

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

GABRIELI VIERO DE OLIVEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO
ABANDONO AFETIVO
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa
2021

GABRIELI VIERO DE OLIVEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO
ABANDONO AFETIVO
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades
Integradas Machado de Assis, como requisito
parcial para obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Ms. Niki Frantz

Santa Rosa
2021

GABRIELI VIERO DE OLIVEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO
ABANDONO AFETIVO
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora

Niki Frantz

Niki Frantz (Jul 17, 2021 21:54 ADT)

Prof. Ms. Niki Frantz – Orientador

Rosmeri Radke

Rosmeri Radke (Jul 17, 2021 23:34 ADT)

Prof^a Ms. Rosmeri Radke

Roberto Pozzebon

Roberto Pozzebon (Jul 18, 2021 16:45 ADT)

Prof. Ms. Roberto Pozzebon

Santa Rosa, 14 de julho de 2021.

DEDICATÓRIA

À Seloj, minha mãe, ao meu filho Davi, meus amores, como reconhecimento pela força depositada em mim e pela ausência que muitas vezes o estudo impôs, e ao meu amigo Guilherme Maciel, que descanse em paz, pela amizade e incentivo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pois dele emana toda a sabedoria, aos meus familiares pelo constante incentivo aos estudos e a querida Giovana Fehlauer, pelo apoio e disponibilização de sua experiência na área, bem como, por todo material a mim confiado para o desenvolvimento do presente trabalho, ao meu querido professor orientador Niki Frantz, pela paciência e por toda assistência, bem como a todos os professores que ao longo desses cinco anos de graduação contribuíram para este momento.

(Epígrafe)

O leite alimenta o corpo; o afeto alimenta a alma. (Içami Tiba, 2002)

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família, decorrente do abandono afetivo que, como situação lesiva deve ser indenizada de forma efetiva. Assim o trabalho é realizado através do estudo do conceito de família e sua evolução histórica, de modo a compreender a formação e o exercício do poder familiar, de que forma o princípio da afetividade torna-se base nas relações familiares assim como analisar a responsabilidade civil no Direito de família, qual a efetiva indenização a ser aplicada em frente ao dano moral causado, para que este seja solucionado e não apenas indenizado. Nesse sentido, tem como propósito investigar as possibilidades de reparação do dano e, se é cabível a indenização por dano moral oriunda do abandono afetivo, através dos fundamentos doutrinários e legislativos sobre a responsabilidade civil no direito de família, sob o manto dos direitos fundamentais, elencados na Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul e, Superior Tribunal de Justiça. O tema tem suma importância no âmbito social, uma vez que trata das relações familiares, o que é fundamental para a formação de um indivíduo e sua inserção na sociedade. Além de ser uma técnica complexa e de recorrentes discussões, contribuindo para a prática jurídica no meio social. Baseia-se na doutrina através dos principais autores: Arnaldo Rizzardo, Flávio Tartuce, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Paulo Luiz Netto Lôbo, Rolf Madaleno e Rodrigo da Cunha Pereira, assim como demais doutrinadores pertinentes. O estudo é de natureza teórico-prática, com fins explicativos, tratamento de dados de forma qualitativa, a partir da organização e análise de informações. O método de abordagem dedutivo, através de documentação indireta, principalmente em fontes secundárias, livros, artigos científicos e pesquisa documental, análise de casos concretos, sentenças já proferidas relativas ao tema. Para melhor compreensão o trabalho foi dividido em dois capítulos. O primeiro capítulo aborda o “Tema de direito das famílias”, tem como títulos secundários: a “Entidade familiar e o reconhecimento do estado de filiação”; o “Conceito e perspectiva jurídica acerca do exercício do poder familiar”; e o “Princípio da afetividade como base nas relações familiares”. Já no segundo capítulo, aborda “Responsabilidade civil no âmbito do direito de família”, tem como títulos secundários o “Abandono afetivo como situação lesiva e suas consequências ao menor”; o “Estatuto da Criança e do Adolescente, jurisprudência do STJ e TJRS acerca do abandono afetivo como ato lesivo”; e “Reparação pecuniária nas relações familiares e a efetiva indenização pelo dano sofrido”. Logo, conclui-se que é possível a reparação pecuniária ao ofendido, servindo esta como forma de reparação e satisfação moral, devendo o Poder Judiciário assumir seu papel de cunho pedagógico, com o intuito de zelar por especificações de conduta, de modo a evitar danos dessa natureza.

Palavras-chave: Filiação - afetividade - responsabilidade civil.

ABSTRACT

This thesis deals with civil liability in the context of Family Law, resulting from emotional abandonment which, as a harmful situation, must be compensated in a manner that is effective. Thus, the thesis is carried out through the study of the concept of family and its historical evolution, in order to understand the formation and exercise of family power, how the principle of affectivity becomes the basis of family relationships, as well as analyzing civil liability in the Family Law, what is the effective indemnity to be applied in face of the moral damage caused, so that it is resolved and not just indemnified. In this sense, the purpose is to investigate the possibilities of repairing the damage and whether it is appropriate to indemnify for moral damage arising from emotional abandonment, through doctrinal and legislative foundations on civil liability in Family Law, under the cloak of fundamental rights, listed in the Federal Constitution, the Statute of Children and Adolescents and decisions of the Court of Justice of Rio Grande Do Sul and the Superior Court of Justice. The theme is of paramount importance in the social sphere, as it deals with family relationships, which is fundamental for the formation of an individual and their insertion in society. In addition to being a complex technique and of recurrent discussions, it contributes to legal practice in the social environment. Doctrine is taken as a basis through the main authors: Arnaldo Rizzardo, Flávio Tartuce, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Paulo Luiz Netto Lôbo, Rolf Madaleno and Rodrigo da Cunha Pereira, as well as other pertinent scholars. The study is theoretical and practical in nature, with explanatory purposes, processing data in a qualitative way, from the organization and analysis of information. The approach method is deductive, through indirect documentation, mainly in secondary sources, books, scientific articles and documental research, analysis of concrete cases, sentences already rendered related to the theme. For a better understanding, the thesis was divided into two chapters. The first chapter deals with "Theme of the Law of Families", its secondary titles are "Family entity and the recognition of the state of affiliation"; the "Concept and legal perspective on the exercise of family power"; and the "Principle of affectivity as the foundation of family relationships". In the second chapter, "Civil liability in the scope of Family Law" is addressed, with secondary titles: "Affective abandonment as a harmful situation and its consequences for minors"; "Statute of Children and Adolescents, STJ and jurisprudence of the TJ / RS on affective abandonment as a harmful act"; and "Pecuniary reparation in family relationships and effective compensation for damages suffered". Therefore, it is concluded that monetary reparation is possible for the victim, serving as a form of reparation and moral satisfaction, and the Judiciary Power assumes its pedagogical function, in order to guarantee the specifications of conduct, in order to avoid damage to that nature.

Keywords: Filiation – affectivity – civil liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 TEMA DE DIREITO DAS FAMÍLIAS	11
1.1 ENTIDADE FAMILIAR E O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE FILIAÇÃO	13
1.2 CONCEITO E PERSPECTIVA JURÍDICA ACERCA DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR	19
1.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO BASE NAS RELAÇÕES FAMILIARES	22
2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA	28
2.1 ABANDONO AFETIVO COMO SITUAÇÃO LESIVA E SUAS CONSEQUÊNCIAS AO MENOR	31
2.2 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, JURISPRUDÊNCIA DO STJ E TJRS ACERCA DO ABANDONO AFETIVO COMO ATO LESIVO	36
2.3 REPARAÇÃO PECUNIÁRIA NAS RELAÇÕES FAMILIARES E A EFETIVA INDENIZAÇÃO PELO DANO SOFRIDO	43
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O tema trata da Responsabilidade Civil decorrente do Abandono Afetivo, busca-se investigar, qual a efetiva indenização a ser aplicada em frente ao dano moral causado, de modo que este seja solucionado. O Direito de Família é um ramo do Direito Civil, que trata das relações familiares, dos direitos e das obrigações decorrentes dessas relações. Por ser uma área do direito de ampla complexidade, cada caso deve ser analisado de maneira específica.

O abandono afetivo tem sido alvo de inúmeros debates, assim tem como objetivo, analisar o instituto da família, evidenciando, de que modo a afetividade tornou-se a base das relações familiares, a Responsabilidade Civil no âmbito do Direito de Família, sob a perspectiva dos direitos fundamentais, Estatuto da Criança e do Adolescente, Jurisprudência do STJ e TJRS acerca do Abandono afetivo e o dano moral, a fim de compreender quais as medidas adequadas referente ao dano de modo que o Poder Judiciário assuma o cunho pedagógico com a finalidade de reparar danos dessa natureza. Embora não haja uma lei específica acerca do abandono afetivo, o tema é complexo e recorrente nas relações familiares, o que traz a importância do presente estudo. Insta salientar que o abandono afetivo é uma situação lesiva, decorrente de um dano causado, tanto psicologicamente como fisicamente, podendo causar inúmeros traumas, o que gera a obrigação de indenizar. Por vezes o dano moral indenizável não é efetivo, o que deve ser buscado solucionar.

Assim analisa-se o instituto da família, evidenciando a realidade atual da família brasileira, à medida em que foi abandonado preconceitos históricos decorrentes da supremacia da família patriarcal e matrimonializada, alterando seus valores, abrindo espaço para novos princípios, dentre eles o afeto. Em decorrência, busca-se o entendimento de que através da posse de estado de filho, os pais assumem suas funções e obrigações, as quais embarcam na esfera da Responsabilidade Civil no âmbito do Direito de Família, sob a perspectiva dos direitos fundamentais, Estatuto da Criança e do Adolescente, Jurisprudência do STJ e TJRS acerca do Abandono afetivo, qual seja, a negligência dos pais em suas obrigações para com os filhos e o dano moral, a fim de compreender quais as medidas adequadas referente ao dano, de modo

que o Poder Judiciário assuma o cunho pedagógico com a finalidade de reparar danos dessa natureza. O tema tem suma importância no âmbito social, uma vez que trata das relações familiares o que é fundamental para a formação de um indivíduo e inserção na sociedade.

A pesquisa caracteriza-se como teórico-prática, pois desenvolverá a temática delimitada por meio da documentação indireta e direta. Investiga-se, com tratamento dos dados de forma qualitativa, a partir da organização e da análise de informações. A documentação direta será realizada, sob a óptica de um estudo de caso, propondo-se acessar informações, de maneira intensiva, com análise de casos concretos, sentenças já proferidas em decorrência do abandono afetivo, considerando os direitos fundamentais, princípios inerentes, tais como dignidade da pessoa humana, maior interesse da criança e do adolescente, afetividade, igualdade no poder familiar. Como se fará um recorte em âmbito do Direito de família, no que tange aos direitos e deveres do poder familiar, estudando a família na sociedade atual.

No desenvolvimento da pesquisa foram analisados os seguintes tópicos: primeiro – Instituto da família e o reconhecimento do estado de filiação, elencando a evolução do instituto da família, o qual passa por diversas transformações ao longo dos anos, buscando compreender o conceito e a perspectiva jurídica acerca do exercício do poder familiar; segundo: de que forma o princípio da afetividade torna-se base nas relações familiares, podendo este ser compreendido como um dever jurídico; terceiro: a responsabilidade civil no âmbito do direito de família, buscando analisar o abandono afetivo como situação lesiva, bem como a reparação pecuniária relativa a esse abandono.

1. TEMA DE DIREITO DAS FAMÍLIAS

A gestação da entidade familiar é marcada pela evolução do próprio instituto, uma vez que, é possível a caracterização de sua diversidade. Nesse sentido além de elucidar brevemente a evolução histórica do instituto família e o reconhecimento do estado de filiação, é necessário estabelecer inicialmente seu conceito. Definir a família e sua formação, é um conceito extremamente efêmero, haja vista que acompanha a evolução das descobertas científicas e da sociedade, o que torna impossível construir uma única ideia de família.

A convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social. Para Friedrich Engels a família é importante na estrutura da sociedade, pois é produto do sistema social refletindo no estado. Logo, a origem da família parte do princípio de que os seres humanos se criam vínculos uns com os outros desde sua origem, por instinto de espécie ou por desejo de não permanecer só.

[...] partes da família humana existiram num estado de selvageria, outras partes em um estado de barbárie, e outras, ainda, no estado de civilização, por isso a história tende à conclusão de que a humanidade teve início na base da escala e seguiu um caminho ascendente, desde a selvageria até a civilização, através de acumulações de conhecimento e experimentos, invenções e descobertas. (MORGAN, 1877, p. 49).

