórica, relembramos da situação irregular, a ideia de crianças e adolescentes infratores e marginalizados. Neste sentido, merece lembrança o fato de que, por vezes estes “menores” eram enxergados pela sociedade como sujeitos distintos das crianças e adolescentes, por se encontrarem na chamada situação regular, fosse pela pobreza, abandono, ou quaisquer outros motivos.¹¹ Diferentemente dos que eram reconhecidos como as crianças, estas inseridas em uma família decorrente de matrimônio e que os aceitava, observando-se, é claro, o vínculo biológico.

Embora houvesse uma tutela destes infantes, decorrente do Código de Menores, não é possível afirmar que estes detinham direitos, ou seja, que eram sujeitos de direitos, eram em verdade, sujeitos que detinham regulamentação, detinham uma espécie de assistência, mas não como sujeito de direitos.

A distinção destas particularidades torna-se clara quando observamos que as crianças e adolescentes, embora detivessem uma forma de acolhimento, quando estavam a título de exemplo, em um cenário de abandono, o tinham por uma necessidade de destinação, eram, portanto, “objetos de proteção”, uma vez que não se tratava de um direito inerente ao sujeito que era este “menor”, mas sim uma proteção, uma destinação dada àquela irregularidade.¹²

Contudo, frente à mudança paradigmática do nosso corpo normativo, ancorado pela Constituição Federal, que traz como seu princípio fundante a dignidade da pessoa humana, observou-se as peculiaridades deste sujeito, que foi finalmente reconhecido como sujeito de direitos, isto é, como um ser humano que detém direitos que devem ser assegurados, por ser um fim em si mesmo.

Nesta mudança de perspectiva em relação aos infantes, trouxe a Constituição Federal claramente em seu Art. 227, que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir os mais diversos direitos às crianças, aos adolescentes e aos jovens, como dignidade, convivência familiar, além de colocá-los a salvo de qualquer

¹¹ VILAS-BÔAS, 2018, s. p.

¹² Idem.

forma de negligência e discriminação, bem como outros direitos que foram salvaguardados.

Com as transformações sociais, portanto, obtivemos grande mudança legislativa, com nossa Magna Carta e, posteriormente, especificamente em 1990, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que salvaguardou ainda direitos concretos e garantias à estas pessoas em desenvolvimento, bem como deveres aos seus genitores e à toda a sociedade para com os abarcados pela normativa, no sentido de proteger estes infantes enquanto seu desenvolvimento acontece.

Assim, conforme supramencionado, há um reforço no que se refere a aquisição de direitos destas crianças e adolescentes no momento da promulgação deste estatuto, mudanças que deixam claro a ruptura com a doutrina menorista, superando o estigma e garantindo os direitos destes infantes enquanto sujeitos de direitos. A partir deste momento os outrora conhecidos como “menores” passam a ser reconhecidos como pessoas propriamente ditas, com direitos fundamentais e com uma proteção social garantida.

Nesta ruptura observamos que há o prevalecimento da chamada Doutrina da Proteção Integral¹³, mencionada, de pronto, no art. 1^a do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁴, onde é evidenciado como direito positivado e princípio norteador dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Assim, não mais observamos a normativa referente à estes sujeitos como uma noção de repressão e correção, mas parte de três princípios básicos, inicialmente de serem as crianças e adolescente sujeitos de direito, calcado sempre na dignidade da pessoa humana, por serem destinatários de absoluta prioridade, com base no artigo 227 da Constituição da República, e, ainda, levando-se em conta a condição de pessoa em desenvolvimento, que torna clara a sua dependência dos que o cercam, tudo no intuito de proporcionar os melhores meios para o crescimento e desenvolvimento sadio dos infantes, garantindo-lhes dignidade, proteção, e resolvendo litígios por meio do melhor interesse destes.

2.3. PRINCÍPIOS

¹³ MACIEL, 2016, p. 51.

¹⁴ BRASIL. Lei 8069/90. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

2.3.1. Dignidade da Pessoa Humana

A Dignidade da Pessoa Humana é um macro princípio instituído pela nossa Constituição¹⁵, do qual todos os outros princípios e cláusulas gerais decorrem, é, pois, o princípio fundante de toda normativa, uma vez que, se qualquer norma estiver em desacordo ou for contrária ao referido princípio, não há de ser observada em nosso ordenamento jurídico, ou, ao menos há de ser questionada veementemente.

Este princípio trata de uma conquista histórica decorrente do pensamento Kantiano que aduz que o homem é um fim em si mesmo. A noção trazida pelo filósofo nos demonstra que, uma pessoa nunca pode ser usada como um meio para que outro alcance um determinado fim, pois isto seria uma afronta à própria pessoa.

Nos traz, Rodrigo da Cunha Pereira, a seguinte noção:

(...) O valor intrínseco que faz do homem um ser superior às coisas (que podem receber preço) é a dignidade; e considerar o homem um ser que não pode ser tratado ou avaliado como coisa implica conceber uma denominação mais específica ao próprio homem: pessoa.¹⁶

Assim, a dignidade decorre da própria natureza humana, e desta maneira a dignidade independe de um eventual merecimento pessoal ou social, isto porque ela é inerente ao próprio ser humano, que não pode, por exemplo, receber um preço como as coisas.

A nossa Lei Maior trouxe expressamente este princípio, portanto, como uma finalidade a ser buscada e um norte para a nossa normativa, observando-se o direito positivado. Ainda, o inferiu como cláusula geral, que, ainda que não traga uma resposta exata, pode ser utilizada como meio para responder questionamentos que as constantes mudanças sociais podem trazer para o nosso ordenamento jurídico. Deste modo, em tudo que temos de novo em termos de mudanças sociais ou de inovações legislativas, tudo deve ser passado pelo crivo da dignidade da pessoa humana.

¹⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: Direito de Família. v. 5, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 06

¹⁶ PEREIRA, 2016. p. 115.

Cabe inferir que, a nossa legislação constitucional adveio de um momento histórico pós-totalitário, trazendo consigo normativas que garantem proteção da população em geral inclusive em relação ao Estado, assim, observamos que os governos em geral têm o dever de não cometer atos que atentem contra a dignidade humana, mas não somente este. O Estado tem o dever, ainda, de proporcionar ativamente dignidade à população.

Assim, observamos no artigo terceiro da constituição que, por exemplo, erradicar a pobreza e promover o bem de todos sem preconceito de origem racial, de gênero, e idade é um dos objetivos da República Federativa do Brasil, pode-se dizer, portanto, que por meio de políticas públicas garantidoras do mínimo existencial e através de normativas que reconheçam direitos aos que mais precisam, dá-se prevalência e observância à dignidade da pessoa humana de forma ativa.

Podemos observar ademais, que a dignidade possui grande aplicabilidade em nosso ordenamento, nos mais diversos planos, especialmente quando tratamos de Direito de Família, isto especialmente em decorrência de se tratar de um princípio norteador da nossa normativa. São exemplos de sua aplicabilidade, segundo Tartuce, usá-la como argumento de que único imóvel de pessoa solteira pode ser considerado bem de família¹⁷, favoravelmente ao cabimento de indenização por abandono afetivo, uma vez que afrontaria o princípio, bem como o direito à busca da felicidade, que procurou reconhecer a paternidade sócio-afetiva igual a biológica¹⁸.

Deste modo, assim como os mais diversos ramos do Direito em que é aplicado o princípio da Dignidade humana, pode-se dizer igualmente que ele está interligado diretamente ao Direito das famílias, isto é, que é um ramo do direito em que possui clara aplicação,¹⁹ isto por tratar-se de um instituto em que há o envolvimento direto da pessoa humana, sendo necessário observar a existência da dignidade para a tutela desta sociedade de pessoas, seja dando um tratamento igualitário às diferentes formatações familiares, bem como observando o direito individual de cada um enquanto sujeitos de direitos.

Para fim, faz-se necessário garantir também individualmente a dignidade de cada um dos envolvidos neste instituto familiar, garantindo direitos e deveres iguais entre os conviventes ou os que contraíram matrimônio, bem como garantir a

¹⁷ TARTUCE, 2017, p. 07.

¹⁸ Ibid., p. 12.

¹⁹ TARTUCE, op. cit., p. 07.

dignidade dos filhos, sem qualquer discriminação entre estes, que podem ter seu vínculo reconhecido por qualquer meio, seja consanguíneo ou socioafetivo.

Podemos tratar inclusive do reconhecimento dos Direitos das Crianças e Adolescentes, que como filhos e sujeitos de Direito merecem ter sua identidade preservada.²⁰

2.3.2. Afetividade

Em um breve histórico, observamos que, quando do surgimento da Código Civil de 1916, não havia uma preocupação com a subjetividade dos integrantes da família, havia uma proteção exclusiva da entidade familiar que advinha do matrimônio e era eminentemente patriarcal conforme supra exposto.

Ocorre que no final de sua vigência, várias normativas passaram a surgir de modo a garantir reivindicações feitas por parte da população, como o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como reconhecimento da União Estável.

Conforme Ricardo Calderón,

[...]Foi justamente quando o Direito de Família brasileiro se aproximou novamente da realidade social que se deparou com a temática da afetividade, pois ela ressoava intensamente nos diversos relacionamentos familiares. Em vista que, não foi possível mais aos juristas virar às costas para a necessidade de acolhimento da afetividade.²¹

Ou seja, com o aumento do reconhecimento da subjetividade das pessoas dentro da entidade familiar, passou-se a reconhecer famílias plurais, que não só a reconhecida pelo matrimônio, como nos trazia o Código Civil de 1916, mas, observando a afetividade como constituinte das relações familiares contemporâneas.

Assim, podemos afirmar que o afeto é um dos principais fundamentos das relações familiares e se tornou um valor jurídico, isto porque com as novas famílias, bem como com a possibilidade de divórcio, não havia outro princípio às famílias que

²⁰ BRASIL. Lei 8069/90. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm >. Acesso em: 13 set. 2018.

²¹ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: GEN, 2017, p. 115.

não o da afetividade, que foi o que efetivamente passou a trazer a construção e manutenção das famílias. Portanto, a afetividade passou a ser o fundamento e a finalidade das famílias.

Embora o termo afeto não tenha sido introduzido expressamente pelo nosso constituinte na Constituição Federal de 1988, podemos analisar diante da grandiosa normativa constitucional, que este princípio encontra-se enlaçado nas normas das famílias e nos Direitos Fundamentais, isto pelo reconhecimento da pluralidade das famílias, pelo reconhecimento da vida conjugal por união estável, ou ainda, trazendo igualdade entre os filhos.

Isto tudo mostra o reconhecimento de uma mudança social, que não buscava corresponder à entidade familiar única prevista pela nossa normativa. O nosso ordenamento Jurídico, a partir daí, passou a preservar relações que mereciam guarida, uma vez que eram formadas a partir de um novo paradigma que considera o afeto como meio de sua formação, bem como, trazendo a plena observância ao macro princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3.3. Proteção Integral e Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

A Constituição Federal trouxe em seu art. 227, o que conhecemos por proteção integral da criança e do adolescente. Em seu texto traz que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar à estas pessoas em desenvolvimento todos os direitos garantidores de seu desenvolvimento adequado, quais sejam, direito à vida, saúde, alimentação, bem como deixá-los à salvo de discriminação, negligência, etc.

