



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD



ANDERSON DIEGO MARINHO DA SILVA

**VITÓRIA OU DERROTA DO AFETO: DISCUSSÕES POSSÍVEIS SOBRE A
CONTEMPORÂNEA CORRELAÇÃO ENTRE O ABANDONO AFETIVO E O
DEVER DE INDENIZAR DECORRENTE DAS RELAÇÕES MULTIPARENTAIS**

SOUSA/PB

2018

ANDERSON DIEGO MARINHO DA SILVA

**VITÓRIA OU DERROTA DO AFETO: DISCUSSÕES POSSÍVEIS SOBRE A
CONTEMPORÂNEA CORRELAÇÃO ENTRE O ABANDONO AFETIVO E O
DEVER DE INDENIZAR DECORRENTE DAS RELAÇÕES MULTIPARENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada após integralização curricular, sob a orientação da Prof^a. Me. Emília Paranhos Santos Marcelino.

SOUSA/PB

2018

ANDERSON DIEGO MARINHO DA SILVA

**VITÓRIA OU DERROTA DO AFETO: DISCUSSÕES POSSÍVEIS SOBRE A
CONTEMPORÂNEA CORRELAÇÃO ENTRE O ABANDONO AFETIVO E O
DEVER DE INDENIZAR DECORRENTE DAS RELAÇÕES MULTIPARENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada após integralização curricular, sob a orientação da Prof^a. Me. Emília Paranhos Santos Marcelino.

Data de aprovação: 05 de dezembro de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

Me. Emília Paranhos Santos Marcelino
Orientadora

Me. Carla Rocha Pordeus
Avaliadora

Msc. Carla Pedrosa de Figueiredo
Avaliadora

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho a Deus, pois, sem ele, jamais teria sonhado viver os seus planos pra minha vida como foram, sempre esteve comigo em todos os momentos, e quando pensava estar só e sem forças, sua presença renovava a sua promessa em minha vida. A Ele, toda honra, d'Ele toda glória.

AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, pela proteção constante e incansável. Pelo sustento, realizações e pela graça que me fez vencer. Tudo que sou, sempre será pra ti ó senhor.

Aos meus pais Francisco e Maria (Bilia e Tica), pelas demonstrações de cuidado e amor infinitos. Por sonharem comigo, se doarem em silêncio, sofrerem e alegrarem-se nas mesmas dimensões que as minhas. Vocês são meus maiores orgulhos, meus maiores incentivadores, minhas estrelas de ouro. É por vocês.

Aos meus irmãos, Andresa, José Douglas, Diogo e Denise, por estarem sempre comigo, e, pelas preocupações. A vocês a mudança e esperança, por vocês valerá a pena. Também, agradeço a Deus pelas vidas de Alícia e Letício Júnior, que manifestaram amor e transbordaram meu coração em momentos de saudade.

A minha tia Ivoneide (Neidinha), que sempre esteve cuidando de mim em oração, jamais desistiu dos meus sonhos, e sempre me incentivou como minha segunda mãe. Deus sabe o quão feliz sou por ter em um coração tão puro, uma morada de amor. Em especial, agradeço ainda, aos meus primos Samuel e Tiago, irmãos de vida, por quem também espero o melhor, por acreditarem sempre e pelos incentivos.

Ao meu tio Antônio (*in memoriam*) e sua esposa Dinda, por cuidarem de mim no começo de tudo, por cederem sua casa para as poucas horas de descanso que tinha ao retornar de Serra Talhada. Pelas preocupações, e pelos sinceros abraços, vocês foram muito importantes, MUITO!

Agradeço ainda, a Cecília e Emília Paranhos, pelo espaço que me concederam em seus corações. Minha trajetória em Sousa só foi possível graças ao carinho de mãe que senti em cada uma de vocês. As lições de família que aprendi com vocês tornaram um lar de afeto. Estarei sempre presente, prometo.

Ao Menino Legal, o projeto de extensão que me fez entender e afeiçoar o meu amadurecimento profissional, as lições de humanidade e justiça seguirão como sementes de fé. Sempre em constante evolução.

Ao Grupo Verde (Chapa 2) pela oportunidade de vivenciar um dos momentos mais importantes da minha trajetória acadêmica, pela luta incansável na representatividade estudantil, pela vitória em 2016, e, finalmente, pelas grandes amizades que fiz. Somos pares. Sempre em frente meus verdinhos.

A Suzana Lara, Joyce Nogueira, Eloisa Técia e Jéssica Yohara, por cuidarem de mim quando precisei, e por dividir e tolerar meus piores momentos. Se saísse daqui sem o diploma, não teria importância alguma, mas sem vocês, não teria sentido algum. Vocês tem morada em meu coração (eternamente).

Ao meu amigo Renato, da infância até hoje, pela confiança e torcida. Obrigado pelos momentos em que dividimos preocupações, e pelos estímulos ao melhor. Você também é motivo de muito orgulho pra mim.

A minha prima Solange Félix, pelo cuidado incontestado, amor e confiança. Sua torcida em muito justifica o que é ser família e ter abrigo em outro coração. Te amo Nega.

Aos meus amigos da residência universitária, por todos, Cleverton Ramos, José Junior, André Furtado, Paulo Sérgio, Márcio Fagner, Rivaldo, Dominique, Everton e Fabrício Melquiades. Compartilhamos os momentos mais difíceis, vivenciamos a necessidade de perto, e jamais desistimos. Aos que ficam, CORAGEM, superem o medo e o receio, vocês podem.

A UFCG, em Sousa, pelo acolhimento e pelas angústias. Sobrevivi ao caos que é o ensino superior no Brasil, em especial, no alto sertão da Paraíba. Aqui travei minhas batalhas mais dolorosas e longas. Construí o que sou hoje da maneira mais difícil, sozinho. Ao mar de lobos, sobrevivi.

EPÍGRAFE

“Não se fala, portanto, na impossível obrigação de amar, mas sim no impostergável dever de cuidar.”

Ministro Marco Buzzi

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF	Constituição Federal
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente

RESUMO

A contemporaneidade é o cenário mais propício para as discussões que envolvem o direito de família, seja no tocante ao envolvimento afetivo dos pais que, ao quebrarem o laço marital com o cônjuge/companheiro, também se afastam dos filhos sob a guarda do outro cônjuge, fazendo surgir o fenômeno chamado de abandono afetivo. Argumenta-se, no mesmo sentido, se, mesmo que sejam cumpridas as obrigações financeiras de alimentar e prover sustento material, os filhos que crescem sem o afeto de um dos pais, ou de ambos, sofre danos decorrentes dessa atitude. Como consequência, também se discute se os pais que abandonam os seus filhos podem ser responsabilizados de alguma forma pela sua omissão, uma vez que estariam descumprindo o dever de afeto, de carinho, de amparo. Nessa perspectiva, o objetivo geral do presente trabalho é demonstrar a possibilidade jurídica da responsabilização dos pais pelo abandono afetivo dos filhos. O estudo se justifica pela relevância dos direitos fundamentais garantidos prioritariamente a criança e ao adolescente. Como também, pela obrigação da família, da sociedade e do Estado em assegurar-los. Para se atingir os objetivos, foi realizado estudo bibliográfico, através de pesquisas em artigos científicos e eletrônicos, livros, revistas, decisões judiciais e publicações na imprensa escrita e nos sítios de tribunais que abordem direta ou indiretamente o tema em análise. Buscou-se subsidiar o trabalho na Constituição Federal, na legislação infraconstitucional, na doutrina e na jurisprudência com o intuito de auxiliar num entendimento positivo de haver a possibilidade de responsabilizar os pais por abandono efetivo quando das recentes e importantes constituições familiares em base no afeto. Utilizou-se o método comparativo para analisar as divergências ou convergências entre os diversos posicionamentos levantados e as correntes existentes, identificando o pensamento de cada autor ou jurista em relação ao tema abordado, em especial nas proposições discutidas pelos Tribunais Superiores Brasileiros. Também foi utilizado o método dedutivo para, a partir dos efeitos sociais alcançados e da problemática que possa surgir diante das barreiras no sistema Democrático de Direito, permitir a construção da posição jurídica sobre a possibilidade indenizar em razão do abandono afetivo nas relações multiparentais.

PALAVRAS-CHAVE: Multiparentalidade. Afeto. Família.