É cediço que o ser humano nasce no seio familiar, o qual se inicia a formação de suas potencialidades e fatos elementares de sua vida. Assim, o conceito familiar pode ser entendido como um universo de relações diferenciadas, que atinge cada uma das partes, necessitando de um enfoque multidisciplinar para sua compreensão de modo geral.

[...] inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais. (FACHIN, 1999, p.11).

Nesse sentido, a família tem seu quadro evolutivo inteiramente ligado ao avanço do homem e da sociedade, definindo-se como mutável, uma vez que sofre transformações de acordo com suas conquistas e avanços. Não sendo possível, de ser submetida isoladamente a valores pertencentes a um passado primitivo.

[...] um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie. (BEVILÁQUA, 1976, p.16).

Para tanto, a família, composta por seres humanos, decorre da mutabilidade, apresentada sob diversas formas, de quantas forem sua capacidade de se relacionar, seja biologicamente, seja afetivamente. Não trazendo para si pretensão de imutabilidade, uma vez que variam de acordo com o momento histórico.

[...] nunca antes as coisas haviam mudado tão rapidamente para uma parte tão grande da humanidade. Tudo é afetado: arte, ciência, religião, moralidade, educação, política, economia, vida familiar, até mesmo os aspectos mais íntimos da vida, nada escapa. (ZAMBERLAM, 2001, p.17).

O conceito que temos de família nos dias atuais, não é o mesmo de tempos atrás, uma vez que estamos em momento de desenvolvimento social e jurídico, onde o conceito da família está sendo cada vez mais ampliado. A família era constituída exclusivamente pelo casamento, sendo qualquer outro arranjo familiar existente, marginalizado. Tal modelo é considerado como uma instituição, onde a felicidade e a liberdade de seus membros configuram ideal secundário, sendo levado em conta apenas se atendido o ideal primário, qual seja, o fortalecimento econômico da instituição familiar. Assim, resta claro que tal ideia de família era tida como inconcebível, uma forma arcaica. Contudo, a sociedade familiar passou por evolução, ao lutar pela igualdade entre os indivíduos e pela valorização da dignidade humana, conquistas estabelecidas na Constituição Federal de 1988.

[...] os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo a tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade. (LÔBO, 2002, p.95).

Desta forma, tem-se que o conceito de família atravessa o tempo e o espaço, tentando de maneira continua demarcar seu limite para fins de direito. Desta feita, quando se diz entidade familiar em vez de família, podemos marcar uma evolução. Outrossim, deixando de ser compreendida como núcleo econômico passando a uma

compreensão socioafetiva. Portanto, para se caracterizar uma entidade familiar e diferenciá-la dos demais, existem peculiaridades, tais como a afetividade sendo seu fundamento e finalidade, bem como a convivência.

[...] outro princípio basilar é o da Afetividade, que revela primazia sobre questões patrimoniais ou biológicas e fundamenta a entidade familiar com base na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida. A afetividade está implícita na Constituição, a ressaltar a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família, abrindo margem para o princípio da pluralidade das entidades familiares. (LÔBO, 2009, p.48).

Assim a família deve ser reconhecida como um núcleo importante inserido na sociedade, uma vez que o Estado deve proteger a formação familiar. De modo que, por mais diversas que sejam possuem direito a proteção, logo, é necessário maior aprofundamento acerca do instituto da família, bem como, em respeito e tolerância às diversas formações familiares, compreender o efetivo reconhecimento do estado de filiação.

1.1 ENTIDADE FAMILIAR E O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE FILIAÇÃO

Ao longo dos séculos, a entidade denominada família, passou por diversas transformações e adaptações no decorrer do tempo, devido as mudanças na sociedade, assim como na religião, a qual detinha maior poder sobre a sociedade. Assim, pode ser reconhecida como entidade familiar toda e qualquer forma de união entre indivíduos, capaz de acolher sentimentos e emoções. Preceitua a Constituição Federal em seu artigo 226, §4º: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, 1988).

Dessa forma, entende-se que a família deve ser compreendida como o meio em que o indivíduo é capaz de desenvolver todas as suas capacidades e características individuais. A palavra família deriva do latim *famulus*, que quer dizer criado, servo, escravo, porque significava um conjunto de pessoas que viviam na mesma casa trabalhando para patrões. Ao longo da história, existiram diversos modelos primitivos de família, como a família greco-romana berço da civilização, a qual tinha como pilar a religião, através de cultos e rituais que definiam o chefe de família denominado *pater* que detinha o poder, e sua formação determinada pela necessidade de subsistência. Ou seja, a entidade familiar se mantinha unida em

função da religião, que era passada de pai para filho, sendo absorvida pelas novas gerações. Com isso, teve início a primeira instituição estabelecida pela família, o casamento. A partir desse momento a mulher passa a possuir um papel importante como mãe, devendo esta desempenhá-lo com eficiência.

A origem da família antiga não se limitava à descendência, mas à varonilidade, pois irmã, na família, não se igualava a irmão, e filho emancipado e filha casada deixavam de fazer parte da família. Enquanto estava no lar paterno, a mulher participava dos cultos familiares; contudo, ao casar-se, “vai deixar o deus da sua infância para se deslocar sob o império de um deus até então desconhecido. (ROSA, 2013, p. 22).

É notório que na primitiva família quem detinha absoluto poder e autoridade era o chefe de família (homem) denominado pater, e a mulher apenas a delegação de mãe. Os laços de filiação eram estabelecidos através dos cultos aos mesmos antepassados, expostos por meio de costumes e não pelo nascimento ou pelo afeto. Ou seja, a relação de afeto não existia, não restando dúvida que a relação familiar era limitada apenas ao poder e interesses de ordem econômica.

Assim, fica claro que na primitiva família romana, o filho não tinha personalidade. O pai o vende, castiga e o mata. É ele quem o casa, quem lhe casa a filha, quem o divorcia, quem o passa, pela adoção, a uma outra família. Se comete um crime, ou um delito civil, a responsabilidade comprometida é a do pai, que o pune ou, pelo abandono noxal, entrega-o à vingança do lesado. (ROSA, 2013, p. 22).

Posteriormente com a instauração da igreja católica, e a nova adaptação da família natural, o casamento passou a ser instituição indissolúvel e a única formadora da família cristã. Com o avanço do cristianismo, instaurou-se sua expressão ideológica de respeitabilidade, a partir do modelo de Sagrada Família. Os filhos deveriam submeter suas escolhas profissionais e seu emocional as necessidades familiares, afastando o emocional do homem com o intuito de possuir maior autoridade.

Na organização jurídica da família hodierna é mais decisiva a influência do direito canônico. Para o cristianismo, deve a família fundar-se no matrimônio, elevado a sacramento por seu fundador. A Igreja sempre se preocupou com a organização da família, disciplinando-a por sucessivas regras no curso dos dois mil anos de sua existência, que por longo período histórico vigoraram, entre os povos cristãos, como seu exclusivo estatuto matrimonial. Considerável, em consequência, é a influência do direito canônico na estruturação jurídica do grupo familiar. (GOMES, 1998, p. 147).

Com a promulgação da Carta Magna, a família adotou transformações sociais, reconhecendo a igualdade dos cônjuges e dos filhos. Haja vista que ainda ampliou as formas de reconhecimento da constituição de família fora do matrimônio, tornando assim, famílias informais de uniões não matrimoniais, mais comuns. Nessa seara, a família deixou de ser compreendida como núcleo econômico, passando para uma compreensão socioafetiva.

A entidade familiar, apesar do que muitos dizem, não se mostra em decadência. Ao contrário, é o resultado das transformações sociais. Houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor. (DIAS, 2009, p.34).

Diante da evolução do instituto da família e de suas diversas adaptações ao longo do tempo, a família como modelo primitivo, patriarcal regido pela religião, passa a ser compreendida, não mais como fator natural, mas sim, cultural podendo sofrer variações. Sendo cada sociedade, cada cultura, diferentes formas de família, cabendo a cada ordenamento jurídico fazer as devidas adequações para proteger os direitos e deveres de cada indivíduo decorrentes destas relações. Assim, as famílias são reconhecidas como órgãos estruturais de toda e qualquer sociedade, na busca pelos direitos de personalidade, sendo o termo família entidade formada pela união de duas ou mais pessoas por relação de parentesco ou afinidade. Conforme artigo 16 da Declaração Universal de Direitos Humanos “a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. (DUDH, 1948)

A família, como instituição social, é uma entidade anterior ao Estado, anterior à própria religião e também ao direito. É uma instituição que resistiu a todas as transformações que sofreu a humanidade, quer de ordem consuetudinária, econômica, social, científica, social ou cultural, através da história da civilização, sobrevivendo praticamente incólume. (OLIVEIRA, 2002, p. 22).

Ao analisar o conceito de família, deve-se ir além de sua caracterização pelo fenômeno biológico, buscando uma dimensão mais ampla, sendo a família atual, um sistema no qual seus elementos estão em total interação e interdependência. A principal constituição do modelo atual da família, é a relação que une uma pessoa àquelas que a geraram. Com os avanços da ciência em que há a possibilidade de

outras pessoas diferentes à relação conjugal estarem envolvidas, criou-se a distinção entre filiação biológica e filiação afetiva. Assim é possível compreender como filiação, o vínculo estabelecido entre um ser e os responsáveis por sua criação, podendo ser uma configuração natural, jurídica ou afetiva.

[...] surgem, assim, novos arranjos familiares, novas representações sociais baseadas no afeto- palavra de ordem das novas relações. Por isso, o casamento deixa de ser necessário, dando lugar à busca da proteção e desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana, ultrapassando, de alguma forma, os valores meramente patrimoniais. (MADALENO, 2015, p. 21).

Desde os primórdios das civilizações os filhos eram discriminados, tratados com desigualdade, como os filhos havidos fora do laço matrimonial, denominados bastardos. No antigo Direito grego, o filho natural havido fora do casamento não podia ser reconhecido e legitimado. A relação de filiação era baseada em condições econômicas. Por séculos predominou a restrição no tratamento de filhos havidos fora do casamento nos sistemas jurídicos. Com o Decreto 181 de 1890 houve a ampliação do reconhecimento dos filhos naturais acrescentados da confissão espontânea. A partir do Código Civil de 1916 a autorização do reconhecimento compulsório de paternidade, mediante ação investigatória de paternidade.

[...] surgem, assim, novos arranjos familiares, novas representações sociais baseadas no afeto- palavra de ordem das novas relações. Por isso, o casamento deixa de ser necessário, dando lugar à busca da proteção e desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana, ultrapassando, de alguma forma, os valores meramente patrimoniais. (MADALENO, 2015, p. 21).

Porém, somente com a Constituição de 1988 em seu artigo 227, § 6º foi abolida as desigualdades entre os filhos, tanto legítimos (havidos dentro do matrimônio), como ilegítimos (havidos fora do matrimônio), garantindo-lhes os mesmos direitos, vedando qualquer tipo de discriminação. O Estatuto da Criança e do Adolescente excluiu qualquer tipo de restrição no reconhecimento da paternidade e assegurou ainda o direito à convivência familiar em ambiente saudável conforme artigo 19. O Código Civil de 2002 previu outras formas de filiação, além da biológica ou por adoção, ao prever expressamente em seu artigo 1.593 que o parentesco pode ser natural ou civil. Assim a filiação civil, nos dias atuais possibilita o reconhecimento de

filhos por reprodução assistida heteróloga, adoção, pela socio afetividade, entre outros.

As relações de parentesco são estabelecidas entre ascendentes e descendentes, entre pessoas que provém de um mesmo tronco comum sem descenderem umas das outras - como é o caso dos colaterais -, entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro- ao que se conhece por vínculo de afinidade-, por vínculo civil- no caso de adoção – ou por outra origem, a exemplo do que se tem na filiação decorrente de reprodução assistida em que é utilizado material genético de terceiro. (SCALQUETTE, 2014, p. 80).

Desse modo, é notório que o vínculo socioafetivo não depende da paternidade biológica. No mesmo sentido, na paternidade de afeto, a figura de pai é muito mais importante como função do que como figura biológica.