Não obstante o trazido pela Lei Maior, o Estatuto da Criança e do Adolescente mencionou já em seu art. 1º, que a lei trata da Proteção Integral destes sujeitos²². Já o seu art. 3º²³ destaca que, estes sujeitos, além de serem favorecidos pela proteção

²² BRASIL. Lei 8069/90. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm >. Acesso em: 13 set. 2018.

²³ BRASIL. Lei 8069/90. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm >. Acesso em: 13 set. 2018.

integral, gozam ainda, por óbvio, de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, de modo a reforçar o zelo dedicado à estes infantes.

A Doutrina da proteção integral, assim como diversas proteções e direitos adquiridos já mencionados, surgiu no Direito brasileiro à partir da mudança de paradigma, junto à Constituição Federal, que passou a considerar as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, em sua integralidade.²⁴ Isto porque passou também a considerar que possuem vulnerabilidade, uma vez que encontram-se em processo de amadurecimento, além de estarem em processo de formação da sua personalidade. Assim, faz-se necessária a proteção integral, com a finalidade de resguardar o seu correto desenvolvimento.

Há de se vislumbrar que além de a proteção integral ser considerada uma doutrina unânime atualmente, é também um princípio que direciona os direitos conferidos às crianças e os adolescentes e que dialoga diretamente com o Princípio do Melhor interesse, que observa igualmente as prerrogativas destes indivíduos, sempre de modo a assegurar o crescimento sadio destas pessoas em desenvolvimento e tratá-los como sujeitos de Direito que de fato são, isto é proporcionado pelos diversos fatos que devem ser conciliados para que isto ocorra, seja o cuidado, o trato, dentre as inúmeras necessidades dos infantes.

Estes princípios surgiram com a mudança do Direito das famílias, que observa atualmente não apenas questões patrimoniais, mas especialmente afetivas. Esta mudança é facilmente observada em questões como escolha da guarda, assim, nos atuais moldes, não mais coloca-se como detentor da guarda quem tem melhores condições econômicas ou a mãe como uma regra, questiona-se ainda, a partir do melhor interesse, o fato de somente um genitor ser detentor da guarda, de modo a preservar a convivência familiar.

Isto porque, nestes moldes, o interesse dos descendentes se sobrepõem ao dos ascendentes. Assim, observando-se o caso concreto, avalia-se o que se amolda como mais benéfico para o infante em questão, para garantir o que apontamos, o detentor da guarda não será somente a mãe, nem somente o que possuir melhores condições econômicas, mas o genitor que proporcionar melhores condições psíquicas, afetivas, entre outras, para o melhor desenvolvimento da criança ou do

²⁴ MACIEL, 2016. p. 56.

adolescente. E foi a partir deste olhar que nasceu, como regra, a guarda-compartilhada como solução de conflitos em relação à guarda dos filhos.

É notório ainda, que todas as decisões em relação à infância e juventude devem se pautar por estes dois princípios, pois se tratam de pessoas vulneráveis, que necessitam do máximo de cuidado para seu desenvolvimento sadio, uma vez que dependem amplamente dos detentores dos seus cuidados para garantir os meios necessários para esse desenvolvimento.

2.3.4. Paternidade Responsável

O presente princípio possui decorrência direta da dignidade da pessoa humana, princípio geral outrora abordado. No entanto, segue o que se espera também pelo que entendemos de melhor interesse e proteção integral da criança e do adolescente, deste modo, podemos inferir de pronto que a paternidade responsável é um princípio contemporâneo que proporciona à prole maior proteção e cuidado, isto quando observarmos o contexto histórico de nosso país, onde há inúmeros casos de abandono, negligência, entre outras situações em que os filhos acabam sem respaldo.

Podemos observar que a nossa Constituição teve o zelo de trazer em seu texto expressamente o presente princípio, em seu artigo 226, §7º²⁵, onde trata do livre planejamento familiar que deverá ser pautado pela dignidade da pessoa humana, bem como a paternidade responsável, ou, ainda, em seu artigo 229²⁶, de maneira implícita, quando traz os deveres dos genitores para com a prole. Trata-se, portanto, de um princípio constitucional expresso, que tem o intuito de garantir a maior proteção às crianças e adolescentes.

²⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 set. 2018.

²⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 set. 2018.

Quando tratamos de paternidade responsável, pensamos imediatamente em o que é ser responsável? Podemos responder a este questionamento se observarmos o que o nosso texto constitucional trouxe de atribuições aos genitores, isto é, quais são suas responsabilidades enquanto pais. Chegamos, neste raciocínio à normativa, que traz as diversas garantias dadas à infância e a juventude, seja no dever de sustento dos genitores, no dever de assistência moral e psíquica, ou, podemos entender pelos diversos princípios e cláusulas gerais, no dever afetivo que os genitores possuem face a seus filhos.

Podemos visualizar o dever afetivo como o dever de cuidado, valor já reconhecido juridicamente, que se manifesta à partir da instrução, educação, apoio, ainda que não exista a figura do afeto enquanto sentimento subjetivo de amor. Este cuidado é aquilo que contraria a negligência, o não estar presente.

Deste modo, observamos que a maternidade, assim como a paternidade lidam com seres em desenvolvimento, que necessitam de condições para sua formação, até que atinjam sua autonomia e detenham suas próprias responsabilidades²⁷. Enquanto isto não ocorre, faz-se totalmente necessário o respaldo dos genitores e esta necessidade é imposta, se observarmos a doutrina da proteção integral como uma máxima à fim de manter a proteção destas pessoas vulneráveis.

Este princípio é trazido com suma importância, porque é a partir da relação do infante com seus genitores que será formada a sua estruturação psíquica, sua personalidade, enfim, seu desenvolvimento como pessoa em formação e daí decorrerá o resultado deste desenvolvimento.

Deste modo, deduz-se que uma paternidade responsável é aquela em que os seus genitores cuidam, dão assistência moral e material, preservam seus direitos, propiciam um ambiente saudável para sua estruturação psíquica e mental, por fim, que garantem um desenvolvimento sadio para o infante em questão.

No entendimento de Giselda Hironaka:

Vale dizer: na concepção antiga e tradicional de família, o *pater* tinha obrigações, mas tinha também poder suficiente para arbitrar *quais* seriam essas obrigações, já que era o senhor de suas mulheres e de seus filhos. Ao contrário, em concepções mais recentes de família – e que remontam, no máximo, ao início do período moderno – os pais de família têm certos

²⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. s. p.

deveres que independem de seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado.²⁸

Portanto, quando tratamos desses deveres em nossa normativa, não tratamos mais da vontade dos genitores, trata-se de assistência como um dever jurídico que deve ser garantido e respeitado pelos genitores, trata-se de atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, que como já tratado, se sobrepõe ao interesse dos genitores.

Por outro lado, o inverso do citado, um mau exercício do poder familiar, deixar de prestar auxílio, negligenciar, não dar o apoio necessário para o desenvolvimento da prole é um dano aos direitos de personalidade do filho, que pode causar sérios danos em seu desenvolvimento.

2.4. CONSIDERAÇÕES SOBRE PODER FAMILIAR E SEUS EFEITOS

O instituto, atualmente conhecido como Poder familiar, noutro momento fora denominado como Pátrio Poder, ou seja, o conjunto de poderes do homem e chefe da família perante sua prole, que vigorava até a maioridade do filho.

Trata-se de um termo que advém da construção patriarcal da sociedade brasileira, que por um longo tempo, em decorrência das transformações paradigmáticas no direito como um todo, que fora reflexo das mudanças sociais do direito e na sociedade, foi, portanto, duramente criticado pelos movimentos feministas e operadores do direito das Famílias.

O termo Pátrio poder foi deixado de lado diante da nova função e intenção que observamos deste instituto, deixou-se, portanto, sua característica despótica para instituir uma função protética para a prole.²⁹

Ainda que a mudança do termo tenha sido um ganho do ponto de vista histórico, uma vez que a expressão anteriormente utilizada trazia consigo uma grande carga de discriminação e estigma, vez que remontava a um momento em que somente o genitor possuía gerência perante sua prole, e somente em sua falta a genitora o teria, esta nova nomeação do instituto vem sendo alvo de severas críticas

²⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade civil na relação paterno-filial**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4192>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

²⁹ RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada: Novos paradigmas do Direito da Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 42

por parte da doutrina brasileira. As críticas feitas pela doutrina vêm no sentido de que, a nomeação dada ao instituto não seja satisfatória, ou seja, insuficiente de certo modo, por não trazer consigo a abrangência que possui o instituto em si.

Isto porque, o que conhecemos atualmente como poder familiar não se trata exatamente ou exclusivamente de poder, pode-se dizer, “deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que direitos em relação à eles”.³⁰

Assim, embora a terminologia tenha se pautado em atender as reivindicações quanto à igualdade entre homens e mulheres, sugere-se pela doutrina os seguintes termos: responsabilidade parental, função/dever parental, ou ainda, conforme trazido igualmente no texto da Lei de Alienação Parental, talvez o termo mais adequado a ser empregado, seria autoridade parental.

Paulo Lôbo diferencia Poder de Autoridade, no seguinte sentido:

Poder é relação entre força legitimada e sujeição dos destinatários. Esse sentido amplo abrange tanto o poder político quanto o poder privado. Por seu turno, autoridade é competência reconhecida, destituída de força e sujeição, exercida no interesse dos destinatários. O poder é vertical, emanando de cima para baixo; a autoridade é horizontal, porque consubstanciada em direitos e deveres recíprocos.³¹

Desta forma observamos que o instituto trata menos de um poder e mais de deveres dos genitores para com o desenvolvimento sadio da sua prole, que deixou de ser objeto de poder, se tornando sujeito de direitos. Desta maneira, ainda que os genitores detenham autoridade perante sua prole, esta serve a satisfazer o melhor interesse da criança ou do adolescente em questão, não se trata de uma sujeição da prole.

Denise Comel adverte a mudança não somente na terminologia, mas no instituto em si:

Há que se ter especial cautela na compreensão do real significado da figura do poder familiar que, a toda evidência, não se confunde com o pátrio poder. Os princípios e valores que o inspiram são seguramente diversos dos que davam o conhecimento do extinto poder familiar. Veja-se que a proposta do Código Civil de 2002 não se limita apenas a imputá-lo, tanto ao pai quanto à mãe, em igualdade de condições[...]³²

³⁰ DIAS, 2017. P. 487.

³¹ LÔBO, 2017. s. p.

³² COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 55.

É possível, desta forma, o exame de que não houve a criação de um novo instituto, mas sim a transformação de um instituto já existente, que ganhou a função de atender ao melhor interesse da criança e adolescente, bem como adquiriu nova terminologia, dissipando qualquer tipo de discriminação.

Já quanto ao instituto em si, a maior parte da doutrina observa que o poder familiar, com profunda mudança em seu instituto, tornou-se o que chamamos de *múnus*, termo em latim que corresponde à um dever ou encargo atribuído a alguém, por força de lei, que não pode ser recusado³³.

Já no que se refere ao conteúdo deste dever conferido aos genitores, observamos que existem deveres materiais, existenciais e psicológicos, exemplificados pela assistência material, psicológica e afetiva, este último, tratado aqui como o dever de cuidado, proteção, convívio, etc.