ABSTRACT

Contemporaneity is the most conducive setting for discussions involving family law, whether regarding the relationships of parents, to break the marital bond with the spouse/partner, also from the children in the custody of the other spouse, making the phenomenon called emotional abandonment. It discusses, in the same direction, that being fulfilled its financial obligations to feed and provide material sustenance, the children who grow up without the affection of a parent, or both, suffers damage as a result of this attitude. As a consequence, also discusses whether parents who abandon their children be liable in any way for your failure to act, since it would be disregarding the duty of affection, warmth, comfort. In this perspective, the overall objective of this study is to demonstrate the possibility of legal liability of parents for their children's affective abandonment. The study is justified by the relevance of the fundamental rights guaranteed to children and adolescents as a priority. Also, the obligation of the family, of society and of the State to ensure them. In order to achieve the objectives, bibliographical study was carried out, through research in scientific articles and electronics, books, magazines, judgments and in print publications and on websites of courts addressing directly or indirectly the topic under consideration. Sought to subsidize the work in infraconstitutional legislation Federal Constitution, doctrine and jurisprudence in order to assist in an understanding of the possibility of blaming the parents for effective abandonment when the recent and important family constitutions based on affection. We used the comparative method to analyze the differences or similarities between the various positions and existing currents, identifying the thinking of each author or lawyer in relation to the subject, in particular on the propositions discussed by higher courts. Was also used the deductive method to, from the social effects achieved and problems that may arise on the barriers in the Democratic system of law, allow the construction of the legal position regarding the possibility to indemnify the emotional abandonment multiparentais relations.

KEY-WORDS: Multiparentality. Afect. Family.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	PASSADO E PRESENTE: A FAMÍLIA EM SUAS CONCEPÇÕES SOCIAIS.....	15
2.1	O DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE FAMÍLIA	16
2.2	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INERENTES A MULTIPARENTALIDADE.....	20
2.3	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	22
2.3.1	PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	23
2.3.2	PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR.....	25
2.3.3	PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	27
2.3.4	PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	28
2.4	MULTIPARENTALIDADE NO CENÁRIO SOCIOFAMILIAR CONTEMPORÂNEO	29
3	RESPONSABILIDADE CIVIL.....	32
3.1	CONCEITO	33
3.2	TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	34
3.3	PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	36
3.3.1	AÇÃO OU OMISSÃO	36
3.3.2	DANO.....	37
3.3.3	NEXO DE CAUSALIDADE.....	39
3.4	RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.....	41
3.5	RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....	42
3.6	RESPONSABILIDADE NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	43
4	RESPONSABILIZAÇÃO DOS PAIS PELOS DANOS ORIUNDOS DO ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES MULTIPARENTAIS	46
4.1	ABANDONO AFETIVO	46
4.2	POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS CONTRÁRIOS A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR	47
4.3	POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS FAVORÁVEIS A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR	50
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
	REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade é cada vez maior a quantidade de filhos cujos pais são divorciados e, muitos desses genitores, ao quebrar o laço marital com o cônjuge/companheiro, passam a descumprir também suas obrigações familiares, perdendo o contato com seus descendentes, conseqüentemente, deixando de prover as necessidades afetivas e em muitos casos a necessidade financeira. Acarretando com essas atitudes, uma série de problemas aos filhos que crescem sem ter o afeto dos pais.

Um dos fenômenos resultantes dessa realidade é o abandono afetivo causador de sérios danos aos filhos, afetando diretamente o íntimo destes, deixando as marcas do desamparo refletido não só os sentimentos, mas alcançando seus reflexos no meio social.

Também se discute se os pais que abandonam os seus filhos podem ser responsabilizados de alguma forma pela sua omissão, uma vez que estariam descumprindo o dever de afeto, de carinho, de amparo, causando, assim, transtornos aos filhos, por não participarem efetivamente de sua criação, educação e formação pessoal.

O objetivo geral da presente pesquisa é estudar a possibilidade jurídica da responsabilização dos pais pelo abandono efetivo dos filhos. Ela terá como objetivos específicos: a) estudar os princípios e normas a respeito de responsabilidade civil do direito de família, principalmente as questões referentes ao poder familiar; b) levantar o posicionamento doutrinário a respeito do tema; c) identificar a jurisprudência existente sobre a obrigação de indenizar em decorrência do abandono efetivo nas relações multiparentais.

O estudo se justifica pela relevância dos direitos fundamentais garantidos prioritariamente a criança e ao adolescente. Como também, pela obrigação da família, da sociedade e do Estado em assegurá-los.

Será realizado o estudo, através de pesquisas bibliográficas, artigos científicos e eletrônicos, livros, revistas, jurisprudências, publicações na imprensa escrita que abordem direta ou indiretamente o tema em análise. Isso objetivando ampliar conhecimentos sobre o confronto de ideias que venham fortalecer o posicionamento sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo no ordenamento jurídico pátrio.

Buscar-se-á subsídio na Constituição Federal, na legislação infraconstitucional, na doutrina, na jurisprudência e nos princípios constitucionais direcionados ao ser humano, com a finalidade de construir o entendimento acerca da possibilidade de responsabilizar os pais por abandono efetivo.

Utilizar-se-á o método comparativo para analisar as divergências ou convergências entre os diversos posicionamentos levantados. Também será utilizado o método dedutivo para construir a posição jurídica sobre a possibilidade indenizar aplicada ao caso concreto.

Far-se-á um levantamento de críticas até então feitas a título de identificar as correntes existentes, e o pensamento de cada uma em relação ao tema abordado para buscar guarida nesses trabalhos já apresentados por estudiosos do Direito, e entender o posicionamento apresentado à questão em tela. Apontar os efeitos sociais alcançados, além da problemática que possa surgir diante das barreiras no sistema Democrático de Direito.

O presente trabalho está dividido em três capítulos e visa a uma melhor compreensão sobre o assunto. O primeiro capítulo aborda a constituição e o desenvolvimento da família, passando por diversas lutas para conquistas de direitos e liberdades, políticas, sociais, econômicas e culturais em cada momento histórico.

A família evoluiu de unidade econômica verdadeira comunidade rural constituída sob a égide do patriarca, para uma compreensão de família formada pela afetividade e solidariedade. Permitindo a cada um de seus membros, a realização de seus projetos de vida assegurados pela Constituição como primazia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Far-se-á uma explanação sobre os princípios constitucionais inerentes ao direito e à família. Apresentar-se-á as principais características de cada um deles e a possibilidade de aplicação ao assunto em estudo.

No segundo capítulo, será feito uma abordagem sobre a responsabilidade civil no direito civil pátrio. Apresentar-se-á as teorias existentes acerca da responsabilidade civil, os pressupostos e subdivisão doutrinária, bem como sua aplicabilidade no direito de família. Mostrar-se-á também a responsabilidade civil dos pais no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No terceiro capítulo adentrar-se-á na análise específica do tema em estudo. Buscar-se-á provar a possibilidade de reparação pelos danos efetivos causados pelos pais aos filhos, por se tornarem ausentes na criação destes, tendo como norte as

relações pluriparentais. Trazendo a discussão e colocando os posicionamentos favoráveis e desfavoráveis inerentes à possibilidade jurídica da responsabilização dos pais pelo abandono afetivo. Por fim, as considerações acerca do presente estudo, expondo o resultado sobre a possibilidade de ter os pais o dever de indenizar os filhos pelo abandono afetivo.

2 PASSADO E PRESENTE: A FAMÍLIA EM SUAS CONCEPÇÕES SOCIAIS

A ideia de família se apresenta em conexão com as primeiras formações humanas que foram estabelecidas com intuito coletivo de fortalecimento e proteção recíprocas, como também na busca de necessidades primordiais para subsistência como alimentação, procriação e assistência. Com estes objetivos, a família passou a ser um elemento de identificação dos membros de uma coletividade.

Nesse sentido, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2012, p. 47) asseveram que:

[...] a formação de grupamentos, em sociedades antigas, já permitiam realizar algumas finalidades, ainda que rudimentares, como a produção (a trabalho conjunto para satisfação das necessidades básicas de assistência), a de reprodução (preocupação procriacional, formação de descendência) e a de assistência (defesa contra inimigos e seguro contra a velhice).

A partir dessas relações rudimentares, naturalmente foi surgindo e desenvolvendo-se o vínculo afetivo entre as pessoas, acarretando na formação de núcleos familiares e formação de seus descendentes.