A distinção entre filiação afetiva e filiação biológica, é por meio do afeto. Tem-se comprovado que durante séculos o único estado de filiação era o biológico. Com as evoluções no Direito de família, surgem novas relações interpessoais construídas por meio do afeto. Motivo pelo qual, merece maior atenção na seara jurídica, haja vista que, o afeto, que tratava unicamente de um sentimento, passa a possuir valor jurídico na esfera das relações familiares, sendo operacionalizado por meio do princípio da dignidade da pessoa humana. Rodrigo Cunha Pereira ressalta que a dignidade é um macro princípio sob o qual estão contidos e irradiam outros princípios essenciais, entre eles a igualdade e a alteridade.

[...] o estudo do direito de família se apresenta, no momento, especialmente difícil, em razão das grandes mudanças e inovações por que passa a sociedade moderna. A liberação sexual, a urbanização, a globalização, a inversão dos valores morais, a rápida ascensão da mulher, as uniões estáveis, sejam heterossexuais ou homossexuais, a família monoparental, o relaxamento dos costumes, a fecundação artificial, a popularização do exame de DNA, a internet, são apenas alguns dos fatos que estão provocando profundas mudanças no direito de família, tornando rapidamente inadequadas normas antigas e novas, desafiando constantemente a argúcia do operador do direito. (ARAÚJO JÚNIOR, 2012, p. 3).

Dentre os princípios norteadores na filiação, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana, ao conferir maior valor à proteção da pessoa, através de um conjunto de regras ou preceitos que se fixaram para servir de norma. Significam pontos básicos que servem de premissa, razão pela qual o direito atualmente gira em

torno da pessoa real e das situações jurídicas decorrentes, reafirmando a importância dos princípios gerais elencados na Constituição Federal em seu artigo 1º.

Os princípios constituem, portanto, fundamentos jurídicos de maior relevância. Contudo, nem todos os princípios estão expressos, resultando de convivência social, como o princípio da afetividade, implícito no texto constitucional, como elemento incitador da família. Para Rolf Madaleno, o afeto é a mola propulsora dos laços familiares para dar sentido e dignidade à existência humana. O que deixa claro, que nas relações de filiação, a afetividade deve estar presente tendo sobrepeso diante dos laços consanguíneos.

Não é de (des)amor que se trata o afeto como fato jurídico, mas sim aquele que, quando exteriorizado na forma de comportamentos típicos de uma legítima convivência familiar, é capaz de gerar eficácia jurídica. Exemplo disso, a posse de estado de filho, geradora do parentesco socioafetivo entre pais e filhos. Sendo assim, a nosso sentir, o Direito não é capaz de “enxergar” a ausência de afeto, mas é possível que, quando presente a afetividade entre certos indivíduos, condicionante de seu comportamento, caracterizando-o como tipicamente familiar, aí, sim o Direito reconheça um fato concreto, um acontecimento ao qual ele pode outorgar qualificação e disciplina jurídica: “um ponto de confluência entre a norma e a transformação da realidade: o modo pelo qual o ordenamento se concretiza.” Por isso, não podemos falar em direito ou dever de afeto. Mas devemos valorizar as manifestações exteriores, condutas e comportamentos que traduzam a existência do afeto em determinadas relações. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 194-196).

Portanto o princípio da afetividade resulta da convivência familiar, podendo ainda gerar outros vínculos, o que dá espaço para outro princípio norteador da filiação. O princípio da filiação socioafetiva, que estabelece a posse de estado de filho, não sendo mais considerado única e exclusivamente nos laços de sangue, sendo crucial a integração entre pais e filhos pelo sentimento de afeto. A filiação real deixa de ser natural passando a ser cultural, o que constitui de fato a essência da filiação socioafetiva, que nada mais é, do que a autoridade parental, ou seja, assistir a prole diante de suas necessidades e direitos, o que acaba por gerar o vínculo jurídico da parentalidade.

1.2 CONCEITO E PERSPECTIVA JURÍDICA ACERCA DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

É unânime o entendimento de que o instituto do poder familiar surgiu na Roma antiga, momento em que o homem ocupava todos os cargos de maior importância da sociedade. O poder do homem era tamanho, que este decidia todos os atos relacionados à vida no seio familiar, a mulher era tratada como incapaz, sendo que após o casamento não possuía mais liberdade sobre suas vontades, e os filhos, sofriam com castigos, podendo até mesmo serem vendidos se o pai achasse necessário.

Nos primórdios do direito, o poder familiar nada mais significava que o conjunto de prerrogativas conferidas ao pai sobre o filho. No direito Romano, ocupava aquele a posição de chefe absoluto sobre a pessoa de seus filhos, com tantos poderes, a ponto de ser-lhe permitido a eliminação da vida do filho. Dizia que o pater tinha o direito sobre a vida e a morte do filho. (RIZZARDO, 2007, p. 122).

O poder familiar, anteriormente denominado como pátrio poder, em razão da sociedade patriarcal da época, na qual era atribuído ao pai, pleno poder sobre seus filhos. Com a criação da Lei nº 4.121/1962 (Estatuto da mulher casada), o poder familiar passou a ser atribuído a ambos os pais, assim como a igualdade entre os membros da família. Sendo caracterizado como um conjunto de obrigações, direitos e deveres incumbidos aos pais no desenvolvimento de seus filhos. Trata-se de um poder irrenunciável, inalienável, indelegável e imprescritível, pertencente a ambos os pais em relação ao interesse dos filhos, cabendo ao Estado fiscalizar suas ações, podendo aplicar sanções com o objetivo de preservação dos interesses do menor.

[...] Poder familiar é o poder que exerce os pais sobre os filhos em educação e desenvolvimento dos mesmos, os pais têm a obrigação de zelar e proteger os filhos até que este alcance a maioridade e a devida capacidade civil. Os pais devem assistir, criar e educar os filhos menores, e os maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Em síntese, exercer o poder familiar é participar de forma ativa na vida dos filhos menores. (LUZ, 2009, p. 257).

O poder familiar é um poder-função, o exercício da autoridade, advinda da responsabilidade dos pais sobre os filhos, escorada no interesse pessoal. Ou seja, o poder familiar tem como titulares os pais, decorrendo da condição de genitores,

sendo ambos obrigados a exercer esse poder baseado no princípio da Responsabilidade Parental. Haja vista que cada indivíduo é um reflexo das diversas orientações que o cercam, sendo o grupo crucial dessas orientações, o núcleo familiar. É através do grupo familiar que se fará as orientações, transferências de valores, tais como preceitos morais, crenças.

Por isso, aos pais foi concedida ou atribuída uma função semipública, designada poder parental ou pátrio poder, que principia desde o nascimento do primeiro filho, e se traduz por uma série de direitos-deveres, isto é, direitos em face de terceiros e que são, em face dos filhos, deveres legais e morais.

Sendo assim, é notório que o poder familiar é fundado nos interesses dos filhos e não, em benefício dos pais, respeitando o princípio constitucional da Paternidade Responsável, elencado no artigo 226, §7º da Constituição Federal.

[...] autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro, além de expressar uma simples superioridade hierárquica, análoga à que se exerce em toda organização, pública ou privada. 'Parental' destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade, além de fazer justiça à mãe. (LÔBO, 2008, p. 269).

É possível verificar a partir dos artigos 227 e 229 da Constituição Federal o dever dos pais para com os filhos, como assegurar o direito à vida, saúde, alimentação, dignidade, respeito, liberdade, dentre outros, com a finalidade de assistir, criar e educar os filhos menores. Em conjunto com o Estatuto da Criança e do Adolescente, atribuindo ainda o dever de sustento, guarda e educação, conforme exposto em seu artigo 22.

Diante da evolução do instituto familiar, ao examinar as famílias matrimoniais e não-matrimoniais, formadas por vínculos biológicos ou afetivos, denota-se que o poder familiar pode ser exercido distintamente, ou seja, por ambos os cônjuges/genitores, por penas uma das partes ou por tutor responsável. O que se quer demonstrar, é o conteúdo do poder familiar, que compreende uma gama de normas concernentes aos direitos e deveres dos genitores em relação aos filhos menores possuindo elementos intrínsecos a pessoa humana.

[...] afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do

seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas públicas específicas para promoção e defesa dos seus direitos. (COSTA, 1994 p. 23).

Ainda assim, incumbe aos genitores capacitar os filhos espiritualmente, moralmente, social e intelectualmente em condições de liberdade, atentando-se para os direitos de personalidade e assegurando sua dignidade. Nesse sentido, insta salientar, no que tange a criação dos filhos, bem como a forma que estes devem ser educados, diante das transformações ocorridas no Ordenamento Jurídico, a vida íntima da família deve ser orientada pelo bom senso, pelos laços afetivos, pela convivência familiar, pelo compartilhamento das decisões e pelas relações entre seus membros. Para Milton Paulo de Carvalho Filho:

Há um encargo dos pais em conduzir a criação e a educação dos filhos menores orientando-os segundo regras da moral e bons costumes, proporcionando-lhes condições para a preparação do caráter, da personalidade e do desenvolvimento intelectual, visando alcançar o pleno exercício da vida em sociedade, com liberdade e dignidade. (2014, p. 1.730).

Diante disso, em conformidade com o disposto no artigo 1.634 e seus respectivos incisos do Código Civil, o poder familiar abrange um complexo de deveres incumbidos aos pais, e na falta do exercício destes, acarretando em sanções.

Cabe aos pais, primordialmente, dirigir a criação e educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade. A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Faltando com esse dever, o progenitor faltoso, submete-se a reprimendas de ordem civil e criminal, respondendo pelos crimes de abandono material, moral e intelectual (arts. 224 a 245 do Código Penal). Entre a responsabilidade da criação, temos que lembrar que cumpre. (VENOSA, 2009, p. 33).

Em razão das inúmeras mudanças da sociedade no tocante as relações familiares, como já exposto anteriormente, é dever do Estado fiscalizar o descumprimento dos deveres conferidos ao poder familiar, podendo ainda aplicar sanções como suspensão ou até mesmo extinção como descrito no artigo 1623 e 1638 do Código Civil em casos de abandono, contrários à moral e aos bons costumes.

Verifica-se, que os pais por parte de seus comportamentos tendem por prejudicar os filhos, quando do mal exercício de suas funções, quais sejam, se

omitindo no cuidado com os filhos, não lhe dando a necessária assistência. Sendo estas, causas de extinção e/ou suspensão, o que demonstra a importância do cumprimento desses deveres entabulados aos pais no tocante a criação e educação dos filhos, cuidados com estes, sendo direitos constitucionais dos mesmos, conforme elencado no artigo 1.638 do Código Civil:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. (BRASIL, Lei 10.406, 2002).

E como já elucidado no artigo 1638 do Código Civil como uma das causas de extinção do poder familiar, o abandono, tem-se notório que o afeto é reconhecido como bem jurídico e princípio constitucional inerente ao direito de família. A convivência familiar na constituição psíquica da criança é de suma importância, uma vez que é necessário modelos referenciais a serem seguidos, tendo toda criança ou adolescente direito à convivência familiar, conforme artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto, são inúmeras as situações de abandono afetivo nas relações familiares, que, como situação lesiva, consiste em omissão, seja ela pela falta de carinho, educação, cuidado, acompanhamento psicológico, assistência social, moral de criação dos pais.

1.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO BASE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

É inegável a multiplicidade e variedade de fatores que permitem fixar um modelo familiar. Importante grupo social constitucionalizado, seu elemento matriz é a afetividade. A palavra afeto tem origem etimológica muito controversa, deriva do latim *ad* com significado de “para” e *fectus*, com significado de fato ou efeito, o que resulta em feitos um para o outro. A afetividade jurídica, entretanto, resulta da eficácia do fato social e psicológico para o fato jurídico. Nesse sentido, um dos fundamentos constitucionais para o princípio da afetividade, é o princípio da Convivência Familiar, constante no artigo 227, caput da Constituição Federal, o qual elenca a compreensão da convivência familiar, sendo que onde há convivência familiar, há afetividade.

A afetividade compreende o estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções e as paixões e reflete sempre a capacidade de experimentar o

mundo subjetivamente. A afetividade é quem determina a atitude geral da pessoa diante de qualquer experiência vivencial, promove os impulsos motivadores e inibidores, percebe os fatos de maneira agradável ou sofrível, confere uma disposição indiferente ou entusiasmada e determina sentimentos que oscilam entre dois polos e transitam por infinitos tons entre esses dois polos, a depressão e a euforia. (LÔBO, 2009, p.48).