O Poder familiar ou autoridade parental cabe a ambos os genitores e decorre da filiação, assim sendo, temos que esta autoridade estará presente independentemente do modo em que esta filiação se deu, ou seja, o poder familiar poderá decorrer tanto de uma filiação biológica, quanto adotiva ou sócio-afetiva, uma vez que não há qualquer diferenciação legal entre estas formas de filiação, graças à evolução histórica do direito das famílias.

Nesse diapasão, o vínculo de filiação poderá estar inserido em um casamento, união estável ou em outro tipo de relação, e perdurará ainda que esta relação chegue ao fim, seja por divórcio ou qualquer forma de dissolução, estando ambos ou somente um dos genitores com a guarda da prole.

Desta feita observamos que, este poder-dever decorre da filiação e persiste ainda que haja a definição de guarda unilateral para um dos genitores, pois ainda permanecem as prerrogativas do outro genitor, evidenciado especialmente pelo direito de convivência e a necessidade de prestar alimentos, bem como as decisões fundamentais que lhe dizem respeito, o que significa dizer que a não detenção da guarda ou a mera dissolução da relação conjugal em hipótese alguma extinguem a autoridade parental.

Cabe inferir ainda que em se tratando de um *múnus* – obrigação decorrente de lei a que o obrigado não pode renunciar ou recusar –, não há que se falar em

³³ DIAS, 2017. p. 487.

renúncia do poder familiar, restando somente a interpretação de que é nula a renúncia a este direito-dever. Desta mesma forma pontua Denise Comel, salientando que, são características do poder familiar basicamente a irrenunciabilidade, intransmissibilidade e imprescritibilidade.³⁴

Assim sendo, há de se concluir que, uma vez que não há a possibilidade de renunciar aos filhos, não seria cabível, igualmente, a renúncia dos deveres que decorrem deste vínculo.

Vale pontuar, enfim, quais são efetivamente os deveres dos genitores perante a sua prole, de modo a justificar o porquê desta autoridade parental se tratar de um poder-dever ou direito-dever.

Expressamente, a Constituição Federal, em seu art. 227, impõe à família assegurar à criança e ao adolescente: 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. Já em seu art. 229, a Constituição atribuiu aos genitores o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Para além da Constituição, temos que observar o que preceitua o Código Civil brasileiro, da seguinte forma:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.³⁵

Assim, as competências trazidas aos genitores não de ser observadas, uma vez que trata-se de conteúdo do poder familiar, incumbido aos ascendentes por força da lei constitucional ou infraconstitucional no tocante aos filhos que não atingiram a maioridade. Portanto, o rol de coisas que devem ou não ser feitas para

³⁴ COMEL, 2003. p. 75.

³⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 13 set. 2018.

garantir seu desenvolvimento deve ser observado, sempre no intuito de atingir o melhor interesse da prole.

Cumpra mencionar ainda, com relação aos deveres decorrentes do poder familiar, que, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 22, incumbe aos pais, em igualdade de deveres e responsabilidades, o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir determinações judiciais.

Estas são as obrigações que observamos de forma expressa na legislação, sendo que sua não observância pode ter efeitos quanto a uma possível responsabilização civil, bem como em relação à manutenção da autoridade parental. Há que se falar, portanto, da suspensão, extinção, bem como a perda do poder familiar, o que é previsto também pela legislação pátria.

A extinção do poder familiar é a interrupção definitiva da autoridade parental, que somente será aplicada nos casos elencados em lei, isto por implicar em restrição de direitos fundamentais.³⁶ De modo mais específico, tratam-se das hipóteses elencadas pelo Art. 1635 do Código Civil, que são: morte dos pais ou do filho, emancipação do filho, maioridade, adoção e perda da autoridade parental, nestes casos, haverá a interrupção definitiva do poder familiar.

Observamos que a ocorrência destas causas leva à extinção automática da autoridade parental e em assim sendo não haveria de ser cabível a movimentação do poder judiciário, por exemplo, para a finalidade de extinguir o poder familiar quando ocorre um dos fenômenos elencados, como o alcance da maioridade, ou a morte de um dos envolvidos nesta relação, ela se extingue naturalmente e de forma imediata.

Já no que concerne à suspensão da autoridade familiar, o artigo 1637 do CC e as legislações aplicáveis trazem as seguintes hipóteses: a) descumprimento dos deveres a eles (pais) inerentes; b) ruína dos bens dos filhos; c) risco à segurança do filho; d) condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão; e) ato de alienação parental.

Denise Comel conceitua a suspensão da seguinte forma:

É a cessação temporária do exercício do poder, por determinação do poder judicial, em processo próprio e sob motivo definido em lei. Consiste numa restrição imposta judicialmente àquele que exerce o poder familiar e que

³⁶ LÔBO, 2017. s. p.

vier a abusar de sua função em prejuízo do filho, ou a estar impedido temporariamente de exercê-la pela qual se retira parcela de sua autoridade.³⁷

Pode-se dizer, que a suspensão trata de uma paralisação do poder familiar de forma temporária, isto é, pelo tempo que se mostre necessária, diferentemente da extinção, anteriormente trazida, em que o genitor não volta a ser detentor da autoridade parental, não há como se recuperar o referido vínculo.

Conveniente ainda salientar que a suspensão pode se dar de forma total e parcial, sobre o tema manifesta-se o doutrinador Paulo Lôbo da seguinte forma:

A suspensão pode ser total ou parcial, para a prática de determinados atos. Esse é o sentido da medida determinada pelo juiz, para a segurança do menor e de seus haveres. A suspensão em relação a um dos pais concentra o exercício do poder familiar no outro, salvo se for incapaz ou falecido, para o que se nomeará tutor. A suspensão total priva o pai ou a mãe de todos os direitos que emanam do poder familiar.³⁸

Assim sendo, a suspensão pode ser total, retirando temporariamente todos os poderes decorrentes do poder familiar, ou parcial, especificando quais poderes o genitor estará impedido de exercer. Em se tratando de vários filhos envolvidos, a suspensão ou extinção se darão sempre de forma pessoal, isto é, pode o genitor estar impedido com relação a um único filho, ou com relação a todos, a depender da análise casuística do fato que resultou na suspensão.

Um aspecto importante no que diz respeito à suspensão é a característica que garante que ela (a suspensão) possa ser revista a qualquer tempo, uma vez que desapareça o motivo que causou seu deferimento. Assim, mostrando-se desnecessária a manutenção da medida, bem como afastamento do poder familiar, o titular pleiteia em juízo esta revisão e retorna à sua posição anterior, exercendo regularmente este direito-dever.

Há ainda, outra figura em que há a extinção do poder familiar, qual seja a perda do poder familiar, a mais grave medida imposta em decorrência da falta dos genitores para com a sua prole em relação aos seus deveres para com ela, é o reflexo da mais severa falha dos genitores na relação paterno/materno-filial.³⁹

Para fins de exemplificação, podemos deduzir que a suspensão é uma restrição mais branda, enquanto que a perda é uma sanção de proporções maiores.

³⁷ COMEL, 2003. p. 264.

³⁸ LÔBO, 2017. s. p.

³⁹ COMEL, op. cit., p. 283.

Assim, em havendo a possibilidade de restaurar o vínculo parental, será aplicada a suspensão, em que é retirada uma ou algumas prerrogativas do genitor temporariamente, até que cesse o risco, enquanto em hipóteses de maior gravidade, será aplicada a perda, sempre em observância do melhor interesse da criança e do adolescente.

Diferentemente da hipótese indicada inicialmente (extinção do poder familiar) esta medida não é automática como em uma situação de morte do genitor, neste caso, é necessária a tutela jurisdicional para o fim de garantir o melhor interesse da criança e do adolescente.

As hipóteses em que aplicar-se-á a citada medida, isto é, a perda da autoridade parental, estão elencadas pelo Código Civil, sendo as seguintes: castigo imoderado, abandono do filho, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, bem como a prática reiterada das hipóteses de suspensão.

Para além dos deveres supracitados, bem como as possíveis responsabilizações ou sanções decorrentes do seu descumprimento, temos que, acima destes, existem obrigações igualmente relevantes para a criação de um filho, sobre isso discorre Maria Berenice Dias:

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores não se limita a encargos de natureza material. A essência existencial do poder familiar é o mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciados pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar.⁴⁰

Observamos, então, que a convivência familiar além do cuidado, afeto dados pelos seus genitores, constituem deveres importantes para o desenvolvimento da prole, isto em observância da hermenêutica do direito de família, que traz diversos direitos que devem se entrelaçar para chegar ao fator determinante, que é o melhor interesse da prole que não atingiu a maioridade.

⁴⁰ DIAS, 2017. p. 491

3. RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1. A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Na atualidade contemporânea, em nossa vivência democrática, adquirimos liberdade, o que implicou na conseqüente necessidade de responsabilidade. Assim sendo, o conceito de liberdade e responsabilidade, encontram-se interligados, isto é, quanto maior a liberdade, maior se torna a imposição de responsabilidade e não há que se falar em uma sem a outra.⁴¹

Desta maneira, quando do nascimento das liberdades individuais, as pessoas tornaram-se obrigatoriamente responsáveis pelas escolhas e atitudes tomadas por elas, isto pela necessidade de garantir que os próprios indivíduos não restassem prejudicados pela sua liberdade. Há, portanto, a liberdade para viver em sociedade de acordo com suas escolhas, desde que de forma lícita, sob pena de responsabilização.

O termo “responsabilidade” vem do latim *respondere*, o que significa a obrigação que alguém tem de assumir as conseqüências jurídicas da sua atividade.⁴² Ainda, o dicionário traz o seguinte conceito para o termo responsabilidade, qual seja: “o dever de arcar, de se responsabilizar pelo próprio comportamento ou pelas ações de outra(s) pessoa(s)”⁴³, portanto, temos que a responsabilidade é a aptidão para ser responsável, e ela se evidencia, no direito, quando imputamos responsabilidade à alguém.

Ainda, há o questionamento quanto à origem da responsabilidade, quer dizer, de onde decorre a obrigação de responsabilizar-se? A doutrina nos traz suas classificações nesse sentido, quais sejam, a contratual, ocasião em que a responsabilização decorre de uma norma ou dever advindo de contrato, podendo ser inclusive um descumprimento do dever de boa-fé objetiva ou do dever de lealdade.

⁴¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família**. Porto Alegre: Magister, 2010. 555 p. (IBDFAM- Instituto Brasileiro de Direito de Família). p. 12.

⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. vol. 3, 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 50-51.

⁴³ RESPONSABILIDADE. In: DICIO dicionários online de português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/responsabilidade/>> Acesso em: 05 mai. 2018.

Ainda, pode ter origem extracontratual, também conhecida e trazida pela doutrina como "aquiliana", que decorrem de uma violação de norma jurídica ou de abuso de direito.⁴⁴

Nesta linha de raciocínio, depreende-se que a responsabilidade é imputada a alguém, especialmente quando seu dever não é observado, quando causa dano a outrem, ou quando o direito de outrem vem a ser violado. Deste modo, quando o sujeito age de forma irresponsável e suas atitudes causam um reflexo na esfera jurídica de outrem, ou, ainda, quando não correspondem a obrigação a que este sujeito se obrigou, há a incidência da responsabilidade, seja ela contratual ou extracontratual.