Assim, a família está relacionada à perpetuação da espécie humana, consistindo na união entre homem e mulher para poder procriar e, além disso, na assistência e proteção mútua. No decorrer da história da humanidade, foram criados mecanismos sociais e religiosos ligados à ideia de família. Dentre esses mecanismos, surgiu o casamento com a finalidade de unir pessoas de sexos diferentes, criando, a partir deste, laços afetivos que resguardaram os interesses dessas pessoas, contribuindo assim para formar grupamentos humanos.

Maria Berenice Dias (2010, p. 27) esclarece que a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito. Ou seja, o direito tem na família um de seus objetos, procurando investigar a sua estrutura e, com isso, criar princípios, normas, regulamentos e formalidades sobre a família.

Foi o tratamento da família pelo Direito que fez com que surgisse a ideia do casamento, que é a formalização, pelo Estado, dos vínculos entre duas pessoas com o fim de constituir uma família.

O intervencionismo estatal levou à instituição do casamento: convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar. A sociedade, em determinado

momento histórico, institui o casamento como regra de conduta (VENOSA *apud* DIAS, 2010, p. 27).

Esse instituto se apresenta como um meio de constituição de família, criando vínculos entre grupos sociais aos quais fazem parte, a partir das construções de clãs com fins à perpetuação da espécie, da prole. Com isso, o casamento trouxe características sociais, culturais e religiosas à família fortalecendo os vínculos psicológicos e afetivos entre seus membros.

Paulo Nader (2010) afirma que ao longo das civilizações o casamento é a fórmula jurídica de constituição da família por meio de um negócio jurídico bilateral que oficializa, com as solenidades exigidas pelo direito, a união exclusiva e por tempo indeterminado de duas pessoas de sexo distinto, que buscam uma vida em comum.

Essa ideia, entretanto, vem sendo ajustada em razão de uma nova realidade social que, segundo Farias e Rosenvald (2010, p. 2) é atualmente “marcada por relações plurais, abertas, multifacetárias e (por que não?) globalizadas”.

Para compreender essa nova feição da família é preciso, antes, compreender como o conceito de família se desenvolveu ao longo da história da humanidade.

2.1 O DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

A origem mais provável dos primeiros agrupamentos naturais com características de família foi o sistema social primitivo chamado matriarcado. Paulo Nader (2010, p. 9) explica que a caracterização da família nesse sistema tinha como causa sua própria condição, vejamos:

[...] o fato do homem ser guerreiro, caçador, deslocando-se no espaço nômade, enquanto a mulher cuida da sobrevivência dos filhos, cultivando a terra, muito contribuiu para a caracterização do pretendido tipo familiar.

A passagem para o modelo patriarcal da Roma antiga foi baseado na luta pela sobrevivência, pouco importando a afetividade. O direito romano tratava da família baseado na unidade econômica, política, militar e religiosa do grupo, que era controlado pelo *pater familias* (O chefe da família), sempre uma pessoa do sexo masculino e necessariamente o mais velho. Sendo uma entidade patrimonializada, os membros da família eram força de trabalho, formando uma comunidade integrada por

todos os parentes, uma verdadeira unidade de produção. Assim, o núcleo familiar precisava ser hierarquizado e patriarcal (DIAS, 2010).

O patriarca possuía, dessa forma, o poder de mando e decisão. Ele mandava em tudo e decidia, em certas circunstâncias, até mesmo sobre a vida e a morte dos demais membros da família. As mulheres entravam na família pelo casamento, jamais adquirindo autonomia, apenas tendo o dever de obediência (GAGLIANO, 2012). A mulher, dessa forma, sujeitava-se totalmente ao patriarca e tinha como função os trabalhos domésticos e os deveres para com o marido.

A família, nessa forma patriarcal, era confundida com unidade de produção. E, com o falecimento do patriarca, a família era desmembrada em outras, cabendo aos descendentes do sexo masculino constituir uma nova família, tornando-se o seu novo patriarca.

Com a morte do pater famílias a tendência era a dissociação dos antigos membros da família, bem como a fragmentação do patrimônio. Para evitar tais consequências, às vezes se convencionava a formação de um consórcio, elegendo-se um chefe e continuando a vida em comum. Os agnatos, que integravam a família *communi jure*, participavam também de um amplo grupo, denominado *gens*, e seus membros se identificavam pelo nome – *nome gentílico* (NADER, 2010, p. 11).

Os *gens* tinham integrantes que possuíam um passado comum, dando outra ideia de família, ainda existente na atualidade, que corresponde a uma origem comum e que estabelecida pelo nome de família.

Luiz Guilherme Loureiro (2013, p. 28) assevera que o nome é um atributo da personalidade do indivíduo, é um direito que visa proteger a própria pessoa, individualizando-o dos demais integrantes família e da sociedade.

O nome de família identifica o indivíduo, especificando sua origem, ou seja, sua ascendência e servindo de referência para a sua prole, ou seja, a descendência. Vê-se, portanto, que a construção familiar parte de um entroncamento comum, tomando por base os ascendentes, vindo a garantir à sua proliferação, sendo identificados pelo nome de família.

Com a ascensão do cristianismo, a família passou a ser uma instituição abençoada pela igreja através do casamento, sempre monogâmico e perpétuo. Tornando o casamento em matrimônio capaz de formar a base da igreja e, conseqüentemente, da sociedade.

A igreja passou a marginalizar as uniões entre homens e mulheres que não fossem abençoadas pela autoridade religiosa de forma solene e seguidos os ritos da doutrina cristã. Ao passo que instituiu o casamento como sendo um sacramento, que é mantido até os dias atuais pela sociedade cristã.

No entanto, o estado de submissão da mulher ao homem continuou seguindo os mesmos costumes que foram ratificados no Direito Canônico, prova disto estão na passagem escrita na Bíblia pelo apóstolo Paulo, na carta aos Efésios, que assim expõe:

Vós, mulheres, submetei-vos aos vossos maridos, como ao Senhor; porque o marido é a cabeça da mulher, como também Cristo é a cabeça da igreja, sendo ele próprio o Salvador do corpo. Mas, assim como a igreja está sujeita a Cristo, assim também as mulheres o sejam em tudo aos seus maridos (EFÉSIOS, 5, 22-24).

Observa-se que a inserção da família constituída pelo casamento na doutrina cristã, englobou na solenidade religiosa todos os costumes e ditames oriundos o modelo patriarcal, onde a mulher permaneceu submissa ao marido em tudo que conviessem como dogma instituído pela própria igreja, que a mulher cabia à sujeição ao marido, o que de certo modo em nada diferia de ser propriedade pertencente ao marido.

Essa intervenção da Igreja, que se confundia com o Estado, buscou ao longo da história, estruturar a família e seus vínculos interpessoais, instituindo-a através do casamento como regra de conduta social. Pois, a família por ser visualizada como uma construção social precisava estabelecer limites a cada membro que a compunha.

Na antiguidade e na idade média, convencionou-se o modelo de família patriarcal, baseado no incentivo a procriação e ao mesmo tempo à produção. Tinha a família uma formação agrícola e necessitava de mão-de-obra para alavancar o desenvolvimento da comunidade a que pertencia. Quanto mais integrantes na família, maior a produção e conseqüentemente, às condições de sobrevivência da comunidade.

Quanto mais integrantes na família, maior a produção e conseqüentemente, às condições de sobrevivência da comunidade. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2012, p. 50) asseveram que:

[...] as mulheres, por exemplo, ao serem incorporadas a uma família, pelo matrimônio, passavam a estar não sob a autoridade exclusiva dos

seus maridos, mas também, sob a “mão forte” do *pater*, motivo pelo qual se afirma que elas nunca adquiriam autonomia, pois passavam da condição de filha a de esposa, sem alteração na sua capacidade.

Segundo Silvio Venosa (*apud* STOLZE E PAMPLONA, 2012, p. 113) “Por muito tempo na história, inclusive na Idade Média, nas classes mais nobres, o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva. A instituição do casamento sagrado era um dogma da religião doméstica”. O casamento, na maioria das vezes, era estabelecido entre as famílias e não estava ligado efetivamente ao sentimento de amor entre o casal. Porque, naquela época, para a Igreja Católica Medieval o amor entre marido e mulher não era valorizado, apenas incentivado à procriação ao trabalho do lar e, em muitos casos o casamento era tido como um meio de somar o patrimônio levando em consideração apenas o fator financeiro.

Com o advento da Revolução Industrial ocorreram significativas mudanças na estrutura familiar. O trabalho para manter o sustento da família passou a ser exercido também pelas mulheres e crianças. Com o aumento da necessidade de mão-de-obra, grande parte da população rural imigrou do campo para as cidades para trabalhar nas fábricas em busca de melhores condições de vida.