Sendo este um dos principais e mais importantes fundamentos das relações familiares, como reafirmação do vínculo familiar ao afeto e não apenas biológico. Ou seja, nessa visão tem-se maior relevância o sentimento afetivo do que o mero convívio. Daniella Velloso Pereira e Maria Flávia Cardoso Máximo ressaltam que já não se admite o Direito de Família sem o afeto. Se antes o vínculo biológico possuía maior valor, atualmente o afeto permeou as divisas do direito e rompeu antigos paradigmas, alicerçando o conceito de família (2012).

A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, de que possa resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico, como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu conteúdo eletivo, tem-se a prefigura da paternidade do futuro, que radica essencialmente na ideia de liberdade. (TARTUCE, 2011, p. 992).

Ao longo dos anos diante da evolução do instituto da família, foi possível perceber que o elemento base, essencial para a formação da família, é o afeto, como meio de dar sentido e dignidade à existência humana. O Projeto Lei nº 2.285/2007, que prevê a criação do Estatuto das Famílias, a partir de uma iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de Família, elenca em seu artigo 5º, como um dos princípios fundamentais para a interpretação e aplicação da legislação, a afetividade. Apesar de não ser unânime o reconhecimento da afetividade como princípio, é impossível pensar em entidade familiar sem a presença deste. De acordo com o Direito de família o princípio da afetividade encontra-se implícito em nosso ordenamento jurídico, do mesmo modo conforme Maria Berenice Dias, “significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico” (2006, p. 60).

A Constituição abriga princípios implícitos que decorrem naturalmente de seu sistema, incluindo-se no controle da constitucionalidade das leis. Encontram-se na Constituição Federal brasileira algumas referências, cuja

interpretação sistemática conduz ao princípio da afetividade, constitutivo dessa aguda evolução social da família, especialmente: a) artigo 227, § 6º. Todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem. (LÔBO, 1989, p 53-81).

No aspecto legislativo, a Constituição Federal foi o marco inicial desse novo tema no Direito brasileiro, sendo possível constatar o reconhecimento implícito da afetividade nas suas disposições (art. 226, § 4º, 227, caput, §§ 5º e 6º, CF). O Código Civil, por sua vez, também tutela situações afetivas (art. 1511, 1583, § 2º, 1584, § 5º, 1593, CC). Na legislação é recorrente a remissão da afetividade quando da regulação dos conflitos familiares, cito Lei Maria da Penha nº 11.340/2006, Lei da Adoção nº 12.010/2009 e na Lei da Alienação Parental nº 12.318/2010.

A família hoje não tem mais seus alicerces na dependência econômica, mas muito mais na cumplicidade e na solidariedade mútua e no afeto existente entre seus membros. O ambiente familiar tornou-se um centro de realização pessoal, tendo a família essa função em detrimento dos antigos papéis econômico, político, religioso e procriacional anteriormente desempenhados pela 'instituição'. (PEREIRA, 2011, p. 193).

Logo, a Constituição protege o princípio da afetividade como direito individual, direito humano de qualquer indivíduo. Assim, princípio da afetividade surge como base nas relações familiares, no momento em que esta passa a assumir um papel crucial na formação do instituto da família, uma vez que não é possível caracterizar uma entidade familiar sem a presença do afeto. Ademais não se pode confundir a subjetividade do afeto, devendo tornar-se claro, que o afeto não se traduz como amor, afeto quer dizer ligação, interação entre indivíduos, podendo ser de forma negativa ou positiva, sendo ambos presentes nas relações familiares.

Dessa forma é que desenvolvemos nossa capacidade de pensar e agir, por meio da vivência afetiva, da oscilação entre amor e ódio que nos tornamos seres humanos capazes de gerenciar nossas emoções, impulsos e sentimentos para fins socialmente aceitáveis. É com os pais, por meio do afeto que desenvolvemos nossa identidade, que ao falar em função materna, paterna e de filhos, se pressupõem serem complementares. O que se torna quase impossível entender as relações familiares a partir de um só de seus membros, sendo um sistema em que o todo é maior que a soma das suas partes.

O afeto é elemento essencial das relações interpessoais, sendo um aspecto do exercício do direito à intimidade garantido pela Constituição Federal. A

afetividade não é indiferente ao Direito, pois é o que aproxima as pessoas dando origem aos relacionamentos que geram relações jurídicas, fazendo jus ao status de família. (VECCHIATTI, 2008, p. 223).

Nessa perspectiva, tem-se que as relações familiares verdadeiras são afetivas, embora muitas relações familiares não sejam, a verdadeira família é aquela com comunhão de afetos, antes de ser um instituto jurídico. Destarte, a ligação afetiva, é ponto central do ser humano, devendo ser alvo de especial proteção do Estado, uma vez que o Princípio da afetividade é o indicador das melhores soluções para os conflitos familiares que estão a despontar crescentemente, sendo um dos diversos exemplos, a instauração da guarda compartilhada, pois através dela o conflito se dissolve e emerge aquilo que realmente importa, que é o melhor interesse da criança.

O direito ao afeto é a liberdade de afeiçoar-se um indivíduo a outro. O afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade, que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos. (BARROS, 2002, s/p).

Diante disso, percebe-se que o primeiro vínculo a orientar o julgador em relação a guarda, é o afetivo, que conforme artigo 1.584, §5º do Código Civil expõe que:

Art 1.584. (...)

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (BRASIL, 2002).

Ou seja, essas disposições adotam a afetividade de modo expreso no ordenamento brasileiro, o que reforça sua importância crescente. A sociedade alterou seu modo de viver em família, a afetividade assumiu paulatinamente uma função precípua, não sendo mais o ente familiar uma única definição, mas sim, tornando-se plural, de modo a dominar as relações de afeto, solidariedade e cooperação, sendo componente crucial ao exercício do poder familiar, adquirindo uma diretriz de dever jurídico.

Como dever jurídico, a afetividade não se confunde com a existência real do afeto, ou seja, é presumida se este faltar na realidade das relações. Assim, torna-se um dever imposto aos pais em relação aos filhos, e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor entre ambos. Com isso, esse aspecto se concentra em um

princípio da afetividade objetiva, que se destina a averiguação de atos e fatos que possam caracterizar sua presença.

[...] o princípio da afetividade como aquele que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações afetivas e na comunhão de vida, prevalecendo sobre as questões de caráter patrimonial ou de caráter biológico. [...] é um salto à frente da pessoa humana nas relações familiares, fazendo despontar a igualdade entre irmãos, pois a verdade biológica nem sempre é a adequada para fundamentar a filiação, bem como o respeito aos direitos fundamentais. (LÔBO, 2008, p. 47-48).

A incidência do princípio da afetividade pode, portanto, trazer reflexos de várias ordens, influenciando desde a estrutura da família brasileira até mesmo a sua função. Ou seja, afeto, carinho, amor, atenção são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica.

Por derradeiro, deve-se ter como claro, que o princípio da afetividade não se traduz como amor e sim como afetividade objetiva. Esclareça-se que o amor que os pais não possuem pelos filhos não é o elemento que configura a obrigação, tendo em vista que ninguém pode ser obrigado e responsabilizado por não amar. Contudo, deve-se observar o descumprimento dos genitores no que se refere à convivência familiar, ou seja, a omissão em participar da vida dos filhos, seja pela assistência moral, psíquica, afetiva, bem como a ligação entre essa omissão e os danos gerados aos filhos.

Na proposta que ora se sustenta, o princípio da afetividade jurídica objetiva está presente no nosso sistema jurídico com incidência no direito de família brasileiro. Sua objetivação exclui da análise do direito aspectos subjetivos da afetividade e centra sua verificação da presença de fatos signo-presuntivos que a manifestem. Seu substrato envolve relações de cuidado, entreaajuda, respeito, comunhão de vida, convivência, manutenção da subsistência, educação, proteção, carinho, etc. (CALDERÓN, 2013, p. 320).

Nessa seara, a afirmação de que a negativa de afeto entre pai e filho implica em danos ao menor, podendo ainda estes danos perdurarem por toda vida, admite-se a incidência das regras da responsabilidade civil. Como declara Rodrigo da Cunha Pereira:

A família hoje não tem mais seus alicerces na dependência econômica, mas muito mais na cumplicidade e na solidariedade mútua e no afeto existente entre seus membros. O ambiente familiar tornou-se um centro de realização pessoal, tendo a família essa função em detrimento dos antigos papéis

econômico, político, religioso e procriacional anteriormente desempenhados pela 'instituição. (PEREIRA, 2011, p. 193).

Conforme disposto no artigo 227 da Constituição Federal, o abandono afetivo configura-se como forma de negligência e crueldade e indignidade. Para tanto, a obrigação em assistir os filhos independe da união mantida pelos genitores ou da natureza do parentesco, pois de acordo com o § 6º, primeira parte do referido artigo, “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

A afetividade não é indiferente ao Direito, pois é o que aproxima as pessoas, dando origem aos relacionamentos que geram relações jurídicas, fazendo jus ao status de família. Cabe lembrar o diálogo entre Hans Kelsen e Cossio perante a congregação da Universidade de Buenos Aires. Cossio, autor da teoria egológica, desafiou Kelsen a citar um exemplo de relação intersubjetiva que estivesse fora do Direito. Kelsen respondeu: Oui, monsieur, l' amour. O Direito não regula sentimentos, mas as uniões que associam afeto a interesses comuns e que, ao terem relevância jurídica, merecem proteção legal, independentemente da orientação sexual do par. (DIAS, 2009, p. 129).

Desse modo, é plausível reconhecer que a violação ao princípio da afetividade, bem como ao direito de convivência familiar, garantido pela Constituição Federal configura ato ilícito, apto, por sua vez, a gerar dano. Uma vez que o desrespeito a um princípio configura ato ilícito, suscetível ao âmbito da Responsabilidade Civil, decorre pela responsabilização do autor do fato, aos danos causados ao ofendido.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

O conceito de responsabilidade civil é uma construção histórica, onde o dano causado pelo ilícito foi sempre combatido pelo Direito. Segundo a teoria clássica, a responsabilidade civil assenta-se em três pressupostos, sendo eles: o dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano. Nas lições de Maria Helena Diniz define-se a responsabilidade civil (2008, p. 34): “Como a aplicação das medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal”

Nos primórdios da humanidade não havia regras nem limites quanto a reação imediata e instintiva do ofendido, o fator culpa não existia. Dominava então, a vingança privada, posteriormente regulamentada como “olho por olho, dente por dente”. A diferença entre pena e a reparação do dano, entretanto, começou a ser traçado no tempo dos romanos com a distinção entre os delitos públicos e privados, onde o Estado assumiu apenas, a função de punir.

[...] assim a violação de um dever jurídico originário, configura um ilícito civil, que, quase sempre gera um prejuízo a alguém, decorrendo daí um novo dever jurídico, o de reparar o dano. Dessa forma a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 2).

O artigo 186 do Código Civil consagra uma regra aceita universalmente: de que aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Contudo, nos últimos tempos a responsabilidade civil vem ganhando terreno em várias áreas do Direito, sendo uma delas o Direito de Família. No decorrer do texto constitucional, é possível observar preceitos sobre a competência legislativa acerca da responsabilidade civil no âmbito familiar, levando em consideração os princípios constitucionais como sendo o fundamento material das normas de direito fundamental, é necessário analisar a valia dos mesmos para a tutela do direito de família.

[...] princípios são normas que dispõem a respeito de algo ser realizado o mais amplamente possível dentro das relativas possibilidades do direito e dos fatos. Princípios são, portanto, mandados de otimização com característica de poderem ser preenchidos em diferentes graus. A medida deste preenchimento depende não somente dos fatos como também das possibilidades abertas pelo direito. (DERANI, 2008, p. 44).

A partir dessa afirmação, é possível dizer que os princípios são a base do ordenamento jurídico. Diante desse cenário o primeiro princípio a ser analisado acerca do Direito de Família, é o princípio da proteção da dignidade humana constante no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, o que leva a elencar a proteção da família como instituição à tutela de dignidade de seus membros no que se refere ao desenvolvimento dos filhos.

No Direito De Família, o Princípio do respeito da dignidade da pessoa humana representa-se como mecanismo de manutenção e proteção à família e proteção à integridade dos membros desse grupo, a partir da condição de respeito e da manutenção dos direitos de personalidade. (VILAS-BÔAS, 2010, p. 40).