Observamos que o Código Civil brasileiro trouxe em seu artigo 186, bem como no art. 927, a necessária imputação de responsabilidade, ao tratar de ato ilícito e sua correspondente obrigação de indenizar, vejamos:

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.⁴⁵

Deste modo, deduzimos que ato ilícito é aquele em desacordo com a norma jurídica, que causa prejuízos a outrem. Portanto, quando o agente comete ato ilícito, há a violação de um dever e, conseqüentemente, a imputação de um resultado, que é a responsabilização civil, isto é, dever de indenizar.

Já quanto à finalidade jurídica da efetiva responsabilização, há três finalidades pretendidas, quais sejam: A compensação do dano à vítima, podendo ser um dano material, ou seja, com valor econômico e certo, ou então moral, em que, ainda que não seja possível mensurar o valor específico do dano causado, será arbitrado valor com a finalidade de minimizar o dano sofrido pelo ofendido.

Há, ainda, a função de punição do ofensor pelo cometimento do ato ilícito, isto é, punição do sujeito por agir contrariamente ao devido, bem como a terceira função que é apontada pela doutrina e jurisprudência como função educativa ou pedagógica, a qual consiste na desmotivação social da conduta lesiva, ou seja,

⁴⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: Direito das obrigações e responsabilidade civil; v.2., 12. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 360.

⁴⁵ BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >. Acesso em: 13 set. 2018.

reprender o ato de modo que o sujeito que cometeu o ilícito não se sinta à vontade para repeti-lo.

Sobre esta finalidade (pedagógica), nos ensina Gagliano:

[...]E essa persuasão não se limita à figura do ofensor, acabando por incidir numa terceira função, de cunho socioeducativo, que é a de tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas. Assim, alcança-se, por via indireta, a própria sociedade, restabelecendo-se o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito.⁴⁶

Ou seja, há por parte do Direito Civil uma tentativa de prevenção, ao passo que tenta trazer a garantia de que o sujeito que cometeu o ato ilícito não mais o cometa, bem como de estabelecer a integridade do Direito, repreendendo o comportamento ilícito.

Em observância ao abordado, há que se observar que, a possibilidade de aplicabilidade da responsabilidade civil no âmbito do direito das famílias, isto é, há compatibilidade entre a responsabilidade civil e as relações familiares. Isto pelo fato de a responsabilização civil se aplicar aos mais diversos ramos do direito, inclusive quando da condenação de um sujeito em esfera penal. Além disso, há diálogo entre os diversos livros do Código Civil, ainda que sejam tratados de maneira autônoma.

Parece-nos, ao estudar o tema, que a estranheza ou receio ao tratarmos deste tema, reside justamente no fato de tratar de relações em que permeiam sentimentos que não são estudados pelo direito, como o amor. Ou ainda, pelo fato do direito de família tratar de relacionamentos em que residem possíveis frustrações sentimentais, situações que quase sempre têm origem na subjetividade da pessoa.

Contudo, é necessário que partamos da necessidade de resguardar direitos às pessoas que os detêm, desde que preenchidos os requisitos e seja avaliada a possibilidade no caso concreto, especialmente em situações de vulnerabilidade. Daí torna-se notável a dificuldade de se firmar um posicionamento único para os diversos casos com diversas peculiaridades que chegam até nossos tribunais.

3.2. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.2.1. Conduta Humana

⁴⁶ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017. p. 70.

A conduta humana é necessariamente um elemento da responsabilidade civil, uma vez que tratamos de pessoas que serão responsabilizadas civilmente por atos praticados por elas, por alguém pelo qual sejam responsáveis, por pessoa jurídica de que façam parte, ou eventualmente, por animal que detenham.

Este elemento, imprescindível à caracterização de responsabilização civil, pode ser definido como um comportamento humano, que resulte em uma ação ou omissão, seja ela intencional ou mediante negligência, imprudência ou imperícia, que causa um efeito no mundo dos fatos.

A ação ou omissão, respectivamente, são conhecidas como condutas positiva e negativa. A conduta positiva trata de uma situação mais corriqueiramente trazida ao poder judiciário, trata-se de um fazer, uma atitude tomada, isto é, uma ação feita por uma pessoa, que pode causar um dano.

Já quanto à conduta negativa, isto é, omissiva, trata-se de uma abstenção, de um não fazer ou de uma atitude que não foi tomada, quando se deveria ter a feito.

No caso concreto, para ser imputada a culpa por omissão, trabalhamos imperiosamente com um dever jurídico anterior à prática de determinado ato, podendo inferir a necessidade de, neste caso, provar que a conduta necessária não foi praticada, bem como demonstrar que a conduta, se houvesse sido praticada, não resultaria em um dano.⁴⁷

Evidente que quando tratamos de conduta humana, se faz imprescindível tratar da voluntariedade, que estão intimamente atreladas. Nesse diapasão, nos ensinam Pamplona e Gagliano:

(...)a voluntariedade, que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação.⁴⁸

Ou seja, é necessária a consciência do sujeito quanto as suas atitudes, o agente deve ser capaz de se autodeterminar, isto é, ter a capacidade de escolher fazer ou deixar de fazer determinada coisa, ter discernimento quanto às suas ações,

⁴⁷ TARTUCE, 2017. p. 356.

⁴⁸ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017. p. 78.

racionalidade quanto ao que faz, contudo, sem a necessidade de intenção de causar dano ou violar direito, situação que será analisada no elemento culpa da responsabilidade civil.

3.2.2. Culpa

Inicialmente, cumpre pontuar que, a culpa é um elemento que precisa ser demonstrado somente na ocasião em que aplicar-se-á a responsabilidade subjetiva. Desta feita, somente na responsabilidade subjetiva é necessária a demonstração de que o agente cometeu o ato ilícito, com culpa em sentido estrito, ou com dolo. As hipóteses de responsabilidade objetiva são elencadas pelo Código Civil, deste modo, observando-se que o caso concreto não é um dos elencados como caso de aplicação da responsabilidade objetiva (Artigos 187, 927, 932, 933 e 936 à 938 do Código Civil de 2002), há de ser demonstrada a culpa em sentido amplo.

O título traz a culpa *lato sensu*, ou culpa em sentido amplo, portanto, é gênero, do qual são espécies culpa *stricto sensu* e dolo. Embora a doutrina divirja quanto à essencialidade deste elemento como generalidade da responsabilidade civil, uma vez que é empregado somente no caso de responsabilidade subjetiva, será abordado neste momento pela previsão expressa no Art. 186 do Código Civil, e serão conceituados adiante.

Ainda, faz-se mister pontuar que, esta classificação trata de uma questão didática para melhor compreensão do tema, sendo certo que, independente de qual das duas formas de culpa seja aplicada ao caso concreto, há de ser preenchido o elemento culpa para os fins de responsabilização civil.

Por dolo, compreendemos serem todas as condutas efetivamente intencionais, a intenção deliberada de causar dano a outrem, ou seja, trata-se de uma violação proposital e consciente de um dever jurídico, com objetivo de prejudicar outrem.⁴⁹

Não há que se fazer diferenciação demonstrada pelo direito penal no que se refere às diversas classificações de dolo (direto, indireto ou eventual), uma vez que qualquer das hipóteses preenchem o elemento para o fim de gerar o direito à indenização, não havendo diferença no momento de arbitrar eventual indenização.

⁴⁹ TARTUCE, 2017. p. 358.

Ademais, por culpa em sentido estrito, entendemos as condutas não intencionais. Trata-se de um desrespeito à um dever preexistente, não com o intuito de violar um dever jurídico, mas de uma conduta que decorre de uma negligência, imprudência ou imperícia.⁵⁰

Para melhor compreensão do tema, é importante a conceituação dos casos de culpa, que são basicamente os seguintes: a negligência ocorre quando o sujeito deixa de tomar uma atitude que deveria tomar ou seria esperada em determinada situação, portanto há uma conduta omissiva quando deveria agir. Ao contrário, na imprudência, o sujeito toma uma atitude diversa da esperada para aquela situação, ou deixa de observar o cuidado necessário naquela ocasião, de maneira comissiva. Por fim, há a imperícia quando o sujeito age sem o conhecimento técnico ou falta a qualificação necessária para realização de determinado ato.

Na culpa, podemos observar que o agente que causa o dano, quer a conduta, mas não o resultado, pois se assim não o fosse, estaríamos diante de uma hipótese de dolo, ocasião em que se quer o resultado.

De forma mais simples, observamos que na culpa, o agente que causa o dano não tem a intenção de o causar, somente tem a intenção de agir de determinada forma, querendo a causa, mas não os seus efeitos, que seriam o dano. Contudo, no dolo, o agente tem a intenção de agir de tal forma que cause o dano.

Há de se observar que os artigos 944 e 945 do Código Civil brasileiro⁵¹ trazem como requisito a necessidade de a indenização ser arbitrada de acordo com o grau de culpa do agente, significa dizer que, em havendo culpa concorrente, o valor a ser arbitrado deverá ser reduzido, respondendo o agente exclusivamente com seu grau de culpa no caso concreto. Já no caso de dolo, ocasião em que há a intenção deliberada de causar dano, deverá ser arbitrada a indenização, pelo seu valor integral, isto é, considerando o grau de culpa exclusivo do agente.

3.2.3. Dano

⁵⁰ TARTUCE, 2017. P. 359.

⁵¹ BRASIL. Lei 10.406/2002. Código Civil Brasileiro. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acesso em: 13 set. 2018.

O dano, ou prejuízo, que consiste na lesão a um bem jurídico protegido, também previsto no artigo 186 do Código Civil, consiste em um elemento imprescindível para a classificação da responsabilidade civil, isto porque sem dano não há que se falar em indenização.

Quanto às suas espécies, cumpre esclarecer que podem existir os seguintes: dano patrimonial/material, danos positivos (emergentes), danos negativos (lucros cessantes), existenciais/imateriais.

O tipo de dano imprescindível a nós, no presente estudo, é o Dano existencial, também chamado de imaterial ou moral.

O dano moral foi recepcionado pela nossa normativa na Constituição Federal de 1988, pondo fim às discussões quanto ao cabimento em nosso ordenamento jurídico, quando fala do cabimento de indenização em seu Art. 5º, incisos V e X.

Foi mencionado o dano moral, adiante, em nossa codificação Civil, em 2002, no recentemente mencionado art. 186, quando afirma que comete ato ilícito aquele que causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, concedendo igual tratamento jurídico ao dano material e moral, no que concerne à reparabilidade dos danos.

Sobre o dano moral, leciona Humberto Theodoro Junior:

De maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (“o da *intimidade* e da *consideração pessoal*”), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (“o da *reputação* ou da *consideração social*”).³ Derivam, portanto, de “práticas atentatórias à personalidade humana”.⁴ Traduzem-se em “um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida”⁵ capaz de gerar “alterações psíquicas” ou “prejuízo à parte social ou afetiva do patrimônio moral” do ofendido.⁵²

Consiste, portanto, no dano injusto decorrente de uma violação à direitos da personalidade, que ocasiona, necessariamente, um abalo psicológico na vítima, um desequilíbrio em seu bem-estar, de modo a evitar que meros aborrecimentos em sociedade se aproveitem deste instituto.

Alguns casos de dano moral são ainda chamados de *in re ipsa*, não havendo a incumbência à vítima de demonstrar o dano efetivamente sofrido, sendo ele presumido, isso vem ocorrendo, por exemplo, nos casos de dano moral por inscrição indevida em órgãos de restrição de crédito.

⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. rev., Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.