Maria Berenice Dias (2010, p. 28) ao mencionar sobre a colaboração da revolução industrial, comenta sobre a aproximação entre seus membros e o vínculo que entre eles estaria se desenvolvendo, vejamos:

Fez aumentar a necessidade de mão-de-obra, principalmente para desempenhar atividades terciárias. Foi assim que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família, que se tornou nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo da família, que migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve os seus integrantes.

Com um grande conglomerado de pessoas nas cidades, ocorreu a diminuição dos espaços ocupados pelas famílias. Com custo crescente das moradias, muitas famílias passaram a conviver em espaços menores, o que levou às mudanças e alterações dos núcleos familiares.

Essa proximidade entre as pessoas aumentou o vínculo afetivo entre elas, formando uma nova modalidade de família baseada na afetividade. O interesse

patrimonialista da família romana foi trocado pela valorização do carinho e do amor fraterno.

A família baseada nos laços afetivos de carinho e amor foi sofrendo, ao longo do tempo, evoluções que deram espaço a múltiplas formas de arranjo familiar, fazendo surgir algo que Maria Berenice Dias (2010, p. 40) chama de Famílias Plurais e que explica da seguinte forma:

Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que ela se pluralizou: daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a albergar todas as suas conformações. Expressões como famílias marginais, informais, extramatrimoniais não mais servem, pois trazem um ranço discriminatório.

A família deixou de ser a célula do Estado e passou a ser a célula da sociedade, pautada na igualdade e solidariedade entre seus integrantes, e que o desenvolvimento do conceito de dignidade da pessoa humana serviu para disseminar outros tipos de arranjos familiares (DIAS, 2010). É nessa perspectiva que iniciar-se-á o tópico sobre a chamada família constitucionalizada, sendo assim considerada, aquela que possui embasamento permissivo dentro da carta magna de uma federação, *in casu*, a Brasileira.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INERENTES A MULTIPARENTALIDADE

A Constituição Federal de 1988 trata a família como sendo “base da sociedade” e estabelece que ela “tem especial proteção do Estado” (art. 226, caput). Ela é colocada como marco inicial da sociedade, garantindo igualdade de direitos entre homens, mulheres, ascendentes e descendentes. A Constituição reconheceu as uniões estáveis e as comunidades formadas entre pais e filhos como entidades familiares. Ela garantiu aos filhos havidos ou não na relação pelo casamento, ou adotivos tratamento igual em direitos e obrigações sem fazer distinção. A Lei Maior ainda estabeleceu a obrigatoriedade da família, sociedade e Estado de assegurar prioritariamente os direitos fundamentais inerentes à criança e ao adolescente.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher

Nesse sentido, a transcrição do dispositivo em comento denota a preocupação do Estado em estabelecer que a família é um dos institutos sociais que tem proteção estatal especial, justamente por ser o espaço psico-jurídico-social em que os valores, sentimentos, as noções de respeito, justiça e humanidade (por exemplo), são inicialmente lecionadas nesse ambiente, da forma em que o respeito aos seus pares, irmãos e familiares, e etc, são valores que sustentam o bem estar social da sociedade (em si considerada), influenciando, diretamente, nas construções das políticas públicas.

Muito embora tenha o legislador adotado uma concepção tradicional ao mencionar que a constituição, concretamente, da união estável, fosse entre indivíduos de sexos biológicos distintos, a contemporaneidade denota, inclusive amparada pela jurisprudência pátria, que as uniões entre pessoas deixam de considerar o viés sexual reprodutivo, e empenham-se na formação e consolidação através do afeto, indistintamente considerado, e, como fator de regulamentação social, deve o Estado, por meio de seus mecanismos de controle e regulamentação social, facilitar, com o mesmo tratamento das heterossexuais, a conversão ao casamento das uniões estáveis hodiernas, distintas daquelas.

Por seu turno, o art. 227 da Constituição Brasileira (BRASIL, 1988), cuida em assegurar aos frutos das uniões familiares, as crianças e os adolescentes, os direitos e garantias básicos, que, independente de qualquer variação e interferência Estatal e/ou familiar, tem que lhes serem garantidos, para preservar suas dignidade e afeto familiar pela garantia do mínimo necessário, vejamos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§6º Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Imperioso, inclusive, o destaque quanto a não distinção entre a filiação estabelecido pela Carta Magna entre a filiação anterior ao casamento (se existente), a que se constitui por meio da adoção, com o fito de vedar totalmente a diferenciação entre o vínculo que institui os laços familiares naqueles contextos. É o prenúncio de que o ordenamento jurídico, tem se tornado cada vez mais “plural” e que suas concepções têm se aplicado a garantia dos direitos, e não às ideologias legislativas.

As disposições constitucionais sobre a família significam o estabelecimento de princípios que devem reger todas as demais normas e relações jurídicas da sociedade. Nesse sentido, FARIAS e ROSENVALD (2010, p. 31) explicam que “o texto constitucional subordina todas as demais normas de tal modo que é possível notar uma força normativa em sua estrutura, condicionando todo o tecido normativo infraconstitucional”.

Assim, por ser a base e a referência do sistema jurídico do país, serão apresentados os princípios constitucionais do Direito de Família.

2.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade do ser humano corresponde a um valor inerente a cada pessoa. Immanuel Kant (2006), diz ser o homem o fim em si mesmo. Assim, a dignidade é um atributo da pessoa, sendo o homem o sujeito de conhecimento, e responsável pelos seus atos e consciente de seus deveres. Assim expõe:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade (KANT, 2006, p. 65).

O ser humano é um ser em si mesmo e possui valor moral intransferível e inalienável. Não podendo sua dignidade humana ser violada ou sacrificada, por representar um valor humano interno absoluto e independe de suas qualidades individuais, não podendo ser utilizado como meio para atingir outros fins, além do respeito recíproco entre seres racionais e a estes assegurados pelo Estado.

Extrai-se das palavras de Luís Roberto Barroso (2010, p. 254) que dignidade da pessoa humana está no que ele determina de núcleo essencial dos direitos

fundamentais. Desse núcleo se extrai a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana, tanto na sua dimensão física como moral.

Nesse sentido, abrangeria a dignidade da pessoa humana uma diversidade de valores e preceitos inerentes a toda pessoa, extraídos das dimensões físicas e morais que constitui o princípio maior do Estado Democrático de Direito.

Na Constituição Federal de 1998, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um dos fundamentos do Estado brasileiro. Por essa razão, ele é essencial e irradia seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico. Como decorrência desse princípio, todos têm direito a uma vida digna e, para isso, o Estado deve garantir ao ser humano as condições existências mínimas. Portanto, no pensamento constitucionalista atual, o princípio da dignidade da pessoa humana é valorado como sendo o princípio central do nosso ordenamento jurídico, norteando os demais princípios assumindo papel importantíssimo como núcleo essencial na garantia dos direitos e garantias fundamentais.

Para Maria Berenice Dias (DIAS, 2010, p. 63) seria o princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios, conceituado ainda como um macro, supra princípio do qual se irradiam todos os demais, tais como, os que cita, a exemplo dos da liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos que polarizam a ideologia da dignidade no sistema jurídico global da contemporaneidade.

No que diz respeito ao Direito de Família, a dignidade da pessoa humana atua como princípio garantidor da formação e desenvolvimento da família e de seus membros. Assim, cabe ao Estado garantir o pleno desenvolvimento da família e seus integrantes, garantido a todos os seus membros igual respeito e consideração.

2.3.1 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A família alcançou o centro das atenções do ordenamento jurídico. O Estado cuida da pessoa humana, a partir da concepção até morte, e protege o patrimônio a que lhe pertença, mesmo depois de sua morte.

O sistema jurídico propicia as condições legais para que o ser humano realize seus anseios, aspirações e uniões entre seus membros para que eles alcancem a paz, o amor e a felicidade. A família é, pois, o porto seguro para essas realizações. A grande novidade é que agora a família é baseada no afeto recíproco entre seus

membros, não mais importando convenções ou formalidades que outrora eram confundidos com o próprio conceito de família.

Esclarece Aline Biasuz Suarez Karow (2012, p. 123-124), que há uma função especial em que o vínculo afetivo é indispensável, e anterior, no que se refere à adoção, vejamos:

[...] casais de separam por reconhecerem que não há mais afeto entre si. Famílias alternativas formam-se em função do vínculo afetivo existente. Crianças demonstram desejo de residir com um dos pais ou avós em função dos laços de afeto. Adoções são deferidas em função do vínculo afetivo preestabelecido. Registros de nascimento podem ser anulados em face de nunca haver tido o estabelecimento da socioafetividade. O estado de filho consolida-se com o estabelecimento do afeto.