Nessa perspectiva, o artigo 227, caput, da Constituição Federal expõe os deveres da família, do Estado e da Sociedade perante a criança, jovem e adolescente, tais como, a garantia do direito à vida, saúde, alimentação, educação, liberdade, dignidade, convivência familiar, dentre outros. O que traz a importância de outro princípio de destaque que é do maior interesse da criança e do adolescente, complementados pelos artigos 1583 e 1584 do Código Civil e pela Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). A proteção integral está norteada na Convenção Universal do Direitos da Criança e do Adolescente, Lei nº 99.710/90 em seu artigo 3º: “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança”. Assim o interesse da criança se sobrepõe ao interesse dos pais, devendo-se buscar em primeiro lugar o bem-estar do menor, garantindo uma aprazível base familiar.

Vale enfatizar o princípio da igualdade entre os cônjuges, o que traz o artigo 226, § 5º da Constituição Federal, onde a família, base da sociedade tem proteção do estado, sendo os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal exercidos de forma igualitária, tanto pelo homem como pela mulher em regime democrático de colaboração, sendo deveres de ambos, assistência, sustento, guarda e educação dos filhos conforme exposto no artigo 1566, incisos III e IV do Código Civil. Podendo ainda em caso de divergência, qualquer dos cônjuges recorrer ao juízo que decidirá sobre determinados fatos levando em consideração os interesses de ambos.

[...] esse princípio diz respeito à paridade de direitos entre os cônjuges ou companheiros e entre os filhos, desaparecendo a hierarquia; a concepção patriarcal de família. Assim, há o reconhecimento legal da igualdade entre homens e mulheres no que diz respeito à sociedade conjugal ou convivência formada pelo casamento ou união estável (TARTUCE, 2011, p. 989).

Cumprido ressaltar que a responsabilidade civil no âmbito do Direito, é uma obrigação decorrente de assumir as consequências jurídicas de determinados fatos. Sendo esta, no Direito de família decorrente de um dano moral sem prejuízos de conteúdo pecuniário, como o caso da personalidade. Como afirma Araújo Júnior, o Estado, na preservação de sua sobrevivência, tem interesse primário em proteger a família, por meio de leis que lhe assegurem o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais (ARAÚJO JÚNIOR, 2012).

A possibilidade de caracterização de um ato ilícito, conforme as regras gerais dos artigos 186 e 187 do Código Civil em uma relação familiar, resta incontroversa. Ainda no que, tange a incidência da Responsabilidade Civil no Direito de Família, com o consequente dever de reparar os danos conforme artigo 927 do Código Civil.

Assim, prevalece a dúvida acerca do alcance da ilicitude nas relações de família, como em casos específicos, decorrentes da violação de deveres familiares em concreto, cito *abandono afetivo*. Nesse sentido, haverá um dever de indenizar em razão da violação de um dever imposto pela normal legal.

Sintetizando a polêmica, é possível afirmar que dúvida não há quanto à incidência das regras da responsabilidade civil nas relações familiares. A discussão, na verdade, cinge-se em saber se a violação de algum dever específico de Direito das Famílias, por si só, seria suficiente para ensejar o dever de indenizar que caracteriza a responsabilidade civil. Pois bem, a melhor solução parece sinalizar no sentido de que a violação pura e simples de algum dever jurídico familiar não é o suficiente para caracterizar o dever de indenizar, dependendo a incidência das regras de responsabilidade civil no âmbito do Direito das Famílias da efetiva prática de um ato ilícito, nos moldes dos artigos 186 e 187 do Código Civil. (AMARANTE, 2001, p. 35).

Desse modo, a aplicação das regras da responsabilidade civil na seara familiar depende da ocorrência do ato ilícito. Embora grande parte dos juristas entendam que a simples violação do afeto, não seja o suficiente para ensejar uma indenização por dano moral, conforme palavras de Luciano Chaves Farias:

Destarte, a falta de carinho, amor e de afeto são motivos mais do que justos e suficientes para o rompimento de um relacionamento. Não é razoável, nem harmônico, com a concepção moderna e constitucional da família querer o

Estado-juiz penalizar alguém pelo fim do afeto, pelo desamor... O Judiciário não deve (e nem pode) querer obrigar alguém a amar ou manter um relacionamento afetivo. É certo que nenhuma finalidade positiva será alcançada com a condenação em danos morais daquele que rompe a relação. Por estar pautada em sentimentos, uma relação pode vir a sofrer as consequências das oscilações de sentimentos, típicas da sociedade humana. Qualquer pessoa que inicie um relacionamento deve estar ciente de que os sentimentos podem não ser correspondidos, existindo vários riscos de decepções e frustrações. São riscos inerentes ao namoro, ao noivado, ao casamento, são os riscos da ruptura integral. (FARIAS, 2005, p. 22).

Sendo assim, conforme exposto acima, o autor exclui a violação do afeto como ato possível de ensejar dano moral. Contudo, deve-se observar que o princípio que rege as relações familiares é o princípio da afetividade. Ainda assim, o abandono afetivo não se caracteriza simplesmente pelo desamor ou falta de carinho, mas sim, quando da falta de convivência familiar, direito garantido pela Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) em seu artigo 19, in verbis:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (BRASIL, 1990).

Destarte, por se tratar de norma expressamente legal, sua violação caracteriza ato ilícito, passível de ser indenizável, uma vez que, além de violar um direito garantido a toda criança e adolescente, bem como um dever constitucional, tem por causar serias consequências ao desenvolvimento destes. Sendo, portanto, uma situação lesiva, devendo estar dentro dos parâmetros da Responsabilidade Civil.

2.1 ABANDONO AFETIVO COMO SITUAÇÃO LESIVA E SUAS CONSEQUÊNCIAS AO MENOR

O abandono afetivo como situação lesiva, consiste em omissão, seja ela pela falta de carinho, educação, cuidado, acompanhamento psicológico, assistência social, moral de criação dos pais. Levando a falta de base no seio familiar, a gerar sequelas e traumas o que tem suma importância no desenvolvimento saudável e formação de um ser humano, e por essas considerações é perceptível um sofrimento psicológico pelo distanciamento entre pais e filhos.

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

seu desenvolvimento saudável. A figura dos pais é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo, imperam ordem, disciplina, autoridade e limites (CANEZIN, 2006, p. 61).

Existem inúmeros debates acerca do Abandono Afetivo e por este ser um assunto de extrema relevância possuindo a atribuição de aferir maior responsabilidade a estes grupos. Nesse viés, é responsabilidade dos pais cuidar e assistir os filhos, haja vista que é o primeiro contato que o infante possui com o mundo. Devendo estes oferecerem ao menor, segurança, saúde, alimentação, convivência familiar, de modo a propiciar uma vida digna.

É cediço, que a falta de cuidado dos pais para com os filhos, bem como pelo não cumprimento aos deveres elencados no artigo 227 da Constituição Federal, agindo estes com indiferença, ocorre no abandono afetivo, que como garantia constitucional ao menor tem obrigação jurídica. Destarte, não se pode obrigar ninguém a amar outrem, contudo a relação paterno-filial, trata-se de compromisso e responsabilidade, o que independe de sentimento, sendo estes fonte de obrigação jurídica e geradora de direitos e deveres.

[...] Em razão de diversos equívocos cometidos, necessário é distinguir a afetividade, como valor jurídico, do afeto, como estado psicológico, como sentimento. Da mesma forma, no Direito das Obrigações a vontade como valor jurídico é a conscientemente externada, objetiva, no Direito de Família, não se confundem também o afeto, como sentimento, com a afetividade externa por comportamentos, por condutas objetivas. (IBDFAM, 2013, p. 178).

A afeição, o amor, os sentimentos como estado psíquico são inapreensíveis pelo direito. O afeto é conduta de foro íntimo, consiste em um elemento psicológico, valor que não pode ser regulado pelo direito, mas, apenas pelas normas morais. A teoria do afeto é externalizada pelas condutas objetivas de cuidado, solidariedade, exercício dos deveres de criar, educar e assistir, demonstradas na convivência familiar.

Cônjuges são, como o próprio nome diz, os que se sentem conjugados por uma origem ou destino de vida em comum. Nessa conjugação de vida, atua o afeto. O que define a família é uma espécie de afeto que- enquanto existe- conjuga intimamente duas ou mais pessoas para uma vida em comum. É o afeto que define uma entidade familiar. Mas não um afeto qualquer. [...] o que identifica a família é um afeto especial[...]. É o sentimento entre duas pessoas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diurno, em virtude

de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua feição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal. Mais conveniente seria chama-lo de afeto familiar. [...] um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas- de vivência, convivência e sobrevivência- quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam. (BARROS, 2004, p. 613).

Verifica-se que a família é, de um lado, uma condição que se inscreve em um grupo de indivíduos unidos por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida, e de outro, uma entidade estruturante de sujeitos que o formam. Assim, cumpre salientar, o conceito de convivência familiar, haja vista que este é um dos principais elementos para a caracterização do abandono afetivo. Ou seja, convivência “é o ato de conviver, conviver “é viver em comum”. Em contrapartida, tem-se que é através da convivência familiar que surge a figura do afeto, não restando dúvidas da importância da convivência familiar da criança ou adolescente com os pais.

[...] Não restam dúvidas quanto à importância do convívio familiar da criança ou adolescente com os pais, “o conviver que é basicamente afetivo, enriquecido com uma convivência mútua, alimenta o corpo, mas também cuida da alma, da moral, do psíquico. Estas são as prerrogativas do poder familiar e principalmente da delegação divina do amparo aos filhos” (SILVA, 2000, p. 123).

Nesse sentido, resta claro que o ato do abandono afetivo se traduz ao fato de não conviver, não prestar amparo aos filhos, não assistir em seu desenvolvimento, gerando uma falta grave, que tem como resultado severas consequências ao menor e seu desenvolvimento. O que como já elencado, é de extrema importância, visto que gera interferências na sociedade.

Nessa seara, o ato do abandono afetivo, está intimamente ligado com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consoante no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, sendo um dos princípios que norteiam o Direito de Família, estando intrinsecamente ligado aos direitos humanos, o que tem resultado no reconhecimento jurídico da igualdade, independente da origem. Ante ao exposto, a Constituição Federal, em seu Título II, integra a forma das categorias de direitos fundamentais, sem que um se contraponha a outro, com efeito de colocar a dignidade humana como um dos fundamentos da República, conferindo maior proteção a pessoa, vedando qualquer forma de discriminação.

[...] com fundamento na própria dignidade da pessoa humana, poder-se-á falar também em um direito fundamental de toda pessoa humana ser titular de direitos fundamentais que reconheçam, assegurem e promovam justamente a sua condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma comunidade. (SARLET, 2002, p. 97).

Dessa forma, a Constituição Federal elegeu valores sociais aos casos concretos para viabilizar o alcance da dignidade humana nas relações jurídicas, ultrapassando concepções, sendo um direito vivo em consonância com a realidade que vivemos. Rolf Madaleno, citando J.J Gomes Canotilho e David Pardo, leciona:

São direitos de todo e qualquer ser humano e não apenas de determinados grupos. São direitos de todos, atuando como alicerce e valor supremo da ordem jurídica democrática, já que no conteúdo de fundamental está embutida a ideia de situação jurídica essencial à realização da pessoa humana. Fundamentais são os direitos declarados em uma comunidade política organizada, para resguardar os princípios da liberdade, igualdade e dignidade humana. São direitos reconhecidos e positivados no ordenamento jurídico. (IBDFAM, 2013, p. 170-171).

Por isso deve-se preservar e proteger as pessoas que se encontram em situação de fragilidade e em processo de formação e amadurecimento, visto que tratam de direitos reconhecidos e positivados no ordenamento jurídico. Possuindo estreita relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, que são de prioridade absoluta. Nesse caso, assevera Rolf Madaleno, podem ser vítimas das mais variadas formas de agressão de cunho físico ou psicológico e por isso a vulnerabilidade é uma decorrência natural da dependência que eles têm dos adultos (2011, p. 52).