Há de se observar que, para haver a reparação, é necessário o preenchimento dos elementos da responsabilidade, de modo que, apenas o abalo psicológico sem que o nexo de causalidade, por exemplo, não gera o dever de indenizar.

3.2.4. Nexo de Causalidade

O Nexo de Causalidade, ou ainda Nexo Causal, é o que traz a caracterização completa do evento danoso, é possível afirmar que trata da relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano sofrido pelo ofendido.

É, portanto, a linha traçada entre a conduta e o efetivo dano, à fim de avaliar se esta conduta foi de fato a causa para o resultado dano. Pode-se dizer, ainda, que este elemento é, mais do que a ligação entre a conduta realizada e o dano sofrido, é, em verdade o caminho que levará um ao outro.

Sobre o assunto leciona Tartuce:

Se houver dano sem que a sua causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente a relação de causalidade, não havendo a obrigação de indenizar. Fundamental, para tanto, conceber a seguinte relação lógica:

–Na responsabilidade subjetiva o nexo de causalidade é formado pela culpa genérica ou *lato sensu*, que inclui o dolo e a culpa estrita (art. 186 do CC).

–Na responsabilidade objetiva o nexo de causalidade é formado pela conduta, cumulada com a previsão legal de responsabilização sem culpa ou pela *atividade de risco*⁵³

Sendo assim, de acordo com o doutrinador, o nexo de causalidade nas hipóteses de responsabilidade subjetiva, verificar-se-ão pela culpa *stricto sensu*. Podendo-se deduzir que, se temos excludentes de culpa, ou o fato danoso não decorre da ação ou omissão de quem se requer a indenização, não há que se falar em reparação dos danos por este sujeito.

Ainda, há três teorias comuns relacionadas à este elemento, quais sejam, em breve análise: a teoria da equivalência das condições, em que todas as causas que concorrem para o evento danoso são consideradas, isto é, todas as causas se equivalem, se tiverem relação com o resultado danoso.⁵⁴ Há, ainda, a teoria da causalidade adequada, em que não se consideram todas as causas como

⁵³ TARTUCE, 2017. p. 370.

⁵⁴ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017. p. 144.

equivalentes, observa-se apenas aquela mais apropriada, isto é, aquela que seria capaz de produzir o evento danoso, a mais apropriada para este resultado, em um juízo de probabilidade.⁵⁵ Por fim, há a teoria da causalidade direta, ou imediata, em que a causa mais próxima do dano é observada como a que ocasionou o resultado, desta forma, é como se a causa imediata causadora do dano rompesse com o nexo causal das demais causas anteriores, trata-se de uma causa superveniente, que torna-se única responsável pelo dano final.⁵⁶

Observamos, por fim, que a teoria mais usual pelos juristas, na responsabilidade civil, acaba por ser a da causalidade adequada, uma vez que trata de uma ponderação e probabilidade de qual das várias causas seria a mais apta a produzir o dano, sendo menos restritiva e descartando a hipótese de responsabilizar aqueles que tiveram ínfima participação para o resultado danoso, simplesmente por estarem inseridas naquele contexto.

⁵⁵ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017. p.145.

⁵⁶ Ibid, p.148,149.

4. O ABANDONO AFETIVO

4.1. O ABANDONO AFETIVO DO FILHO E A OMISSÃO DO DEVER DE CUIDADO

O tema proposto neste capítulo merece um apanhado geral do todo aqui trabalhado, observando o seguinte. O Direito das famílias traz consigo um conjunto de normativas, das mais diversas origens e codificações esparsas com o intuito de garantir direitos e, além disso, interpretar o instituto familiar que está obrigatoriamente cravado nas sociedades em geral.

A partir disso, observamos que, no paradigma atual, o que faz a família se constituir, é, atualmente, a afetividade, dessa afetividade surgem relações que são mútuas e organizadas pelas normas. Destas relações baseadas na mutualidade, surge a solidariedade familiar, bem como outras interpretações que trazem garantias aos integrantes deste grupo denominado família.

O tema trazido é especificamente o abandono afetivo, dando importância ao fato de que as pessoas possuem necessidades, que são materiais e imateriais, e devem ser observadas, especialmente em se tratando de sujeitos que possuem limitações ou possuem vulnerabilidade. Assim, o aqui tratado não é amplamente o abandono afetivo, em suas diversas formas, mas, especificamente, o abandono afetivo do filho.

Antes de adentrar ao tema, cumpre conceituar o que é a afetividade de que tratamos, a afetividade como dever jurídico. Não tratamos aqui, especificamente da obrigação de amar, enquanto sentimento íntimo e subjetivo, mas dos desdobramentos afetivos, como o dever de convivência, de cuidado, de apoio psicológico e moral que o genitor deve dar à sua prole.

Desta forma, trata Maria Berenice Dias:

Esta orientação tem despertado a atenção para o significado do convívio entre pais e filhos. A afetividade como **dever jurídico**, não se confunde com a existência real de afeto, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição por eles.⁵⁷

⁵⁷ DIAS, 2017. p. 570.

Isto é, há um dever dos genitores de prover acolhimento aos filhos, terreno suficientemente seguro para seu desenvolvimento, sendo que o afeto é o instrumento adequado para promover esta segurança a estes sujeitos vulneráveis em evolução.

O abandono afetivo do filho é um tema consideravelmente recente, que surgiu basicamente após a entrada em vigor da nossa Constituição da República, isto pela mudança do Direito, no que se refere à mudança de tratamento dada às crianças e adolescentes, mais especificamente caracterizada pelo fato de os citados terem sido então reconhecidos como sujeitos de direitos.

Assim sendo, afirma Calderón:

Os valores acolhidos pelo texto constitucional permitiram perceber a afetividade implícita em suas disposições, uma vez que muitas delas visaram, em *ultima ratio*, tutelar situações subjetivas afetivas tidas como merecedoras de reconhecimento e proteção. A partir de 1988, é possível sustentar o **reconhecimento jurídico da afetividade**, implicitamente, no tecido constitucional brasileiro. (grifo nosso)⁵⁸

Desta feita, é possível deduzir que há sim a possibilidade de a afetividade ser um dever, uma vez que não mais é tratada como subjetividade apenas, mas com reconhecimento jurídico, de acolhimento, segurança e cuidado, e se assim for, não há como se dizer que não é intrínseca à relação paterno-filial.

Com a mudança paradigmática trazida a partir de 1988, passou-se a verificar diversos direitos da prole, ao qual seus genitores se tornaram vinculados, uma vez que não há mais que se falar em dominação e estritamente em subordinação, mas sim em atender o melhor interesse da prole, garantindo, assim, seu crescimento digno e de qualidade, preenchendo as necessidades básicas do ser humano em desenvolvimento.

É possível a observância desta linha de pensamento, não somente na sociedade contemporânea e atual, isto se observarmos estudos realizados por Kant, conforme trazido por Paulo Lôbo, vejamos:

Para ele o amor enquanto inclinação não pode ser ordenado, mas o bem-fazer por dever, mesmo que a isso não sejamos levados por nenhuma inclinação e até tenhamos aversão, “é amor prático e não patológico, que

⁵⁸ CALDERÓN, 2017, p. 49.

reside na vontade e não na tendência da sensibilidade” (Kant, 1986, p.30), e pode ser ordenado.⁵⁹

Observamos, portanto, que caberia a imputação ao genitor quanto às necessidades mais básicas de sua prole, em que há de serem incluídas suas necessidades afetivas, e não do ponto de vista de se obrigar o genitor a amar, mas sim, de transmitir o afeto que a prole anseia, pela sua própria natureza.

Traduz-se assim, o real motivo pelo qual se dá tamanha proteção ao direito de convivência, vez que é através da convivência que se constrói a humanidade em uma pessoa em desenvolvimento, e nesta convivência é cristalina a intenção de afetividade.

Em todo o processo do desenvolvimento, é possível observar que o comportamento de seus genitores atinge e influencia diretamente a prole. Contudo, embora queiramos que as relações permaneçam equilibradas e eternas, assim não o são.

A hipótese em que mais se observa a ocorrência do fenômeno aqui estudado, é, em realidade, quando o relacionamento amoroso entre os genitores desta prole não mais pode ser levado adiante.

No entanto, a prole permanece inserida nesta relação desfeita, e, ainda que separados, os genitores, em regra, prosseguem com os mesmos deveres perante seus filhos, isto pela observância do melhor interesse deste infante. Sendo assim, a quebra de vínculo entre os genitores encerra com a relação de casal, mas não encerra os deveres decorrentes da filiação, de apoio material, psicológico e moral ao filho.

Todavia, observamos em muitos contextos concretos, que quando há a quebra de vínculo entre os genitores, o genitor não detentor da guarda, ainda que preste valor mensal à título de alimentos, deixa de se fazer presente, isto por acreditar que a partir do momento em que contribui com a pensão alimentícia, está cumprindo com suas obrigações em relação ao filho, uma vez que este não reside consigo.

Desta situação fática, ou seja, deste rompimento de vínculo do genitor para com seu filho, extremamente recorrente, depreende-se que nasce uma quebra emocional, que pode ou não causar marcas. Isto é, o genitor que outrora esteve

⁵⁹ PEREIRA (Coord.). **Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família**. Porto Alegre: Magister, 2010. 555 p. (IBDFAM- Instituto Brasileiro de Direito de Família). p.19.

presente, participou de parte de seu desenvolvimento o que certamente acarretou um vínculo, bem como segurança para parte de seu desenvolvimento, não mais está presente, e não porque desapareceu ou faleceu, mas porque assim o quis.

Assim, nos ensina Rodrigo da Cunha Pereira:

A dissolução do vínculo conjugal não pode, nem deve significar o rompimento ou alteração do vínculo parental. Por outro lado, os laços de sangue não são suficientes para garantir a maternidade e a paternidade, que é muito mais um exercício diário no convívio, na cumplicidade, no estabelecimento de regras e limites, no companheirismo e no amor. É assim que se estabelecem os mais sólidos e profundos vínculos, invisíveis aos olhos da genética. Em outras palavras, paternidade e maternidade são funções exercidas, voltadas à segurança, à proteção, ao acolhimento(...) ⁶⁰

Este rompimento pode trazer sérios danos ao desenvolvimento da prole, trazendo sentimento de rejeição, perda, e abandono propriamente dito, que poderiam ser evitados, e mais do que isso, que podem ter reflexos inclusive na vida adulta desta pessoa que encontra-se em progressão, em desenvolvimento.

Adentrando ao tema, retirando um pouco o caráter de subjetividade, cumpre pontuar o conjunto de normas que embasam a caracterização do abandono afetivo, quais sejam: a obrigação de manter a criança e o adolescente à salvo de qualquer forma de negligência, o dever legal de cuidado, garantir-lhes dignidade, bem como a convivência familiar.

Sobre este mesmo viés, tratou a Min. Nancy Andrighi:

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança. ⁶¹

Assim sendo, é de grande clareza que o afeto ou cuidado perfaz uma das obrigações dos genitores para com seus filhos, sendo que, ainda que não pensemos no ponto de vista científico, quando pensamos em uma relação de genitor e filho, imediatamente pensamos que há afeto advindo desta relação.

⁶⁰ MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 401.

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Julgado em: 24/04/2012. Migalhas, 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf> . Acesso em 25 ago. 2018.