Nesse ponto, é preciso esclarecer o que vem a ser o afeto e, para cumprir essa tarefa, utilizar-se-á da diferenciação kantiana entre paixão e afeto:

O afeto procede como a água que rebenta uma barreira, a paixão um rio que cava cada vez mais fundo seu leito. O afeto age sobre a saúde como um ataque de apoplexia, paixão como uma consumação ou atrofia. O afeto é como um intoxicante que nos faz dormir, ainda que seja seguido, no outro dia, por uma dor de cabeça, mas a paixão deve ser vista como resultado da ingestão de veneno [...] (apud Karow, 2012, p. 130).

Para explicar a metáfora kantiana, Maria de Lourdes Borges (*apud* Karow, 2012) fala em amor-afeto e amor-paixão, dizendo que o primeiro é mais intenso, porém dura menos e é menos perigoso do que o amor-paixão. Assim, onde há muito afeto, há pouca paixão, sendo que o afeto é sincero e não se deixa dissimular, enquanto a paixão geralmente se oculta. Ademais, explica a autora que o afeto provém do dever moral da benevolência e, assim, ao se fazer o bem, através desse hábito caridoso, despertam-se sentimentos de simpatia que formam o afeto.

A afeição é, pois, o elemento principal que caracteriza a família na atualidade. A figura do pai como mantenedor econômico vem diminuindo sua importância no seio familiar, enquanto que a mulher aumenta sua responsabilidade financeira na manutenção econômica da família.

Ao mesmo tempo em que o fenômeno econômico tem tornado o papel da mãe e do pai semelhantes, o fenômeno afetivo age no mesmo sentido, ou seja, a afetividade não é mais uma tarefa primordial da mãe, mas tem se tornado, igualmente, uma função igual no seio da família.

Lévy-Bruhl (*apud* Diniz, 2010, p. 24) fala que “o traço dominante da evolução da família é a tendência em tornar o grupo familiar cada vez menos organizado e hierarquizado, fundando-se cada vez mais na afeição mútua”.

Com isso, os arranjos familiares tendem a se tornar, cada vez menos, conjuntos pré-definidos com determinados tipos de pessoas, tais como o arranjo da família tradicional composta por pai, mãe e filhos. Assim, as famílias compostas apenas por mãe e filhos ou por pai e filhos crescem no país. Também já se encontram um número expressivo de famílias compostas por pessoas com outros tipos de parentescos.

A afetividade, elemento definidor do novo conceito de família, passa a ser, também um compromisso do Estado para com todos os seus cidadãos:

O direito das famílias é o mais humano de todos os direitos. Acolhe o ser humano desde antes do nascimento, por ele zela durante a vida e cuida de suas coisas até depois de sua morte. Procura dar-lhe proteção e segurança, rege sua pessoa, insere-o em uma família e assume o compromisso de garantir a sua dignidade. Também regula seus laços amorosos para além da relação familiar. Essa série de atividades nada mais significa do que o compromisso do Estado de dar afeto a todos de forma igualitária, sem preconceitos e discriminações (DIAS, 2010, p. 81).

O direito, ao buscar dar maior proteção e garantias indistintas ao homem como um todo, também atribui aos familiares à obrigação recíproca de auxílio mútuo, conforme estabelece o art. 229 do Código Civil, ao mencionar que os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Assim, surge, a questão de saber se a afetividade é ou não é um direito de cada pessoa e, o sendo, a quem cabe prestá-la.

Assim, percebe-se que a afetividade no âmbito das relações familiares é o que faz gerar deveres recíprocos entre os integrantes de uma família, de forma que o Estado, apesar de ter obrigações para com todos os seus cidadãos, é dispensado de prover toda a gama de direitos assegurados ao cidadão.

São os integrantes da família que devem prover, juntamente com o Estado, as carências entre os seus membros. Essa é a configuração de outro princípio, o da solidariedade familiar.

2.3.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A solidariedade entre os membros da família demonstra o compromisso de amparar uns aos outros dando assistência material e moral de forma recíproca, aumentando o laço afetivo. Flávio Tartuce (2012, p. 1033-1034), expõe que:

Ser solidário significa responder pelo outro, o que remonta à ideia de solidariedade do direito das obrigações. Quer dizer, ainda, preocupar-se com a outra pessoa. Desse modo, a solidariedade familiar deve ser tida em sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual.

Trata, portanto, o princípio da solidariedade familiar, da responsabilidade social específica que tem os integrantes da família dar assistência, uns aos outros em especial dos pais aos filhos, mantendo o respeito e a dignidade de todos no seio familiar.

Nesse entender, Maria Berenice Dias (2010, p. 67) argumenta que princípio da solidariedade se origina dos vínculos afetivos na relação familiar, extraíndo-se de suas entranhas, conteúdo ético que compreende a fraternidade e a reciprocidade, assentando-se no conteúdo constitucional que impõe aos pais a obrigação de assistência aos filhos.

Uma das técnicas originárias de proteção social que até hoje se mantém é a família. Aproveita-se a lei da solidariedade no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão (DIAS, 2010, p. 67).

Percebe-se que o indivíduo é contemplado pelo Estado enquanto membro da sociedade familiar, dispondo de direitos e obrigações recíprocas prevalecendo os interesses do grupo sobre o do indivíduo isolado, com a finalidade de fortalecer a instituição família.

Puig Brutal (*apud* NADER, 2010, p, 30) explica que “O interesse individual é substituído por um interesse superior, que é o da família, e para as necessidades esta, e não para as do indivíduo, é que se concede a tutela jurídica”.

Nesse entendimento, primeiramente, cabe aos membros da família à obrigação assistencial, na sequência à sociedade e por último cabe ao Estado suprir as necessidades familiares. Nessa obrigação de coexistência mútua familiar, passamos a analisar o próximo princípio atinente ao assunto, o da igualdade.

2.3.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A igualdade na formação familiar recebe proteção constitucional garantindo a todos o direito ao tratamento isonômico. Atribuindo aos homens e mulheres a igualdade de direitos e obrigações no convívio social, na sociedade conjugal, bem como na mútua obrigação de assistência e amparo aos membros da sociedade familiar, em especial, aos filhos.

Para Maria Berenice Dias (2010), o princípio da igualdade se apresenta como um dos meios de sustentação do Estado Democrático de Direito, colocando a necessidade de a lei ser aplicada igualmente para todos, fazendo ressalva aos casos de desigualdades materiais para esta prevaleça em detrimento da igualdade formal, garantindo a mesma categoria idêntico tratamento legal.

Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. A justiça formal identifica-se com igualdade formal, consistindo em conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Aspira-se a igualdade material precisamente porque existem desigualdades (DIAS, 2010, p. 65).

Portanto, explica que a lei tem o condão de tratar a todos igualmente. Desse modo, fica evidente a igualdade entre os cônjuges/companheiros na livre formação e planejamento familiar, tornando-se mercedores de deveres e direitos recíprocos na criação e guarda dos filhos. Do mesmo modo, todos os filhos devem ser tratados igualmente.

Em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange os filhos adotivos e havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões *filho adulterino*, *filho incestuoso*, *filho ilegítimo*, *filho espúrio ou bastardo*. Apenas para fins didáticos utiliza-se o termo *filho havido fora do casamento*, eis que, juridicamente, todos são iguais (TARTUCE, 2012, p. 1034).

É importante destacar que tais preceitos estão previstos no texto constitucional e, por conseguinte no Código Civil vigente, especialmente nos artigos 226, §§ 5º e 6º da CF/88, art. 1511 e 1596 do CC/2002), consagrando a igualdade entre os membros da família, tratando da igualdade, não apenas do tratamento igual entre os iguais, e sim da solidariedade e da reciprocidade de forma igualitária no âmbito familiar. Passamos a analisar outro princípio, o da proteção integral da criança e do adolescente.

2.3.4 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Esse princípio é justificado pela vulnerabilidade inerente às crianças e aos adolescentes, que, em razão do processo de formação da personalidade, precisam ter garantida a sua integridade física e psicológica de maneira plena.