Isso significa que com o advento da Constituição Federal, mais precisamente em seu artigo 227, caput, conforme já citado acima, tem assegurada a proteção integral aos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Que se orienta pela ideia principal de que a criança e o adolescente, por estarem ainda em formação de suas personalidades, são sujeitos de direitos, e por isso possuem absoluta prioridade em todas as relações jurídicas. Assim, encontra-se a relevância de tomar a convivência familiar como princípio, no intuito de assegurar e proteger a relação afetiva. Isso ocorre, sobretudo no caso da prática de abandono afetivo, pois o Estado tem o dever de assegurar à assistência a família, entre elas a convivência familiar, conforme preceitua o artigo 226, §8º, combinado com o artigo 227 da Constituição Federal.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
 § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Com o intuito de assegurar a criança e o adolescente a garantia a convivência familiar a Lei nº 12.010/09 introduziu o “acolhimento” como novo paradigma de interpretação do direito fundamental à convivência familiar complementando com subsídios interdisciplinares. Em preferência à família natural (formada pelos pais e seus descendentes), a referida lei instituiu a família ampliada ou extensa, decorrente do parentesco próximo, contudo condicionada aos vínculos de afinidade e afetividade. Nesse sentido, conforme consoante no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 25, parágrafo único, in verbis:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (BRASIL, 1990).

Quando a família biológica ou a extensa não é capaz de suprir as necessidades da criança, em visão interdisciplinar deve-se inserir o direito ao cuidado como valor e princípio jurídico, refletindo um agir responsável.

Cuidar de uma criança em sentido maior é ajudá-la a crescer e se realizar. Não é um sentimento isolado ou relacionamento temporário, nem mesmo um cuidar de alguém, eventualmente. O cuidado envolve desenvolvimento e crescimento em confiança mútua, provocando uma profunda e qualificativa transformação no relacionamento. O outro ser é respeitado como ser independente, assim como são respeitadas as suas necessidades, as quais serão satisfeitas com devoção. (WALDOW, 2005, p. 129).

Portando, tratar a criança com afeto, de modo a propiciar uma convivência familiar digna com carinho e respeito serve de estímulo para seu desenvolvimento saudável, uma vez que lhe dá coragem e inspiração para um relacionamento pacífico com os que o cercam. Inafastável, dessa forma, o reconhecimento de que o caráter

normativo do princípio do melhor interesse da criança, oriundo da ratificação da mesma Convenção, o indica como regedor de toda a forma de tratamento à criança e ao adolescente. Luiz Edson Fachin refere-se ao princípio do melhor interesse da criança como:

Critério significativo na decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não mais apenas a instituição familiar em si mesma. (FACHIN, 1996, p.98).

Ou seja, os filhos passaram a ser a prioridade nas relações familiares e não mais apenas a instituição familiar em si. Outrossim, o artigo 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, elenca os direitos assegurados as crianças e adolescentes, sendo dever da família, do Estado e da sociedade assegurar esses direitos de forma absoluta. Ademais, a partir desse mesmo princípio, a criança e o adolescente têm direito a proteção, de modo, a permitir o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas. Não restando dúvidas do papel crucial do Estado em garantir esses direitos.

Diante disso, são inúmeros os julgados acerca do abandono afetivo e suas consequências ao menor, bem como a sua real obrigação e dever de indenizar, se tratando de um princípio/direito garantido, que por sua violação caracteriza-se ato ilícito, passível de dano moral.

2.2 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, JURISPRUDÊNCIA DO STJ E TJRS ACERCA DO ABANDONO AFETIVO COMO ATO LESIVO

As relações familiares como já elencado, tratam-se de uma série de direitos e deveres dos pais para com os filhos, devendo estes assegurar a saúde, segurança, alimentação, desenvolvimento, a convivência familiar de forma a propiciar uma vida digna. São inúmeros os casos que versam sobre as obrigações dos pais para com os filhos e que na falta de cumprimento destes, podem acarretar em abandono afetivo. Como pode ser demonstrado no julgado do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. PLEITO DE IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. DESCABIMENTO. GENITOR QUE NÃO APRESENTA CONDIÇÕES DE EXERCER O PODER

PARENTAL. SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL. PREVALÊNCIA DO MAIOR INTERESSE DA ADOLESCENTE. SENTENÇA MANTIDA. Caso dos autos em que a prova documental produzida evidência que o apelante não possui condições de exercer o poder familiar, sendo adequada a destituição do poder familiar determinada em sentença. **Adolescente em situação de abandono pela família, com ausência de vínculos afetivos com o pai e que manifestou o desejo de ser adotada por outra família. Necessidade de prevalência do melhor interesse da adolescente.** Apelação desprovida. (RIO GRANDE DO SUL, 2021).

O presente julgado trata-se da ruptura de vínculos jurídicos entre pai e filho, possibilitando que a criança seja colocada em família substituta, conforme previsto no artigo 155 e seguintes do ECA. Ainda assim, conclui-se que ambos os genitores não possuíam condições de cuidar da filha, uma vez que a criança sofria maus tratos, tendo a genitora histórico de prostituição e o genitor por deixar a menor aos cuidados de terceiros.

Nesse sentido, é possível perceber a necessidade de prevalência do maior interesse da criança e do adolescente, quando das causas de abandono afetivo. Uma vez que, através dessa violação é possível uma reavaliação do exercício do poder familiar, podendo gerar sua suspensão até mesmo extinção, como sanção pelo dano causado ao menor, bem como, proteção a este.

Ressalto por oportuno, conforme exposto no julgado acima, a adolescente manifesta vontade de ser adotada por família substituta, tendo em vista o abandono por parte da genitora e a inexistência de laços afetivos com o genitor. Observa-se que o abandono ocorre por ambos os genitores, desde a falta de afetividade até de assistência a menor, diante da decisão, tem-se que o maior interesse da menor prevalece de forma absoluta, sobreposto ao direito dos pais. Uma vez que, na falta de cumprimento destes, por negligência, acarreta em extinção do poder familiar.

Acerca desse tema, merece a observação do seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FALSIFICAÇÃO DE RECIBO PARA JUNTADA NA AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. **ABANDONO AFETIVO**. AUSÊNCIA PATERNA. DIREITO DE FAMÍLIA. COMPETÊNCIA DECLINADA. Tratando-se de apelação em processo onde o objeto do litígio é a indenização por danos morais em decorrência de **abandono afetivo**, em função da ausência paterna na criação da autora, bem como falsificação de recibo assinado pela filha (ora autora) para juntar no processo de execução de alimentos, matéria atinente ao direito de família, a competência para exame e julgamento do recurso é de das Câmaras que integram o 4º Grupo Cível, nos termos do artigo 19, inciso V, "a", do Regimento Interno deste Tribunal. Competência Declinada. (RIO GRANDE DO SUL, 2020a).

Trata-se de apelação onde o objeto do litígio é a indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo, em função da ausência paterna na criação da autora, bem como falsificação de recibo assinado pela filha para juntar no processo de execução de alimentos. Conforme já elencado, os danos causados pelo abandono afetivo são de extrema lesividade, gerando abalos psicológicos, uma vez que existe a necessidade de convivência com os pais de modo a propiciar um desenvolvimento saudável. O que, diante das alegações da autora, afirma que sempre passou por dificuldades, necessitando de ajuda de terceiros para sobreviver de forma digna, sendo a vida da autora revestida de sofrimentos psicológicos pela situação que o pai sempre lhe tratou, o qual deveria lhe amparar e ter uma relação de afeto, em virtude dos laços que os unem.

Nessa senda, resta cristalino os sentimentos e abalos sofridos pela autora do litígio, haja vista que, a ausência de afeto e cuidados do autor, interferiu em seu desenvolvimento, postulando por indenização em razão do dano sofrido. Frisando-se que o genitor nunca lhe aceitou como filha, tão pouco assistiu a mesma sob suas responsabilidades, deixando-a em completo abandono. O que cumpre mencionar o artigo 19, inciso V, do Estatuto da Criança e do adolescente, o qual expõe:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (BRASIL, 1990).

Diante do referido artigo, não restam dúvidas quanto da falta de cumprimento das obrigações do genitor, sendo direito de toda criança e adolescente ser criado e educado no seio de sua família, como forma de garantir o desenvolvimento integral e saudável. Desse modo, refere-se o julgado a seguir:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL, FAZENDO CONSTAR O NOME DO PAI BIOLÓGICO. CABIMENTO. PEDIDO INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA. DESCABIMENTO. 1. Considerando que é vinculante a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060/SC – Tema nº 622 da Repercussão Geral -, estabelecendo que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”, merece reparo a sentença, pois é imperiosa a declaração de filiação e a retificação dos assentos do registro civil, na forma pretendida pela autora, com a exclusão da paternidade registral. 2. O pedido de reparação **por** dano moral é juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico

pátrio, mas o seu reconhecimento exige extrema cautela e a apuração criteriosa dos fatos no âmbito do Direito de Família, e somente é cabível quando demonstrada conduta ilícita do genitor. 3. **O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo antes um fato da vida** e que, no caso, se justificou plenamente, pois ambos desconheciam a existência do liame biológico, já que a autora fora registrada e educada pelo marido da sua mãe, com quem mantém inequívoca vinculação socioafetiva, não havendo demonstração de qualquer conduta ilícita do pai biológico. Recurso provido, em parte. (RIO GRANDE DO SUL, 2020b).

É cediço, que a mera falta de afeto entre pais e filhos não constitui ato ilícito, uma vez que o reconhecimento do dano moral decorrente do abandono afetivo, deve ser apurado com extrema cautela. Assim, o presente julgado trata-se de investigação de paternidade cumulada com indenização por abandono afetivo, onde a autora alega ter sido criada por sua genitora e o marido, qual seja, seu pai registral, mas que a relação entre ambos sempre foi bastante superficial, expõe ainda que quando do falecimento de sua genitora, tomou conhecimento da existência de seu pai biológico decidindo procurar por este. Revela que este sabia da gravidez de sua genitora, mas se manteu omissivo, sem prestar qualquer auxílio, não demonstrando interesse em conviver com a mesma.

Nesse sentido conclui-se que, o dano moral é juridicamente possível, conforme elenca o artigo 186 do Código de Processo Civil, uma vez que decorre da prática de um ato ilícito violando o direito de outrem. Contudo, deve-se atentar, conforme já elucidado, o abandono afetivo não é reconhecido pela simples falta de afeto, haja vista que ninguém pode ser obrigado a amar, mesmo sendo uma relação filial. Assim, o abandono afetivo está presente, quando da falta de cumprimento dos deveres e obrigações dos pais, como o direito a convivência familiar, que tem por gerar severas consequências psicológicas ao menor, afetando seu desenvolvimento. O que não pode ser considerado no presente julgado, tendo em vista que o genitor desconhecia a existência do liame biológico, não sendo caracterizado ato ilícito, tão pouco situação de abandono. Situação diversa a observada no julgado seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ABANDONO AFETIVO. A sentença julgou procedente pedido para condenar o apelante, genitor, a indenizar dano moral à filha, por abandono afetivo. Embora a demonstração de que a apelada necessite tratamento por depressão, chegando a atentar contra a própria vida, os elementos dos autos são insuficientes para comprovar, com segurança e robustez, nexos de causalidade entre a conduta omissiva do genitor, quanto às visitas determinadas judicialmente, e os danos emocionais/psíquicos ou

sofrimento indenizável, nos termos dos arts. 186 e 927 do CCB. Apenas em situações excepcionais e com efetiva prova é que, na seara das relações familiares, se deve conceder reparação por dano extrapatrimonial, sob pena de excessiva patrimonialização das relações familiares. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2020c).

Este versa sobre ação indenizatória de abandono afetivo por parte do genitor, desde a época da dissolução da união estável entre os genitores. Alega a autora que o genitor constituiu nova família, deixando-a de lado, motivo este que a levou a desenvolver quadro de depressão, atentando contra a própria vida. Em sua defesa o genitor alega que seu quadro de saúde contribuiu para o afastamento, bem como pelas restrições impostas pela genitora para o convívio deste com a filha, não podendo ainda ser responsabilizado, uma vez que é impossível compelir a um pai ou mãe afeto em relação ao filho, cujo vínculo foi cortado. Em ato contínuo o entendimento foi favorável em relação ao pedido da autora, devido aos abalos morais sofridos pela infante.