Por fim, trata ainda a Min. Nancy Andrighi em importante julgamento sobre o tema:

[...]é fundamental para a formação do menor e do adolescente, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. [...]⁶²

Deste modo, a não observância destas normas, poderia vir a causar, de fato, um dano imaterial à prole, conhecido pelo ordenamento jurídico por Abandono afetivo, podendo quiçá ensejar responsabilização civil aos genitores que podem inclusive possuir uma responsabilidade conjunta.

4.2. A (IM)POSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO DE INDENIZAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE ABANDONO AFETIVO

Como já visto, temos que quem viola direito ou causa dano a outrem comete ato ilícito e, além disso, que quem comete ato ilícito é obrigado a indenizar. Ainda, apontamos os elementos da responsabilidade civil, necessários para a caracterização da responsabilidade civil, desenvolvidos ao longo dos tempos, desde o direito Romano. Neste sentido, faz-se importante, dado ao fato de que fora trabalhado o abandono afetivo, considerar quais são as possíveis sanções ao genitor que descumpre com obrigações que decorrem da autoridade parental.

Conforme já visto, o Código Civil em seu art. 1638, II nos traz que é cabível a perda do poder familiar em hipótese de abandono, porém, esta sanção nos traz a necessidade de reflexão quanto à sua finalidade para visualizarmos se a referida sanção garante, de fato, esta finalidade.

Assim sendo, faremos a seguinte reflexão, as hipóteses de perda do poder familiar existem para qual finalidade? E, frente a esse questionamento, há de se afirmar que, existem basicamente sob o intuito de resguardar a integridade do filho, da pessoa em desenvolvimento. Porém, em um caso de abandono afetivo, poderíamos entender que se esta fosse a única efetiva sanção ao genitor que o causa, ao invés de assim sê-lo, isto é, ao invés de sancionar o genitor e resguardar a integridade do infante, se tornaria, em verdade, uma vantagem ao genitor que não

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Julgado em: 24/04/2012. Migalhas, 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>. Acesso em 25 ago. 2018.

se faz presente, uma vez que receberia a prerrogativa de não precisar, de uma vez por todas, comparecer, se fazer presente e contribuir fisicamente com a criação e o cuidado da prole.

A partir daí nasce o questionamento quanto a esta ser a única hipótese possível de responsabilização, uma vez que todo o estudo aqui tratado nos demonstra a necessidade de garantir ao filho a convivência familiar, e mais do que isso, de garantir a afetividade para o seu desenvolvimento adequado.

Conforme as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira,

Não há nenhuma ressalva no direito da família quanto à possibilidade de arbitramento de indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo, sendo necessário, especialmente no intuito de coibir o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar.⁶³

Desta feita, observamos que inexistem impedimentos de possível responsabilização civil no Direito de família, observando que este poderia ser um possível meio eficaz para impedir que os genitores se abstenham do dever de cuidado, bem como um meio não compensatório ao filho, mas com o intuito de diminuir os danos efetivamente sofridos.

Maria Berenice simplifica o entendimento:

A lei responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, violam a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. E quem causa dano é obrigado a indenizar. A indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas.⁶⁴

Assim, se tomarmos este entendimento, torna-se intuitiva a interpretação de que uma responsabilização civil sim seria uma medida cabível e que cumpriria de fato a função de proteção ao filho que sofreu um efetivo dano.

E nessa mesma esteira, trouxe Rodrigo da Cunha Pereira, um dos precursores no tema, que, o abandono afetivo é uma lesão extra patrimonial a um interesse jurídico tutelado, causada por uma ação ou omissão de seu(s) genitor(es), configurando ato ilícito e ensejando o dever de indenizar.⁶⁵ E se assim

⁶³ PEREIRA, 2012. p 254.

⁶⁴ DIAS, 2017. p. 570.

⁶⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**, p. 11 apud DIAS, 2017. p. 571.

interpretássemos, é causada a impressão de que cumpriríamos a finalidade do conjunto de normas que atendem ao melhor interesse, de forma ainda mais eficaz que a perda da autoridade parental.

Contudo, é cabível aqui esclarecer que os posicionamentos da jurisprudência estão longe da unanimidade, e, sobretudo existem três centrais argumentos para um posicionamento contrário, ou seja, do não cabimento de indenização pelo abandono afetivo. Seriam eles, primeiramente, a) receio de que possa haver a monetarização do direito de família, ou seja, de se conferir um valor pecuniário àquela relação, b) por entenderem que um valor para compensação de eventual dano, acabaria de vez com a relação paterno/materno-filial, o que impediria uma possível reconciliação do vínculo parental, ou ainda, que c) o ato de não dar afeto não constituiria ato ilícito, pelo entendimento de que não se pode obrigar um genitor a amar seu filho, isto porque o amor é sentimento intangível, não regulado pelo Direito.

Sobre o último fundamento apontado, cabe trazer um trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi, em sua atuação como relatora em um importante julgamento acerca do tema:

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que surge 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 fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.⁶⁶

Assim, traz a possibilidade de estabelecer possíveis elementos objetivos caracterizadores e possíveis formas de comprovação da existência do abandono afetivo, o que fez no sentido de considerar cabível a indenização.

Nada obstante, o Direito das famílias, pelo todo anteriormente explanado, perfaz, claramente, um ramo do direito bastante diferenciado, isto por tratar de relações que por vezes trazem relações psicológicas, magoas e afetividade, tendo-se obviamente que se utilizar de cautela no momento da interpretação do referido tema.

⁶⁶ MINAS GERAIS. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 757411 – MG (2005/0085464-3). Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Julgado em: 29/11/2005. JusBrasil, 2006. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3/inteiro-teor-12899597>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

4.3. DO VALOR DA COMPENSAÇÃO E SEUS POSSÍVEIS PARÂMETROS

Se entendêssemos que existe sim a possibilidade de arbitramento de indenização, teríamos de buscar sempre critérios os mais objetivos possíveis com a finalidade de compensar o dano sofrido, desta maneira, seriam analisados critérios já fixados, em especial pela jurisprudência, acerca de danos morais.

Tendo em vista a lacuna existente na legislação no que se refere aos critérios a serem adotados para a quantificação do dano a ser compensado, cabe à jurisprudência elencar critérios que atendam corretamente a demanda de reparação dos danos morais, existente em nosso ordenamento, o que confere maior liberdade ao julgador.

Além da liberdade conferida ao julgador no momento da caracterização do dano, nexa causal e da conduta do sujeito que causou o dano, observa-se a solidez na doutrina no que se refere à quantificação do dano moral, isto é, há uma concordância sobre a quantificação do dano em pecúnia ser de responsabilidade e prudente arbítrio do Juiz que julgará o caso.⁶⁷

A jurisprudência caminha sempre em direção de uma possível uniformização e harmonização entre os julgados, não com o intuito de tarifar o dano moral, mas com o intuito de nortear a análise do julgador, à fim de arbitrar, com mais tranquilidade, um valor que seja justo e não se mostre arbitrário, discrepante. Deste modo, em análise de diversos casos, extraem-se critérios genéricos que ajudem a quantificar o valor da possível compensação, porém, sempre em correspondência ao caso concreto, resultando em um valor arbitrado de forma justa e individualizada.

De pronto, é possível afirmar que o arbitramento deverá se pautar pelo princípio da razoabilidade e proporcionalidade, isto sempre em observância de que não se deve dar, sob o argumento de um dano moral, o enriquecimento sem causa do ofendido, contudo, garantindo a compensação do dano efetivamente sofrido.

Sobre o valor da compensação, feito de forma coerente, é importante observar que não deve ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento ilícito, nem tão pequeno que se torne inexpressivo.

Assim, faz-se necessária a observância de critérios importantes, como por exemplo a capacidade econômica do ofensor e do ofendido, ou seja, observando

⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, 2016. p. 40.

sua efetiva capacidade econômica, qual seria o valor razoável para o fim de ter um caráter educativo, e, ainda, se portar como uma sanção em decorrência do ato ilícito cometido, sem que seja valor exorbitante, impossível de ser pago pelo ofensor.

Sobre este critério nos explana Humberto Theodoro,

As duas posições, sociais e econômicas, da vítima e do ofensor, obrigatoriamente, estarão sob análise, de maneira que o juiz não se limitará a fundar a condenação isoladamente na fortuna eventual de um ou na possível pobreza do outro.⁶⁸

Outro critério que deve ser levado para a quantificação de um valor final, é o da intensidade e extensão do sofrimento da vítima, ou então, os danos psicológicos que a vítima possa ter sofrido e seu prolongamento no tempo. A intensidade do sofrimento tem relação direta com o direito violado e com condições subjetivas do ofendido, motivo pelo qual se faz importante analisar conjuntamente a sua continuidade, ou por quanto tempo se deu.

A intensidade vai se pautar pelo dano realmente causado àquela vítima, ou seja, no presente estudo, no quanto repercutiu a falta da presença e do cuidado daquele genitor em seu desenvolvimento, em que situação se deu o abandono, se houve um dano em longo prazo, ou se foi necessário um acompanhamento psicológico, por exemplo. Uma análise de eventual dano indireto advindo do abandono, dificuldade de desenvolvimento, entre outros.

Eventualmente, deve-se analisar, inclusive, possíveis atenuantes, como se o genitor tentou diminuir os danos causados, ou se tentou restabelecer a convivência, ainda que depois de um grande lapso temporal. Ou ainda o grau de culpa do lesante, e aqui, poderá ser apurado inclusive uma culpa concorrente do genitor que permaneceu como detentor da guarda.

Por fim, se faz interessante, em casos de dano moral, a análise da gravidade do fato causador do dano, o que, neste caso, deve ser considerado também as características do lesado, tratando-se de pessoa em desenvolvimento, e de um direito fundamental conferido a ela.

Alguns dos critérios apresentados foram utilizados, à exemplo, pelo Tribunal de Justiça do Paraná, vejamos:

⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, 2016. p. 42.

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DO CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO CONSUMIDOR EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - DANOMORAL - CONFIGURAÇÃO - VALORAÇÃO - CRITÉRIOS. - Para fixação dos danos morais, deve-se levar em consideração as circunstâncias de cada caso concreto, tais como a natureza da lesão, as consequências do ato, o grau de culpa, as condições financeiras das partes, atentando-se para a sua dúplici finalidade, ou seja, meio de punição e forma de compensação à dor da vítima, não permitindo o seu enriquecimento imotivado.⁶⁹

Assim, o julgador tem liberdade para, dentro do razoável, apontar critérios especiais dentro daquele caso concreto, que mereçam observância, de modo a minorar ou majorar o *quantum* indenizatório.

4.4. O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS ACERCA DO TEMA

Embora o abandono afetivo como caso de responsabilização civil pareça ser um ponto próximo à unanimidade da doutrina, com diversos doutrinadores renomados do país apontando o seu cabimento, a jurisprudência destoa em diversas situações deste entendimento.

Os julgados ao longo da transformação dos direitos das famílias têm sido os mais diversos, em sua maioria do ponto de vista em que não é cabível uma indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo do filho, em especial sob o fundamento de que não constitui ato ilícito o genitor não amar o filho. Contudo, houve julgamentos de destaque em nosso ordenamento jurídico que consideraram cabível o arbitramento de indenização nestes casos.