Essa proteção vem consubstanciada no art. 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que especifica, em favor das crianças e adolescentes, 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

Outra garantia constitucional estabelecida à criança e ao adolescente é a proibição de se estabelecer qualificadoras ou atributos à filiação, como era comum antigamente quando se utilizava expressões como filhos legítimos e ilegítimos. Nesse sentido, Berenice Dias (2010, p. 69) explica que:

Também dispõe de assento constitucional a igualdade no âmbito das relações paterno-filiais, ao assegurar aos filhos os mesmos direitos e qualificações e vedar designações discriminatórias (CF 227 § 6.º). Agora a palavra “filho” não comporta nenhum adjetivo. Não mais cabe falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos. Filho é simplesmente “filho”.

A proteção integral à criança e ao adolescente encontra guarida, também, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que procura a eles assegurar todos os direitos inerentes à pessoa humana, estabelecendo que a família, a sociedade e o Estado são responsáveis por essa garantia constitucional.

Ainda segundo Berenice Dias (2010, p. 68):

A forma de implementação de todo esse leque de direitos e garantias, que devem ser assegurados com absoluta prioridade pela família, pela sociedade e pelo Estado, está no Estatuto da Criança e do Adolescente (L. 8.069/1990), microssistema que traz normas de conteúdo material e processual de natureza civil e penal, e abriga toda a legislação que reconhece os menores como sujeito de direito. O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena de seus direitos fundamentais.

Maria Helena Diniz (2010) explica que uma vez que a proteção integral da criança e do adolescente é uma responsabilidade da família, da sociedade e do

Estado, estes entes deverão respeitar os direitos da criança e do adolescente, sob pena de responderem pelos danos causados.

2.4 MULTIPARENTALIDADE NO CENÁRIO SOCIOFAMILIAR CONTEMPORÂNEO

Coloca-se, nesse ponto, a questão relevante deste trabalho, que é o de saber se a afetividade entre os integrantes de uma família é ou não uma obrigação passível de indenização quando não for cumprida, em especial, no que se refere à caracterização da constituição familiar oriunda de afeto, em modo mais geral e simplório, quando das famílias não biológicas.

A resposta a essa questão, entretanto, não há como ser respondida neste momento, imperioso, porém, a abordagem sobre o conhecimento do instituto em comento para eventuais esclarecimentos e construção da razão jurídica a ser adotada.

Sem dúvidas e questionamentos maiores, é claro o conceito de parentalidade biológica, comumente reconhecida como filiação de sangue, possuindo como pais registraís os mesmos indivíduos que originaram o pareamento genético. Essa concepção, com fins mais técnicos do que propriamente social, é o ponto de partida para o entendimento do que seria a multiparentalidade.

A inovação trazida pela legislação ao estabelecer que o parentesco, quando civil, pode decorrer de qualquer “outra origem”, desde que distinta da consanguínea, possibilitou uma ampla interpretação doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, tendo em vista que esse critério (outra origem) vem ampliando as possibilidades de parentesco, principalmente em decorrência do princípio da afetividade, que atualmente fundamenta o conceito de família.

Nesse sentido, a multiparentalidade é um instituto agregador, isto é, ao permitir a possibilidade de duplo parentesco, o biológico e o socioafetivo, em relação de harmonia e não de exclusão, reclama posicionamento jurídico sólido tendo em vista as obrigações dos pais, *lato sensu*, independentemente do seu vínculo institutivo, não excluïrem a responsabilidade do outro, de outro modo, as responsabilidades não podem ser colidentes, isto é, uma não elimina a outra, a socioafetiva não mitiga a biológica.

O contrário é bem verdade, isto pois, ante toda a ideia de evolução do sentimento de solidariedade e a ampla discussão e participação da família para com os deveres e as responsabilidades sociais decorrentes, é notório como o dever legal

não é (e a tendência do ordenamento jurídico é de manter nesse sentido) o mero ato literal contido no instituto documental, na certidão – de efeitos meramente declaratórios, acerca da responsabilidade.

Esse é o guia de toda a discussão quanto a pluriparentalidade, como também é reconhecida a multiparentalidade, o afeto. Não somente, incluindo a participação na construção dos valores e desenvolvimento de princípios de quem se tem o reconhecimento afetivo e a conseqüente ligação de parentesco pelo afeto, mas também, pelo envolvimento emocional e a necessidade de integração de sentimentos construídos com o filho de afeto.

A possibilidade de se ter mais de um pai ou mais de uma mãe sempre esbarrou em questão de outra ordem, geradora de enorme repulsa, principalmente tendo como fundamento o modelo arcaico de família, e a desincompatibilização com as novas concepções sociais, o embate meramente construído no âmbito da moral, o que, vem sendo, conforme abordado em tópicos anteriores, superado paulatinamente, justamente e graças a discussão e disciplina jurídica, em especial, abordada pelos Tribunais Superiores.

Mas, de fato, o que é multiparentalidade? LANDO e SANTOS (2017) mencionam que é a possibilidade de um indivíduo, ter mais de uma mãe e/ou mais de uma mãe em simultaneidade com a produção de conseqüências jurídicas. Nós vamos além, acreditamos, e pecamos pelo excesso da técnica, que não está o fenômeno sociojurídico do tema do tópico em apreço unicamente restrita a ideia da filiação a pessoa da mãe, tanto é que a pluriparentalidade pode ser dois (e/ou mais) pais, como também duas (e/ou mais de) mães.

No que se refere a responsabilidade, Dias (2015, p. 409) em sua hermenêutica normativa, trata que cada um dos pais exercerá o poder familiar, trazendo para si as responsabilidades e os direitos enumerados no artigo 1.634 do CC, de modo a reservar aos demais esta mesma possibilidade. Na hipótese de haver discordância é cabível o suprimento judicial objetivando a solução da controvérsia, na interpretação do parágrafo único do artigo 1.631 do CC.

Com íntima relação a ideia em construção, grande passo à afirmação da multiparentalidade foi dado por meio do direito de família em relação ao reconhecimento de relações de parentesco socioafetivo com a aprovação da Lei n. 11.924 de 17 de abril de 2009, que acrescentou o parágrafo 8º ao artigo 57 da Lei n. 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), ficando conhecida como “Lei Clodovil”.

A referida lei autoriza enteados a utilizarem o nome de padrastos ou madrastas. A justificativa para sua criação encontra-se no fato de que em muitos casos os padrastos e madrastas possuem mais participação na vida do enteado do que os próprios genitores. Reconhecendo o instituto normativo a necessidade de que as relações construídas com base no sentimento, sejam solidificadas e possuam uma segurança jurídica mínima, principalmente nos casos em que a grande maioria das necessidades básicas do menor são providas pelo responsável afetivo.

É lógico, portanto, a discussão no que concerne aos limites que o poder familiar possui, tecnicamente considerado e socialmente interpretado, reclamando, portanto, uma nova hermenêutica pelo advento do reconhecimento judicial da pluriparentalidade, uma vez que esta exerce influência direta no que diz respeito ao entendimento daquele, na medida em que amplia seu alcance e lança importantes efeitos no mundo jurídico.

Nesse sentido, necessário, ainda, o estudo e as considerações a respeito de outros princípios do Direito de Família e a explicitação da teoria da responsabilidade civil, com fins a verificação devida nos casos de abandono afetivo, que será exposta no capítulo seguinte.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

Mesmo a Constituição reconhecendo e garantindo a todos o direito de liberdade, esse direito encontra limites, pois para viver em sociedade é necessário respeitar as regras de convívio social, encontrando no direito de liberdade do outro ser humano o limite para o seu direito. Tornando-se responsável pelos atos que venham causar desequilíbrio na ordem moral e patrimonial no seio social em que vivem. E, para encontrar o equilíbrio social é imprescindível que encontre no ordenamento jurídico a solução para o conflito existente.

A responsabilidade civil está atrelada à obrigação de reparação de danos causados a terceiros por dolo ou culpa. Os reflexos das ações humanas em relação ao descumprimento das atribuições sejam contratuais, extracontratuais ou afetivos, é tema que vem sendo debatido visando à necessidade e o reconhecimento do direito daquele que sofreu o prejuízo moral ou material.

A problemática sobre a reparação civil vem sofrendo constantes transformações em virtude da evolução social. Contudo, o legislador tratou de regulamentar a situação criando leis que obrigam àquele que causou o dano a repará-lo, garantindo ao prejudicado o ressarcimento pelo prejuízo sofrido. Instituiu através da legislação a compreensão sobre a responsabilidade civil, e a responsabilização às ofensas a lei e ao direito do lesado.