Diante do presente julgado, tem-se expressamente caracterizado o abandono afetivo, haja vista que este, não se afere unicamente a existência do afeto do genitor em relação a autora, mas, em razão do não cumprimento a uns dos direitos garantidos a toda criança e adolescente, qual seja, a convivência familiar. A qual é de suma importância ao menor, uma vez que este baseia-se na relação familiar para tratar seu semelhante, sendo, portanto, dever da família e do Estado assegurar a toda criança e adolescente o direito a convivência familiar, tão importante quando o direito à vida, conforme expõe a Constituição Federal:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Em consonância, merece apreço o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ADOÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ABANDONO AFETIVO. CABIMENTO. EXAME DAS ESPECÍFICAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DA HIPÓTESE. CRIANÇA EM IDADE AVANÇADA E PAIS ADOTIVOS IDOSOS. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL QUE DEVE SER COMPATIBILIZADA COM O RISCO ACENTUADO DE INSUCESSO DA

ADOÇÃO. [...] PAPEL DO ESTADO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO DE ADOÇÃO. CONTROLE DO ÍMPETO DOS ADOTANTES. ZELO PELA RACIONALIDADE E EFICIÊNCIA DA POLÍTICA PÚBLICA DE ADOÇÃO. FALHA DAS ETAPAS DE VERIFICAÇÃO DA APTIDÃO DOS PAIS ADOTIVOS E DE CONTROLE DO BENEFÍCIO DA ADOÇÃO. FATO QUE NÃO ELIMINA A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS QUE PRATICARAM ATOS CONCRETOS E EFICAZES PARA DEVOLUÇÃO DA FILHA ADOTADA AO ACOLHIMENTO. CONDENAÇÃO DOS ADOTANTES A REPARAR OS DANOS MORAIS CAUSADOS À CRIANÇA. POSSIBILIDADE. CULPA CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. VALOR DOS DANOS MORAIS. FIXAÇÃO EM VALOR MÓDICO. OBSERVÂNCIA DO CONTEXTO FÁTICO. [...] POSSIBILIDADE. ROMPIMENTO DO PODER DE GESTÃO DA VIDA DO FILHO, MAS NÃO DO VÍNCULO DE PARENTESCO. MAIORIDADE CIVIL DA FILHA. FATO NOVO RELEVANTE. RETORNO DO PROCESSO AO TRIBUNAL COM DETERMINAÇÃO DE CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO BINÔMIO NECESSIDADE DA ALIMENTADA E POSSIBILIDADE DOS ALIMENTANTES.

1- Os propósitos recursais consistem em definir: (i) se é cabível a reparação por danos morais em decorrência do abandono afetivo dos pais adotivos em relação ao adotado e se estão configurados, na hipótese, os pressupostos autorizadores da responsabilidade civil; [...] 2- Para o exame do cabimento da reparação de danos morais pleiteada pela adotada ao fundamento de abandono afetivo dos pais adotivos, é imprescindível o exame do contexto em que se desenvolveram os fatos, que, na hipótese, revelaram que a criança foi adotada quando já possuía 09 anos, vinda de anterior destituição de poder familiar e de considerável período de acolhimento institucional, por um casal de idosos de 55 e 85 anos e que já possuía um filho biológico de 30 anos ao tempo da adoção. [...] 4- Conquanto o gesto de quem se propõe a adotar uma criança de avançada idade e com conhecido histórico de traumas seja nobilíssimo, permeado de ótimas intenções e reafirme a importância da política pública e social de adoção, não se pode olvidar que o ato de adotar, que não deve ser temido, deve ser norteado pela ponderação, pela convicção e pela razão, tendo em vistas as suas inúmeras consequências aos adotantes e ao adotado.

5- No processo de adoção, o papel do Estado e do Ministério Público é de extrema relevância, pois às instituições cabe, por meio dos assistentes sociais, psicólogos, julgadores e promotores, controlar o eventual ímpeto dos pretensos adotantes, conferindo maior racionalidade e eficiência à política pública de adoção, o que efetivamente ocorre na grande maioria das situações. [...] 8- Na hipótese, fiel aos fatos apurados e às provas produzidas nas instâncias ordinárias, é possível inferir a existência de dano moral à criança em decorrência dos atos praticados pelos pais adotivos que culminaram com a sua reinserção no sistema de acolhimento institucional após a adoção, de modo que a falha estatal no processo de adoção deve ser levada em consideração tão somente para aferir o grau de culpa dos pais, mas não para excluir a responsabilização civil destes.

10- Considerada a parcela de responsabilidade dos pais adotivos, arbitra-se a condenação a título de danos morais em R\$ 5.000,00, corrigidos monetariamente a partir da data do arbitramento na forma da Súmula 362/STJ, valor que, conquanto módico, considera o contexto acima mencionado de modo a equilibrar a tensão existente entre o direito à indenização da filha e o grau de culpa dos pais, bem como de modo a não comprometer a eficácia da política pública de adoção. [...] 13- Recurso especial conhecido e provido, a fim de: (i) restabelecer a sentença que julgou procedente o pedido, mas arbitrando em R\$ 5.000,00 a condenação a título de reparação de danos morais, corrigidos monetariamente a partir da data do presente arbitramento; (ii) determinar o retorno do processo ao Tribunal, com determinação de conversão do julgamento da apelação em diligência,

para investigar a necessidade da alimentada e as possibilidades dos alimentantes. (BRASIL,2021).

Acerca do tema abordado no julgado acima, tem-se situação de abandono afetivo caracterizado quando da adoção de criança com idade mais avançada, qual seja, 9 (nove) anos de idade e sua devolução ao lar acolhedor. Nesse sentido, restou caracterizado o abandono, uma vez que a formação de uma família a partir da adoção de uma criança é um ato que exige, dos pais adotivos, elevado senso de responsabilidade, diante da necessidade de considerar a vida pregressa da criança.

Ademais, é responsabilidade do Estado, por meio de assistentes sociais, averiguar as situações favoráveis as crianças em situação de adoção, antes que estas sejam colocadas em novas famílias, haja vista que, o sofrimento de uma criança é ainda maior quando esta passa pela fase da adoção e é novamente devolvida ao lar acolhedor. Assim, o Estado deve zelar pelo bem-estar de toda criança e adolescente, de forma a assegurar os direitos a estes garantidos, tendo em vista que o princípio da afetividade é o princípio base das relações familiares, onde a família formada por laços afetivos (adoção) deve ser considerada pelo Estado, entidade familiar como qualquer outra, devendo aplicar sanções quando da falta de cumprimento dos deveres e obrigações dos pais adotivos. De modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de prover as necessidades dos filhos e de guardá-los, não sejam configurados como dano moral indenizável.

O último julgado a ser observado acerca do tema, é do Superior Tribunal de Justiça, o qual abarca sobre a possibilidade de indenização, quando da falta de afeto:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 do CPC/73) - AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - RECONVENÇÃO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DO REQUERIDO/RECONVINTE.

1. Não se pode conhecer da apontada violação do art. 535 do CPC/73, pois as alegações que a fundamentaram são genéricas, sem discriminação dos pontos efetivamente omissos, contraditórios ou obscuros sobre os quais tenha incorrido o acórdão impugnado. Incide, no caso, por analogia, a Súmula 284/STF. Precedentes.

2. Este Superior Tribunal de Justiça já afirmou entendimento no sentido de não ser possível falar em abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade. 2.1. "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." (REsp 1579021/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017). 2.2. A revisão do entendimento da Corte de origem quanto ao cumprimento

dos deveres da paternidade pelo recorrido, com o afastamento do abandono afetivo na espécie, somente seria possível mediante o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que não se permite na via estreita do recurso especial por força da Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno desprovido. (BRASIL, 2018).

O autor pleiteia reconhecimento de paternidade em face do genitor, bem como a reparação pecuniária em decorrência do abandono afetivo, uma vez que ocorreu na falta de afetividade no âmbito familiar. Cumpre salientar que o ordenamento jurídico, via de regra, não prevê a obrigatoriedade de sentimentos dos pais aos seus filhos, além de que um pai condenado a indenizar o filho, por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontra barreiras para reconstruir um relacionamento. O Superior Tribunal de Justiça, julgou improcedente o pedido do autor, uma vez que o genitor não pode ser condenado a tal reparação, haja vista que antes da confirmação da paternidade, este não detinha de tal responsabilidade. Nesse sentido, a possibilidade de reparação pecuniária, exige uma demonstração de ilícito civil, ou seja, é necessário que o genitor, o qual incorreu para o abandono afetivo tenha faltado nos deveres atribuídos aos pais, para que seja possível a reparação.

2.3 REPARAÇÃO PECUNIÁRIA NAS RELAÇÕES FAMILIARES E A EFETIVA INDENIZAÇÃO PELO DANO SOFRIDO

É um tópico a ser observado com extrema cautela, visto que para muitos casos não há outro remédio do que o dinheiro. Mas no que tange as relações afetivas o dinheiro não pode substituir o afeto nem mesmo comprá-lo. Tal espécie de atuação se mostra relevante quando comparada a outras espécies de relações, como exemplo a ilicitude contratual, nesse caso a relação entre autor e réu é possível de encerramento mediante indenização monetária ao contrário do Direito de Família, não existe “o preço do afeto”.

Por vezes a técnica jurídica se encerra, porém o dano com a compensação monetária persiste, ocasionando maiores danos de mesma natureza, podendo ainda perdurar pela vida inteira da vítima. Nesse sentido o Poder Judiciário deixa de exercer um papel primordial que seria zelar por especificações de conduta, com o intuito de reconstruir a relação familiar de modo a evitar que o dano persista.

Com isso é possível a aplicação da Responsabilidade Civil visando a solução de conflitos, devendo esta passar por adaptações, sendo uma delas o afastamento da reparação pecuniária como um meio exclusivo de reparação do dano sofrido.

Embora nem todo dano cause prejuízo na órbita patrimonial, o ressarcimento ocorre em pecúnia. Bem por isso, Eduardo Zanoni (El Daño em la Responsabilidad Civil, p.22) expõe de forma clara que existem danos cujo conteúdo não é dinheiro, senão a dor, o espanto, a emoção, a afronta, a aflição física ou moral e, em geral, uma sensação dolorosa experimentada pelas pessoas atribuído à palavra dor seu extenso significado. Estamos no umbral do dano moral, que, apesar de ser traduzido em ressarcimento pecuniário, não afeta valores econômicos. (SANTOS, 2001, p.77).

A evolução das primeiras noções de dano, decorreram da sua distinção entre patrimonial e extrapatrimonial, ou moral. Uma vez que os danos de natureza moral, são prejuízos insuscetíveis de reposição. Assim tem-se claro que o dano material atinge a pessoa no que ela tem, ao passo que o dano moral, no que ela é. O bem jurídico atingido é a própria pessoa da vítima, seus valores, afeta sentimentos, vulnera afeições e rompe o equilíbrio, produzindo angústia, humilhação e dor. Para Roberto H. Brebbia, dano moral é a ofensa aos direitos da personalidade, dos quais decorrem todos os direitos da pessoa humana.

Assim, permite-se esclarecer que a evolução do reconhecimento do dano moral, ocorreu por força natural da afirmação dos valores imateriais da pessoa humana. Nesse mesmo sentido, tem-se que o dano moral para a maioria dos doutrinadores possui dupla natureza jurídica: compensatória e punitiva. As quais possuem, a finalidade compensatória, no intuito de satisfazer a vítima em decorrência do ato lesivo e, punitiva com o objetivo de reprimir sua ocorrência.

Fundamentalmente, a responsabilidade civil pelo dano moral está concentrada na convergência dessas duas forças: “caráter punitivo” para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o “caráter compensatório” para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido. (PEREIRA, 1997, p.55).

É importante frisar, que se trata de uma pena de natureza privada, uma vez que busca a compensação dos sentimentos provocados pelo dano moral. Visando compensar a perda, com o intuito de proporcionar a vítima uma satisfação a ofensa causada, assim como, impondo ao causador do dano uma responsabilização, com o objetivo principal de prevenir a repetição de condutas lesivas.

[...] mesmo reconhecendo o caráter “punitivo” da indenização imposta ao causador do dano moral, razões de ordem ética, impondo o seu acolhimento com adequações e moderação, porque a competência para reprimir condutas, originariamente, é do direito público, por meio do direito penal, não

do direito privado, no caso, pela responsabilidade civil. Desvirtuar-se-ia, assim, a responsabilização civil, segundo o autor, “impregnando-a de um cunho repressivo exorbitante e incompatível com a sua natureza privada e reparativa apenas da lesão individual. (THEODORO JÚNIOR, 1999, p.38).

Nessa senda, Sérgio Cavalieri Filho entende que a reparação por dano moral, está conjugada a duas concausas, quais sejam, a punição ao infrator e pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, mas o meio para conseguir uma satisfação de ordem intelectual, moral ou até mesmo material (1966, p.79). Ou seja, busca-se a reparação pecuniária, com o intuito de punir o causador do dano e, ao mesmo tempo como uma forma de compensação, haja vista que o dano moral não é suscetível de substituição, tão pouco equiparação.