O primeiro caso a ser tratado nesta etapa, é a Apelação cível nº 408.550-5 de 01/04/2004, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que atuou como Relator o Juiz Unias Silva. Vejamos a ementa:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE - A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.⁷⁰

⁶⁹ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 4ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 2516534, Relator: Ruy Cunha Sobrinho. Julgado em: 03/03/2004, Publicado em: 12/03/2004. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5151896/apelacao-civel-ac-2516534-pr-apelacao-civel-0251653-4>>.

⁷⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 408.550-5. Relator: Juiz. Unias Silva, Julgado em: 01/04/2004. Flávio Tartuce, 2004. P. 4. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUK>>

Observa-se, do breve resumo que a 7ª Câmara Cível deu provimento ao recurso de apelação, observando a viabilidade do arbitramento de indenização por abandono afetivo do filho, em observância ao princípio da dignidade humana, em favor da prole. Em seu voto, o relator pontuou a seguinte mudança no direito das famílias, que seria fundamento para o provimento do recurso:

[...] No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que encontra-se deslocada para a afetividade. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem de seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado. Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção.[...]71

Assim, demonstra o relator, que a afetividade constitui um ponto central nas relações familiares atualmente. Neste sentido, observar as necessidades apresentadas pela prole, especialmente de afeto e proteção, trata de um *múnus*, obrigação decorrente do ordenamento jurídico imposta ao genitor frente a sua prole, e, sendo as novas relações familiares baseadas no afeto, há de se impor a obrigação de corresponder às necessidades afetivas do filho para o seu correto desenvolvimento.

Ainda, neste caso, destacou o relator em seu voto sobre a notória privação, do filho, quanto à convivência com seu genitor, especificando que até os seis anos manteve um contato razoável, perdendo-o completamente quando do nascimento de sua irmã, advinda do novo relacionamento de seu pai. Especifica que foram quinze anos de afastamento, com diversas tentativas da prole de se aproximar de seu

[Ewi9I9KZ8MTbAhWKEpAKHXwDAZ8QFggvMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.flaviotartuce.adv.br%2Fassets%2Fuploads%2Fjurisprudencias%2FIELF-ACORDAO-DANOMORAL-PAIEFILHO.doc&usg=AOvVaw1NNsFCT3ADmcjcZmkSjV3a](http://www.flaviotartuce.adv.br%2Fassets%2Fuploads%2Fjurisprudencias%2FIELF-ACORDAO-DANOMORAL-PAIEFILHO.doc&usg=AOvVaw1NNsFCT3ADmcjcZmkSjV3a)>. Acesso em: 20 mai. 2018.

⁷¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 408.550-5. Relator: Juiz. Unias Silva, Julgado em: 01/04/2004. Flávio Tartuce, 2004. P. 4. Disponível em:

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUK Ewi9I9KZ8MTbAhWKEpAKHXwDAZ8QFggvMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.flaviotartuce.adv.br%2Fassets%2Fuploads%2Fjurisprudencias%2FIELF-ACORDAO-DANOMORAL-PAIEFILHO.doc&usg=AOvVaw1NNsFCT3ADmcjcZmkSjV3a>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

ascendente, tendo faltado inclusive em datas importantes, como formatura e aniversários.⁷²

Neste caso específico fora realizado estudo psicológico nos próprios autos, de modo a definir o efetivo dano, bem como o nexos causal, mediante prova pericial, demonstrando se haveria de fato impacto psicológico no filho abandonado afetivamente. Cita o relator, o seguinte trecho constante do estudo psicológico:

“É como se ele tentasse transformar o genitor em pai e, nessa árida batalha, procurasse persistentemente compreender porque o Sr. Vicente não se posiciona como um pai, mantendo a expectativa de que ele venha a fazê-lo.” (fls. 72).

“Neste contexto, ainda que pese o sentimento de desamparo do autor em relação ao lado paterno, e o sofrimento decorrente, resta a Alexandre, para além da indenização material pleiteada, a esperança de que o genitor se sensibilize e venha a atender suas carências e necessidades afetivas.” (fls. 74).⁷³

Nestes trechos, citados no voto do relator, é demonstrado o profundo sentimento de abandono da prole, isto é, o impacto psíquico decorrente do abandono. Observa-se que, mesmo com o sentimento de solidão a prole segue buscando entender os motivos do distanciamento, permanece aguardando o momento em que seu genitor voltará ao seu convívio.

No presente julgamento, os abalos psíquicos causados ao autor demonstram o nexos causal entre a conduta negligente do genitor e o dano causado, que se provou evidentemente decorrente da privação do convívio paterno com a prole, ofendendo sua dignidade, dentre outros direitos fundamentais já abordados, enquanto infante. Assim, dando provimento ao recurso, arbitrando o valor de R\$44.000,00 (quarenta e quatro mil reais) a título de indenização por danos morais.

Ocorre que, em acórdão pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 757.411, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, fora reformado o referido acórdão para o fim de afastar a condenação do réu ao pagamento de

⁷² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 408.550-5. Relator: Juiz. Unias Silva, Julgado em: 01/04/2004. Flávio Tartuce, 2004. P. 6. Disponível em:

<<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi9I9KZ8MTbAhWKEpAKHXwDAZ8QFggvMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.flaviotartuce.adv.br%2Fassets%2Fuploads%2Fjurisprudencias%2FIELF-ACORDAO-DANOMORAL-PAIEFILHO.doc&usg=AOvVaw1NNsFCT3ADmcjcZmkSjV3a>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

⁷³ Idem.

indenização por abandono afetivo, sob o fundamento de que abandono afetivo não constituiria ato ilícito, restando incapaz a reparação pecuniária no presente caso⁷⁴.

Nessa toada mostra-se clara a divergência entre os tribunais e as diversas instâncias no que se refere à aplicação ou não da responsabilidade civil quando da constatação de abandono afetivo, uns acompanhando grande parte da doutrina, no sentido de ser ato ilícito, pelo dever de cuidado enquanto múnus dos genitores, outros alicerçados pela inexistência de ato ilícito.

Adiante, no ano de 2012 houve um dos julgamentos mais importantes sobre o tema, que também alcançou o conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, porém, diversamente do precedente anterior, fundamentou-se o julgamento no sentido de ser sim cabível a presente indenização. Trata-se do Recurso Especial 1.159.242-SP, em que atuou como relatora a Ministra Nancy Andrighi, com ementa nos seguintes termos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à 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.⁷⁵

⁷⁴ MINAS GERAIS. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 757411 – MG (2005/0085464-3). Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Julgado em: 29/11/2005. JusBrasil, 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3/inteiro-teor-12899597>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Julgado em: 24/04/2012. Migalhas, 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>. Acesso em 25 ago. 2018.

Desta forma, considerou a relatora ser aplicável a responsabilidade civil em um caso de abandono afetivo do filho, mantendo a condenação ao genitor, sob os fundamentos de que é aplicável a responsabilidade civil no direito de família, bem como o fato de o abandono afetivo constituir ato ilícito, se observarmos a hermenêutica da normativa pátria.

Observou ainda que o cuidado é um valor jurídico protegido que está descrito na nossa normativa nos mais diversos termos, sendo assim, comprovado o não cuidado de um genitor em relação a sua prole, tenha o genitor deixado de cumprir com os deveres de criar, educar e conviver, há de que observar a existência de um ato ilícito por omissão, com a conseqüente possibilidade de pleitear indenização pelos danos causados.⁷⁶

É pertinente, ainda, trazer um trecho do voto da relatora, qual seja:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente**; ganha o debate contornos mais técnicos, **pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento de uma obrigação legal: cuidar.**

Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração na membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) **além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência (...)**”.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.⁷⁷

Traz a relatora em seus fundamentos, aspectos imprescindíveis à apuração técnica do tema, observa que a importância do cuidado dos genitores no desenvolvimento da prole já era de conhecimento empírico, isto é, já era sabido com base na experiência e na observação, contudo, passou a ganhar conotação científica, trazendo validade à imputação do cuidado aos genitores.

Faz referência, ainda, à parte final do artigo 227 da Constituição Federal, afirmando que, além do cuidado, é responsabilidade dos pais colocar os filhos a salvo de qualquer forma de negligência, especialmente as que dizem respeito a eles próprios. Ainda, traz em seu voto a importância da discussão acerca do tema, não

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Julgado em: 24/04/2012. Migalhas, 2012. P.11. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>. Acesso em 25 ago. 2018.

⁷⁷ Idem.

podendo as cortes brasileiras se escusarem desta discussão somente sobre o argumento de que o abandono afetivo não constitui ato ilícito.

Este julgamento, embora tenha sido um marco importante para o tema, estando em concordância com boa parte da doutrina, causou muitas críticas e não resolveu a divergência, isto é, não trouxe uma resposta definitiva ao tema, permanecendo a jurisprudência ainda muito cética e receosa em se utilizar destes fundamentos e conceder a referida indenização, inclusive no próprio Tribunal Superior em que é atuante.

Assim, em que pese a essencial e distinta decisão proferida pela Ministra Nancy Andrighi, ainda são proferidas inúmeras decisões no sentido de não considerar o abandono afetivo um ilícito civil, ou ainda, indeferimentos da referida indenização pelos mais diversos fundamentos.

Neste sentido, é pertinente trazer a ementa da Apelação Cível nº 70076481597, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria do Des. Luiz Felipe Brasil Santos, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO PELO GENITOR. PRESCRIÇÃO NÃO CONSUMADA. IMPROCEDÊNCIA. 1. Prescrição. Nos termos do art. 197, II, do CC, não corre a prescrição entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar, o qual se extingue pela maioria (art. 1.635, III, do CC). Logo, considerando que a autora completou 18 anos de idade em 15.02.2014 e a presente demanda de reparação civil foi proposta em 01.06.2015, não há cogitar de prescrição, tendo presente o prazo de 3 anos a que alude o art. 206, § 3º, V, do CC, não implementado. 2. Dano moral. Pretende, a autora, indenização por dano moral, em razão do alegado abandono afetivo do genitor. A prova dos autos, porém, não leva à conclusão de que a conduta do demandado foi capaz de causar dano ou sofrimento indenizável à autora, nos termos dos arts. 186 e 927 do CC. Apesar do pouco convívio entre pai e filha, fruto de relação extraconjugal, o genitor, bem ou mal, prestou assistência material à filha por longos anos, tendo, inclusive, acordado alimentos na presente demanda. A distância entre as cidades, também contribuiu para o afastamento. Além do mais, não restou demonstrado que a ausência paterna gerou na autora lesão emocional e psíquica de tal monta que tenha perturbado seu... estado de bem-estar, comprometendo sua estabilidade e a possibilidade de uma vida normal. Somente em situações excepcionais é que, na seara das relações familiares, se deve conceder reparação por dano extrapatrimonial, sob pena de as pretensões desbordarem para a patrimonialização das relações afetivas. Sentença de improcedência mantida. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.⁷⁸

⁷⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível nº 70076481597. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 22/03/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em:< <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/560833137/apelacao-civel-ac-70076481597-rs>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

Observamos que, no referido julgado, o relator tratou de algumas situações do caso concreto, primeiramente, da prescrição, considerando a não ocorrência desta na vigência do poder familiar. Tratou, ainda, da não comprovação ou possível inoccorrência de dano (lesão emocional ou psíquica) e nexos causal (ausência do pai como fato gerador de lesão), e ainda, enfatizou que a distância entre as cidades em que residiam pai e filha, o que dificultaria o convívio de ambos. Ainda, afirmou que o genitor prestou assistência material enquanto esteve obrigado a tanto e, por fim, salientou o relator que a reparação de dano moral, no âmbito do direito de família deverá ser medida excepcional, sob pena de monetarização do afeto.