Trata o atual Código Civil da responsabilidade civil genérica ao afirmar que: aquele que por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência causar dano material ou moral a terceiros, mesmo o titular de um direito ao exercer esse direito, exceda os limites impostos à finalidade econômica e social mesmo que seja pela boa-fé ou pelos bons costumes, comete ato ilícito, conforme expõe o art. 186 do código civil (BRASIL, 2002), aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito

Assevera que, quem cometer ato ilícito que venha causar dano independentemente de culpa está obrigado, possui a responsabilidade objetiva de reparar o dano causado, independente se moral ou material, é a *mens legis* extraída do art. 927 do código civil.

Percebe-se, portanto, que o objetivo legal da responsabilização civil, é restabelecer o bem lesado ao estado original, evitando prejuízo ao terceiro ou

enriquecimento sem causa. Caso não haja possibilidade de restaurar o bem, será compensado de forma financeira através da pecúnia.

Corroborando com o entendimento, Maria Helena Diniz (2013, p. 23) expõe que:

A responsabilidade civil pressupõe uma relação jurídica entre a pessoa que sofreu o prejuízo e a que dever repará-lo, deslocando o ônus do dano sofrido pelo lesado para outra pessoa que por lei, deverá suportá-lo, atendendo assim à necessidade moral, social e jurídica de garantir a segurança da vítima violada pelo autor do prejuízo.

Há, portanto, uma dual função da responsabilidade, seja a garantia do direito do lesado à segurança, e a sanção civil subsequente, iminentemente, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos (DINIZ, 2013, p. 25).

Extrai-se que a responsabilidade civil apresenta caráter sancionatório assegurando que o agente causador do prejuízo suporte suas consequências, e o caráter compensatório garantindo ao lesado o direito à reparação igual ou equivalente ao dano sofrido e educativo, desestimulando o autor da prática de atos lesivos, como também servindo de exemplo para que outras pessoas evitem cometer atos ilícitos.

3.1 CONCEITO

A responsabilidade civil nas palavras de Maria Helena Diniz (DINIZ, 2013, p. 50) é conceituada como sendo: a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão do ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

Tomaszewski (2004 *apud* STOCO, 2013, p. 164) nos ensina que:

Imputar a responsabilidade a alguém, é considera-lhe responsável por alguma coisa, fazendo-o responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever, sendo responsável aquele indivíduo que devia e podia ter agido de outro modo.

Portanto, para uma pessoa ser responsabilizada por um dano, é preciso que tenha contribuído direta ou indiretamente para ocasionar o prejuízo. Percebe-se que cabe aos genitores a obrigação de cuidado com os filhos. Deixando estes de cuidar,

de dar assistência durante toda a fase de crescimento até alcançar a maioridade, estará contribuindo para causar um dano, seja afetivo ou psicológico ao descendente.

Segundo Silvio Rodrigues (2003, p. 6) ao conceituar responsabilidade civil, introduz os conceitos de René Savatier, externando como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.

Continua o autor aduzindo que realmente o problema em foco é o de saber-se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado (RODRIGUES, 2003, p. 6).

Trata da obrigação de aquele que causou o prejuízo a outrem, venha repará-lo, arcando com os custos para que o bem retorne ao estado original, caso seja impossível, deverá pagar indenização que venha a satisfazer a parte prejudicada de forma injusta.

Para Cavalieri Filho (2010, p. 2) a responsabilidade civil:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge essa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um precedente dever jurídico.

Extrai-se, diante do exposto, que o dever de reparar o dano é sucessivo ao cometimento do ato danoso. Portanto, praticou o ato e causou o dano, independente de ter agido com dolo ou culpa, lhe recairá a obrigação de reparar o prejuízo causado a vítima ou ao terceiro prejudicado.

Todavia, entende-se por responsabilidade civil, a obrigação legal de reparar o dano causado à outra pessoa ou terceiros que de alguma forma os efeitos danosos lhe tenha causado prejuízo.

3.2 TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A teoria da responsabilidade civil procura discutir as condições e as formas legais de reparar os prejuízos causados às pessoas em virtude dos atos danosos praticados. Ela atua diligentemente para obrigar o agente que causou o dano a arcar com os prejuízos decorrentes de sua ação, inspirando-se no sentido de buscar

minuciosamente a justiça. Restabelecendo o equilíbrio jurídico e econômico quebrado com os efeitos do ato ilícito praticado. Nesse sentido:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante* (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 13).

Trata a teoria da responsabilidade civil em encontrar a essência do dano, quais as causas que motivou o agente a praticá-lo, e encontrar os meios legais de conduzir o problema e da reparação os prejuízos suportados pela vítima, restabelecendo o equilíbrio jurídico-financeiro.

Encontram-se no Código Civil vigente os fundamentos extremos da teoria da responsabilidade, previstos em seus artigos 186 e 927. O primeiro trata de definir o ato ilícito, asseverando que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O segundo determina, ao agente que praticou o prejuízo, obrigação de reparar o dano causado por ato ilícito, aduzindo que aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (RODRIGUES, 2003, p. 13).

Achar um ponto de encontro entre a teoria da responsabilidade civil e o direito de família, que é o ramo do direito onde está inserta a questão do abandono afetivo, não é uma tarefa fácil. Sobre essa dificuldade, aponta Fábio Andrade (apud Karow, p.205) que:

A dificuldade para um perfeito delineamento das relações entre esses dois setores do direito civil não é nova. Afinal, é reconhecido que também o direito de família contempla relações patrimoniais. Contudo, estas consistem em apenas uma parte do direito de família. O núcleo do direito de família concentra-se em uma série de deveres pessoais entre os seus integrantes. A base do casamento está no sentimento entre seus membros. As relações entre os integrantes da família são, portanto, distintas daquelas mantidas entre os participantes do vínculo obrigacional. É justamente este fator que caracteriza e perpassa o direito de família propiciando a sua (relativa) especificidade na esfera do direito civil.

Essa dificuldade será enfrentada neste trabalho, posto que, ao discutir a possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo, estar-se-á estudando

relacionamentos entre relações patrimoniais e as relações de afeto, através da possibilidade de reparação por danos extrapatrimoniais.

3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os pressupostos da responsabilidade civil são os elementos mínimos necessários à caracterização desse fenômeno jurídico. Maria Helena Diniz (DINIZ, 2013) entende que a responsabilidade civil requer a existência de uma ação, a ocorrência de um dano e um nexo de causalidade entre o dano e ação.

Esses são, portanto, os elementos que devem ser observados para que se possa encontrar a responsabilidade civil, qualquer que seja o tipo de responsabilidade, o fato que a causou ou as obrigações dela decorrentes.

Pode-se ainda infirmar, de acordo com as lições de Silvio Rodrigues (2003, p. 17) que existe um quarto elemento caracterizador da responsabilidade civil, a culpa. Esclarecendo que a regra básica da responsabilidade civil, consagrada em nosso Código Civil, implica a existência do elemento culpa para que o mister de reparar possa surgir. Entretanto, ao tratar de exceções, admite a existência da responsabilidade sem culpa, o que, no fundo, significa negar que a culpa seja um elemento necessário à caracterização mínima da responsabilidade.

Adotar-se-á, portanto, a posição de Maria Helena Diniz já citada quanto a existência de três pressupostos da responsabilidade civil: ação ou omissão, dano e nexo causal.

3.3.1 AÇÃO OU OMISSÃO

Não apenas o ato comissivo, mas também o omissivo, precisa existir para que possa nascer à responsabilidade civil. O ato precisa ter sido praticado ou ter deixado de ter sido praticado por uma pessoa. Assim, a responsabilidade pode advir de ato da própria pessoa, de ato de terceiro com quem a pessoa tem relação de responsabilidade ou de fato jurídico de que a pessoa tenha contribuído para a sua ocorrência.

Silvio Rodrigues (2007, p. 15) explica, nesse sentido, que a responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente e, ainda, de danos causados por coisas que estejam sob

a guarda deste. Ainda, Maria Helena Diniz (2013, p. 53) fala que a ação está consubstanciada em um ato humano do próprio imputado ou de terceiro, ou num fato de animal ou coisa inanimada.

Para responsabilização por abandono, é preciso que a omissão seja imputada a um dos genitores, mesmo que por adoção. Aline Biasuz Suarez Karow (KAROW, 2012) explica que para que terceiro possa ser responsabilizado é preciso que exista guarda formalizada tendo esse terceiro assumido a função de tutor ou de curador.