Nesse mesmo sentido, a responsabilidade por danos, nas relações familiares, possui função residual. Seu efeito é indireto, sendo regido pelas regras comuns da responsabilidade, uma vez que não busca a dissolução da relação familiar, mas, a responsabilidade civil dos pais pelos danos causados a seus filhos, uma vez que encontra respaldo no direito das obrigações, consoante no Código Civil.

[...] Ressarcimento é o pagamento de todo o prejuízo material sofrido, abrangendo o dano emergente e os lucros cessantes, o principal e os acréscimos que lhe adviriam com o tempo e com o emprego da coisa. Reparação é a compensação pelo dano moral a dor sofrida pela vítima. E a indenização é reservada para a compensação do dano decorrente de ato lícito do Estado, lesivo do particular, como ocorre nas desapropriações. (GONÇALVES, 2008, p. 89).

Assim, o problema da responsabilidade nas relações de afeto, do ponto de vista da ordem moral e jurídica, ainda com relação aos filhos, está limitado a ressignificação do poder familiar, como autoridade parental, uma vez que este deixou de ser apenas um conjunto de competências, passando a possuir finalidade de potencialização dos filhos. Tradicionalmente, um dos requisitos dessa potencialização, é a convivência familiar, sendo esta direito e dever de contato e convívio de cada pessoa com seu grupo familiar, e na falta desta, incorrendo no abandono afetivo, que como já elucidado, configura-se ato ilícito, passível de ser indenizável.

[...] a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente,

para o resto de sua vida. Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes. (CANEZIN, 2006, p. 60).

No que tange à responsabilidade civil relativa a esse abandono, Arnaldo Rizzardo expõe que, por serem irreparáveis e repercutirem vida afora, os prejuízos e frustrações que dele decorrem ensejam indenização pelo dano moral que se abate sobre o filho. Ou seja, entende-se que além de ser cabível a indenização para a reparação do dano, deve haver uma punição para o agente causador, na medida em que este deve ser capaz de desfazer comportamentos dessa natureza, com a finalidade de que o genitor que teve de reparar tal omissão, como o abandono, não repetirá em relação a outros.

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem danos. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco-proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem danos, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou dolosa. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 71).

Dessa forma, é possível citar diversas passagens no Estatuto da Criança e do Adolescente em cujos artigos está consignada a proteção imaterial do menor, como no caso dos artigos 3º e 5º ao mencionarem que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, como instrumentos de desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, em condições de liberdade e dignidade, não podendo qualquer criança ou adolescente ser objeto de qualquer negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punida qualquer dessas atividades ilícitas de violação aos direitos fundamentais.

“Ao aludir à violação a um direito não está limitado a reparação ao caso de dano material apenas. Não importa que os redatores do Código não hajam assim pensado. A lei, uma vez elaborada, desprende-se da pessoa dos que a redigiram. A ideia de interpretação histórica está cada dia menos autorizada. O que prevalece é o conteúdo social da lei, cuja hermenêutica acompanha a evolução da sociedade e de suas injunções. (LINDB, art. 5º).

Logo, é possível uma reparação indenizável por danos morais, decorrente de abandono afetivo, pelo descumprimento intencional dos genitores no que diz respeito a convivência familiar. Tendo em vista o efeito danoso e pelo fato do prejudicado

(filho), merecer um amparo jurídico com o objetivo de satisfação moral, como também assistência psicológica.

[...] quando se passou a aceitar a compensabilidade dos danos extrapatrimoniais, percebeu-se estar presente ali, também a ideia de uma função punitiva de responsabilidade civil. E é bem verdade, para a vítima, o pagamento de uma quantia pelo autor representa “uma forma estilizada e civilizada de vingança, pois no imaginário popular, está-se também a punir o ofensor pelo mal causado. (FACCHINI NETO, 2008, p.163).

Entende-se que é válida a indenização monetária como um método de assistência psicológica e satisfação moral, contudo não deve ser tratada como um meio exclusivo de reparação do dano sofrido. Uma vez que, não existe uma capitalização do afeto, e é essencial compreender, o que se busca não é um enriquecimento pelo acréscimo devido, amar não é um dever ou direito no seio jurídico, a ilicitude não está na falta de amor. Mas o abandono do filho de forma voluntária e injustificada, configura violação do dever de se ter o filho em companhia o que fere o direito do filho a convivência familiar, onde reside a ação ou omissão, um dos requisitos da responsabilidade civil.

CONCLUSÃO

Ao longo da história, as famílias são vistas como órgãos estruturais de toda e qualquer sociedade, pois, são nelas que, do princípio ao fim, se guiam todas as vidas humanas na busca pelos direitos da personalidade. Nesse sentido, passa-se a compreender a posse do estado de filho, ou filiação, qual seja, a relação de parentesco que se estabelece. Logo a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreende um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Assim, o cargo do poder familiar, bem como os princípios formados a respeito dos direitos e deveres, ou seja, os atributos aos pais ao exercício do poder e falta do mesmo. Trata-se do abandono afetivo e suas principais características e consequências no âmbito jurídico. Ademais, tem-se a possibilidade de aplicação da Responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família como forma de reger essas relações.

Por ser um tema de extrema relevância, compreende-se de modo o conjunto de pessoas unidas torna-se entidade familiar, portadora de direitos e deveres, os quais passam por adaptações de acordo com a evolução da sociedade. Passando de um modelo patriarcal, regulado pelo pátrio poder (homem), cuja formação se dava exclusivamente pelo casamento, para um organismo mais amplo, reconhecendo a diversidade na formação das novas entidades familiares sob a ótica do Princípio da Afetividade e como este tornou a base as relações familiares.

Dessa forma, o Princípio da Afetividade previsto na Constituição Federal assegura a toda criança e adolescente o direito a convivência familiar, bem como o afeto como aspecto intrínseco e inerente ao ser humano. É cediço, que não se pode quantificar ou mensurar o afeto nas relações familiares, haja vista que a obrigação jurídica não está no sentimento de um em relação a outrem, visto que, não se pode obrigar ninguém a amar. Nessa senda, reconhece a obrigação, quando da falta de cumprimento dos direitos e deveres atribuídos dos pais, em relação aos filhos, seja a entidade familiar formada por vínculos consanguíneos (biológico) ou por laços afetivos (adoção).

Destarte, é necessária a compreensão desse instituto diante da Responsabilidade Civil, uma vez que a partir do momento em que se constitui entidade familiar, sendo esta portadora de direitos e deveres, passa a possuir

obrigações em relação aos filhos, as quais na falta de cumprimento, tal como o direito a convivência familiar, acarretam em abandono afetivo, gerando consequências no desenvolvimento da criança. Haja vista que conforme elencado no artigo 227 da Constituição Federal, é dever da Família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. Desse modo, uma vez garantido na Constituição Federal, a falta de cumprimento gera ato ilícito, uma vez que fere os direitos causando danos a outrem, qual seja o filho, devendo ser reparado.

Portanto, adota-se o posicionamento no sentido de que é possível a reparação pecuniária em face do abandono afetivo do filho, tendo em vista que o lesionado sempre merece um amparo jurídico o que, apesar de parcela dos doutrinadores entenderem que “a dor não tem preço”, deve-se observar que a solução para casos desse tipo não abarca a equivalência em dinheiro, mas a exigibilidade de algo, para satisfação moral e psicológica do ofendido e responsabilização do causador do dano.

Assim, sugere-se do poder judiciário a adoção de uma postura de jurisdição efetivamente social, sem que isso, contudo, represente violação aos direitos individuais garantidos constitucionalmente. A essência da atividade jurisdicional reside no poder de julgar, sendo necessário que este assumo seu papel de cunho pedagógico com o intuito de zelar por especificações de conduta, de modo a garantir que danos da mesma natureza não se repitam.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Cleudino de. *Prática no Direito de Família*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012. p. 2-3.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família: dos fundamentos aos operacionais**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 613.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BIBLIOGRAFIA: TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Vol.5. 7ª edição. São Paulo: Editora Método.

BRASIL. Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf>. Acesso em: 17 setembro. 2020.

BREBBIA, Rober H. **Instituciones de derecho civil**. Rosário: Editorial Juris, 1997, tomo II, p. 73.

CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em 23 de abril de 2021.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial**. In: BBREITTMANN, Stella Galbinski; STREY, Marlene Neves. *Gênero emediação familiar: uma interface teórica*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, ano VIII, n. 36, jun-jul. 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade Civil**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente**. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 19-23.

DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 2010, p. 68-69

_____, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Edição revista, atualizada e ampliada-2009, p. 34.

_____, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 408.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v.5: direito de família**. – 19. Ed. Ver., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. – São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Direito civil: famílias**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Em nome do pai. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 585-604.

_____, Luiz Edson. **Elementos críticos de Direito de Família**, cit., 1999, p. 11.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 4v, p. 360.

GOMES. Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, p. 147

JARDIM, Camila Jaime de Moraes. **Dano moral decorrente de abandono afetivo**. Brasília/DF: Universidade Católica de Brasília, 2010.

JUSTIÇA, **Superior Tribunal**. Jurisprudências. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 15 de junho de 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. “**Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus**”. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família e cidadania. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002, p. 95.

_____, Paulo Luiz Neto. A Repersonalização das Relações de Família. In: **Direito de Família Contemporâneo e os novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006.

_____, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado. **Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial** (Coordenador Álvaro Villaça Azevedo). São Paulo: Atlas S.A., 2003, p. 40. v. XVI.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de direito de família**, 1ª ed., Barueri-SP, Manole, 2009;

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. – Barueri, SP: Manole, 2003.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____, Rolf. **O preço do afeto**. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da Alienação parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Acesso em 21 de setembro de 2020

MORGAN, Lewis Henry. **A sociedade antiga**. 1877.

NETO, Eugênio Facchini. **Da Responsabilidade Civil no Novo Código**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 8, nº 706, 23 de janeiro de 2008. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/69-artigos-jan2008/6141-da-responsabilidade-civil-no-novo-codigo>. Acesso em: 16 de maio de 2021.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. **Nem só de pão vive o homem**. Sociedade e Estado. Brasília, v. 21, n. 3, 2006, p. 1.

_____, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Orientadores do Direito de Família**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva.

_____. Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. In: *Responsabilidade civil no direito de família*. Coord. Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015, p. 401.

_____, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade Civil por abandono afetivo**. In: *Responsabilidade Civil no Direito de Família*, ob. cit., p. 406.

_____, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 54-55.

_____, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas: teoria sociojurídica do direito de família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**, p. 925. 1.724: Código Civil Brasileiro, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 70084878685**. Tribunal de Justiça (Oitava Câmara Cível), Relator: José Antônio Dalto e Cezar, Julgado em: 11-03-2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 5 de junho de 2021.

_____. **Apelação Cível, Nº 70083790956**, Tribunal de Justiça (Quinta Câmara Cível), Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em: 17-09-2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 5 de junho de 2021.

_____. **Apelação Cível, Nº 70082497231**, Tribunal de Justiça (Sétima Câmara Cível), Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 30-07-2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 5 de junho de 2021.

_____. **Apelação Cível, Nº 70083174474**, Tribunal de Justiça (Oitava Câmara Cível), Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 23-04-2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 5 de junho de 2021.

_____. **REsp 1698728/MS**, Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/05/2021, DJe 13/05/2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1207027719/recurso-especial-resp-1698728-ms-2017-0155097-5/inteiro-teor-1207027776>. Acesso em: 5 de junho de 2021.

_____. **AgInt no AREsp 492.243/SP**, Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/590379121/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-arep-492243-sp-2014-0065381-8/relatorio-e-voto-590379148>. Acesso em: 5 de junho de 2021.

ROSA, Paulino Conrado. **Curso de Direito de Família contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2019, p. 22.

SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**, 3ª ed. São Paulo: Método, 2001, p.77.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 97.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Família & sucessões**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Jose Afonso da. “**A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**” In: Revista de Direito Administrativo, vol. 212 (abril/junho, 1998), p.89.

TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Artigo publicado na Revista Consulex nº. 378, de 15 de outubro de 2012, páginas 28 e 29 (Ano XVI, Brasília, DF). Matéria de capa: Direito de Família e Afetividade no Século XXI.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p.38.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: **direito de família**. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2005.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A importância dos Princípios Específicos do Direito das Famílias**, 2010, p.40.

WALDOW, Vera Regina, ob. cit., 2005. p. 129.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira, cf. **Os novos paradigmas da família contemporânea**, cit., 2001, p. 17)