Identificamos, assim, que para o julgador, o fundamento do não provimento não se ateve ao fato de o abandono afetivo não ser um ilícito civil, mas reside na ausência dos elementos da responsabilidade civil, bem como o fato de ter cumprido com suas obrigações de pai, eis que prestou alimentos à filha, motivo pelo qual não se mostrou cabível indenização em favor desta e negou-se provimento ao recurso.

Cumprido apresentar, ainda, nesta análise dos diversos fundamentos para desprover o pedido de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo, outro julgado. Por consequência, para bem elucidar o cenário atual acerca do tema, trazemos o Recurso Especial 0011196-8, do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Maria Izabel Galotti, vejamos:

Ementa: CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR. ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial. 2. A ação de indenização decorrente de abandono afetivo prescreve no prazo de três anos (Código Civil, art. 206, § 3º, V). 2. A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito. 3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Precedentes da 4ª Turma. 4. Hipótese em que a ação foi ajuizada mais de três anos após atingida a maioridade, de forma que prescrita a pretensão com relação aos atos e omissões narrados na inicial durante a menoridade. Improcedência da pretensão de indenização pelos atos configuradores de abandono afetivo, na ótica do autor, praticados no triênio anterior ao ajuizamento da ação. 4. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido.⁷⁹

⁷⁹ Rio Grande do Sul. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1579021, Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, Julgado em: 19/10/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em: <

No voto da Ministra Relatora, fundamentou posicionamento diverso do trazido pela quarta turma do STJ, qual seja, o fundamento trazido pela Ministra Nancy Andrighi. Deste modo, ainda que reconhecida a prescrição por ultrapassar o prazo de 03 anos para interposição da ação de indenização por danos morais, adentrou à fundamentação de mérito, em que entendeu que, havendo o cumprimento de sustento, guarda e educação da prole, não há que se falar na obrigação de um cuidado afetuoso, portanto, não constitui, este, um dano moral indenizável.

É valoroso, ainda, trazer parte do voto da Relatora, vejamos:

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral. Por outro lado, é preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.⁸⁰

No corpo de seu julgamento, pronuncia-se no sentido de que a perda do poder familiar seria punição suficientemente grave ao genitor que descumpra os seus deveres enquanto genitor, sendo o abandono uma das hipóteses de perda do poder familiar, estabelecida no inciso II do artigo 1638 do Código Civil.

Embora seja um raciocínio possível, vale a reflexão de que, quando observamos os fundamentos favoráveis à indenização, este ônus se justifica ao genitor que incorre em abandono afetivo do filho, especialmente pelo caráter punitivo e pedagógico da indenização, sendo certo que, o genitor que recebe como exclusiva penalidade a perda do poder familiar, pode, em verdade, obter vantagem ao ser “livrado” dos encargos decorrentes deste direito-dever, a depender do caso.

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526809377/recurso-especial-resp-1579021-rs-2016-0011196-8?ref=juris-tabs>> Acesso em: 27 mai. 2018.

⁸⁰ Rio Grande do Sul. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1579021, Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, Julgado em: 19/10/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526809377/recurso-especial-resp-1579021-rs-2016-0011196-8?ref=juris-tabs>> Acesso em: 27 mai. 2018.

Com a exposição dos julgados, é possível observar um panorama geral da jurisprudência brasileira, no que diz respeito ao abandono afetivo, desde os graus iniciais até as cortes superiores da justiça brasileira. Em suma, podemos verificar a forte resistência dos Tribunais brasileiros em concordar com a referida indenização, diferentemente de grande parte da doutrina pátria, que se posiciona à favor.

No entanto, é possível a análise de que, pouco a pouco as cortes brasileiras vêm enfrentando o tema, com fundamentações a cada dia mais contundentes e em sintonia com a hermenêutica dedicada à norma pátria. Distantes, porém, de um posicionamento unitário, não sendo possível prever, quando do ingresso com uma ação que reivindica este direito, qual será seu resultado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, analisamos as mudanças das famílias ao longo do tempo, com a conseqüente modificação legislativa conseqüente destes fatos sociais.

A codificação constitucional brasileira apresentou uma nova forma de constituição, dando guarida à uma preponderante tutela principiológica das questões nacionais, com cláusulas gerais e proteção especial à dignidade da pessoa humana. Isto, em observância à uma criação pós-totalitária, em que houve a necessidade de tutelar os direitos básicos e intrínsecos à pessoa humana.

Sob outro viés, em decorrência da observância dos direitos das pessoas, observou-se ainda, uma nova característica no direito, em especial no que se refere à normativa familiar, qual seja, o valor jurídico consagrado ao afeto e ao cuidado, que embora não encontre guarida expressa em nossas normas escritas, tem clara decorrência dos princípios aqui abordados.

Assim, observa-se em nossa normativa, terminologias diversas que levam à este raciocínio, qual seja, o apoio psíquico a que se responsabilizam os pais em relação aos filhos, bem como toda a hermenêutica aplicada ao direito brasileiro, onde deve-se fazer a interligação entre o apoio, a criação e o cuidado, associado à dignidade da pessoa humana e ainda o melhor interesse da criança e do adolescente, em uma doutrina que se aplica a Proteção Integral destes.

Assim, em respeito à nova roupagem do direito brasileiro, marcado pelo fato de não observarmos apenas o que consta escrito, mas as mudanças sociais, princípios aplicáveis e especialmente proteção aos sujeitos de direito vulneráveis, há de se observar a aplicação de princípios já fortemente consagrados pela doutrina brasileira.

Se por um lado observamos o princípio como fonte de direito importante, há de se observar de onde vem as obrigações dos genitores para com seus filhos. Além da proteção dada à estes sujeitos, observa-se como igualmente importante o instituto do poder familiar.

O poder familiar, ou autoridade parental é observado como um *múnus*, trata-se da atribuição aos genitores, em igualdade de condições, de um poder-dever em relação à prole, trata-se, portanto, menos de um poder e mais de deveres dos genitores em relação aos filhos.

Assim, regula-se no estatuto da criança e do adolescente, bem como em sede constitucional, os diversos deveres dos pais em relação aos filhos, quais sejam, os deveres de criar, cuidar, dar apoio material, psíquico, manter à salvo de qualquer tipo de negligência e garantir-lhes a convivência familiar.

Estes direitos são observados como direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, sendo imputado aos pais o dever de assegurar seus direitos, assim, se não os fizerem, haverão de arcar com a incidência da perda ou suspensão do poder familiar.

O abandono é descrito como causa de perda do poder familiar e embora não se faça uma distinção entre o abandono físico, moral, psicológico e afetivo, há de se observar, pelas tantas prerrogativas destes sujeitos, que existem todas estas hipóteses e que elas gerariam, portanto, a perda do poder familiar do genitor em relação à prole.

Contudo, se observarmos a perda do poder familiar enquanto punição ao genitor que não cuida dos filhos, se tratarmos do abandono moral, psicológico, afetivo, há de se perceber que a finalidade de punição, se observado o melhor interesse da criança, não é alcançada. Isto porque um genitor que deixa de conviver, ao ser destituído dos deveres da autoridade parental, é em verdade poupado destas obrigações, ao invés de ser efetivamente punido, e o filho, continua em abandono.

Nesta perspectiva, observamos que o abandono afetivo do filho, pode ser considerado como ato ilícito, uma vez que o genitor estaria deixando de realizar atitude que lhe compete, e a que está obrigado.

O art. 186 do Código Civil prescreve que aquele que por ação ou omissão causar dano a outrem, comete ato ilícito, assim, se observarmos os elementos da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta, a culpa, o dano e o nexos causal, amoldando-se ao caso concreto todos estes elementos, obtemos a consequência jurídica que é o prescrito no art. 927 do Código Civil, isto é, aquele que cometer ato ilícito, fica obrigado a repará-lo.

Assim, se observarmos o dano causado à prole em decorrência de abandono afetivo (conduta), havendo culpa e em havendo nexos causal entre a conduta do genitor e o dano à prole, há de ser arbitrada indenização em favor da prole, não para compensar os danos, mas com a finalidade de minimização dos danos da prole, bem como a função de punição e caráter educativo ao pai que abandonou.

Observamos contudo que não existe uma resposta exclusiva acerca do tema, havendo até hoje divergência quanto à possibilidade indenizatória em casos de abandono afetivo, assim, como analisamos ao longo do estudo, há fundamentos firmes acerca do cabimento, por ser o afeto um valor jurídico a ser observado em nosso ordenamento, bem como um direito que decorre da dignidade que é protegida ao infante, isto se observarmos o direito à convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente, dentre outros princípios fundantes do direito dos filhos.

Assim, embora haja fundamentos no sentido de não ser considerado o abandono afetivo como ato ilícito, bem como a impossibilidade de obrigar um genitor a amar sua prole, é cabível a interpretação de que o abandono afetivo é capaz de gerar responsabilidade civil, por ser um dano imaterial causado ao filho, podendo causar diversos danos consequentes deste abandono. Assim, o magistrado arbitrará uma indenização à fim de diminuir, de certo modo, o dano causado, respeitando os parâmetros utilizados igualmente nos diversos casos de dano moral para arbitramento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: GEN, 2017.

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família**. Porto Alegre: Magister, 2010. IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, p. 555.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FACHIN, Luiz Edson, **Direito de família: elementos críticos à luz no novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**. v. 3., 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade civil na relação paterno-filial**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4192>>.

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

MACIEL, Kátia R. F. de Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família uma abordagem psicanalítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada: Novos paradigmas do Direito da Família**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, **Responsabilidade civil por abandono afetivo** apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito de Família**. v. 5, 12. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: Direito das obrigações e responsabilidade civil. v. 2., 12. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Compreendendo a criança como sujeito de direito**: a evolução histórica de um pensamento. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11583>.

MINAS GERAIS. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 757411 – MG (2005/0085464-3). Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Julgado em: 29/11/2005. JusBrasil, 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3/inteiro-teor-12899597>>.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 4ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 2516534, Relator: Ruy Cunha Sobrinho. Julgado em: 03/03/2004, Publicado em: 12/03/2004. JusBrasil, 2004. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5151896/apelacao-civel-ac-2516534-pr-apelacao-civel-0251653-4>>.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 408.550-5. Relator: Juiz. Unias Silva, Julgado em: 01/04/2004. Flávio Tartuce, 2004. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi9I9KZ8MTbAhWKEpAKHXwDAZ8QFggvMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.flaviotartuce.adv.br%2Fassets%2Fuploads%2Fjurisprudencias%2FIELF-ACORDAO-DANOMORAL-PAIEFILHO.doc&usq=AOvVaw1NNsFCT3ADmcjcZmkSjV3a>>.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível nº 70076481597. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 22/03/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/560833137/apelacao-civel-ac-70076481597-rs>>.

RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1579021, Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, Julgado em: 19/10/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526809377/recurso-especial-resp-1579021-rs-2016-0011196-8?ref=juris-tabs>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Julgado em: 24/04/2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>.

BRASIL. Decreto 17943-A, de 12 de outubro de 1927. Código de Menores (1927). Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927-501820-publicacaooriginal-1-pe.html> >.

BRASIL. Lei 8069/90. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>.

BRASIL. Lei 10.406/2002. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.