Tem-se, assim, que a responsabilidade civil só existirá caso ocorra uma ação ou omissão, podendo esse ato comissivo ou omissivo ter sido praticado pelos genitores ou por terceiro que, formalmente, assumiu o encargo de tutor ou de curador.

3.3.2 DANO

Se não há dano algum afeto à esfera jurídica de uma pessoa, não há razão para responsabilidade civil posto que, nessa situação absurda, a responsabilidade sem dano iria gerar uma injustiça ou ocasionar, por exemplo, um enriquecimento sem causa, que são situações rechaçadas pelo ordenamento jurídico.

Esclarece Maria Helena Diniz (2013, p. 54) que “Não pode haver responsabilidade civil sem dano, que deve ser certo, a um bem ou interesse jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão”.

Silvio Venosa (2013, p. 38) explica que o dano consiste no prejuízo pelo agente, mencionado que a noção de dano está sempre ligada à de prejuízo e que, modernamente, encontra-se afeita a noção de “lesão a um interesse”. Assim, interesses atingidos ilegítimamente ocasionam danos, que podem atingir a espera patrimonial bem como a moral da vítima.

Já Maria Helena Diniz (2013, p. 80) menciona que o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) e que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.

Logo, o prejudicado necessita provar o dano para fazer valer a responsabilidade civil do agente. Não é obrigado, contudo, que a vítima prove o valor do dano sofrido posto que este elemento decorre da atuação do juiz, caso seja chamado a solucionar a questão.

Um destes tipos de dano é mais fácil de ser vislumbrado: que é o dano patrimonial. Para Silvio Venosa (2013, p. 42), o dano patrimonial, portanto, é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização.

A definição de Venosa carece de profundidade porque define o dano patrimonial a partir da possibilidade de sua reposição, em dinheiro. Por essa razão, prefere-se a definição proposta por Cavalieri Filho (2010, p. 73, grifos do autor):

O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o **conjunto de relações jurídicas** de uma pessoa apreciáveis economicamente. Essa definição [...] tem o mérito de abranger todos os bens e direitos na expressão conjunto das relações jurídicas, vale dizer, abrange não só as **coisas corpóreas**, como a casa, o automóvel, o livro, enfim, o direito de propriedade, mas também as coisas incorpóreas, como os direitos de crédito.

O outro tipo de dano é o moral, que mereceu, a partir da Constituição Federal de 1988, um maior respaldo e status, posto que, foi abandonada qualquer consideração até então existente de que a existência do dano moral estaria de certa forma, subordinado à existência do dano patrimonial.

Nesse sentido, Silvio Venosa (2013, p. 47) explica que se superou a renitência empedernida de grande massa da jurisdição, que rejeitava a reparação de danos exclusivamente morais. Assim, o dano moral seria o prejuízo que afeta o ânimo, psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos de personalidade.

Trata o Código Civil de 2002 em seu art. 186, que na prática de ato ilícito, mesmo que seja exclusivamente moral, e esse ato viole direito ou cause prejuízo à outra pessoa, poderá ser responsabilizado. Abrindo assim, a possibilidade de indenização pela ofensa à moral.

Percebe-se que determinadas ações acarretam prejuízos que ultrapassam a esfera patrimonial e alcançam de forma brusca a pessoa atingindo diretamente a sua dignidade, a sua moral, causando prejuízos incalculáveis para a vítima. Não sendo possível restituir o dano moral, retornando-o ao *status quo*, o que poderá ser feito é amenizá-lo com o ressarcimento à ofensa moral através de pecúnia, atribuindo uma indenização ao lesado compensando o prejuízo por ele sofrido.

Sergio Cavalieri (2010) constrói um conceito de dano moral a partir da Constituição Federal. Para ele, em razão da Constituição vigente, pode-se conceituar

o dano moral por dois aspectos distintos: um diretamente ligado ao conceito de dignidade, que é o sentido restrito, e um sentido amplo, que considera todos os bens personalíssimos, de ordem ética, mesmo que não atinjam a dignidade.

Os direitos de personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos de personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais [...] Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada (Cavaliere, 2010, p. 84).

No caso da responsabilidade por abandono afetivo, exige-se a presença de danos à personalidade do abandonado e, como não poderia deixar de ser, ele será mais grave quanto menor for a sua idade.

Esse dano torna-se mais gravoso no momento em que se dá na fase de desenvolvimento da personalidade, ocasião em que necessita de paradigmas de comportamento e ainda impressões de afeto que lhe transmitam direção e segurança para que venha a se desenvolver plenamente (KAROW, 2012, p. 220).

Ação e o dano, conforme explicado, são dois elementos necessários à responsabilidade civil. Entretanto, eles, separadamente, não se prestam a caracterização completa desse fenômeno. É preciso, ainda, que exista uma relação entre esses dois elementos. Essa relação se chama nexos de causalidade.

3.3.3 NEXO DE CAUSALIDADE

O vínculo entre o dano e ação é relação por meio da qual é estabelecido que o primeiro, é consequente do segundo, ou seja, o dano decorre, diretamente ou indiretamente, da ação comissiva ou omissiva.

Nas palavras de Sergio Cavaliere (2010, p. 47), conforme se extrai:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexos causal. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que

relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele.

Maria Helena Diniz (2010, p. 131) estabelece uma distinção entre nexos de causalidade e imputabilidade. Para a autora, a imputabilidade diz respeito a elementos subjetivos, enquanto que o nexo causal a elementos objetivos e que ela explica como sendo constituídos na ação ou omissão do sujeito.

Assim, o nexo causal é a relação entre a ação e o dano sob o aspecto objetivo, quando a ação causou ou produziu o dano patrimonial ou moral. A imputabilidade, por sua vez, é o elemento que liga o dano ao autor da ação e não à ação em si.

O nexo causal, entretanto, pode ser excluído por algumas situações que são previstas no ordenamento jurídico. Essas situações dizem respeito, em geral, ao elemento culpa da vítima ou de terceira ou a completa impossibilidade de evitar o evento, fato que é chamado força maior ou caso fortuito.

Maria Helena Diniz (2013) estabelece em cinco as razões excludentes do nexo de causalidade: culpa exclusiva da vítima; culpa concorrente; culpa comum; culpa de terceiro; caso fortuito ou força maior.

Silvio Rodrigues (2007) prefere tratar as duas primeiras causadas citadas de maneira unificada, sob o gênero Culpa da Vítima, exclusiva ou concorrente. Explica ele que no caso de culpa exclusiva, desaparece a relação de causa e efeito entre o agente causador do dano e o prejuízo da vítima. No outro caso, a responsabilidade é atenuada em razão da culpa concorrente da vítima.

Diniz (2013) esclarece que na situação de culpa concorrente não desaparece o nexo de causalidade, havendo apenas uma atenuação, o que leva a regra geral de indenização devida por metade. A mesma autora estabelece outra situação, chamada de culpa comum, diferenciando da culpa concorrente pelo fato de que na culpa comum há uma obrigação recíproca dos agentes se indenizarem, sendo em ambos, considerados vítimas. Com isso, pode ocorrer, na verdade, uma compensação.

Outra possibilidade da exclusão da responsabilidade é o chamado fato de terceiro, que ocorre quando outra pessoa, diferente do agente e da vítima, tem relação com o fato. Para Silvio Venosa (2013, p. 66), “Entende-se por terceiro, nessa premissa, alguém mais, além da vítima e do causador do dano”.

A discussão que se coloca é se, existindo fato de terceiro, estaria o causador do dano liberado, mesmo que parcialmente, de responsabilizar pelo prejuízo da vítima. Em sua obra, Silvio Venosa (2013) cita vasta jurisprudência para defender que o fato

de terceiro não afasta a responsabilidade do causador do dano. Para o autor, sempre é possível que o causador do dano exerça o seu direito de regresso contra o terceiro. Não se trata, portanto, de uma legítima exclusão de responsabilidade, mas da possibilidade do causador do dano, quando tiver que indenizar a vítima, poder se voltar contra o terceiro em ação regressiva ou, ainda, no mesmo processo por meio de denúncia à lide.

Existe muita discussão doutrinária acerca da diferença entre os conceitos de caso fortuito e força maior. Silvio Venosa (2013, p. 57) explica que:

Para alguns autores, o caso fortuito seria aquela situação normalmente imprevisível, fato da natureza ou fato humano. A força maior seria caracterizada por algo também natural ou humano a que não se poderia resistir, ainda que possível prever sua ocorrência.

Na prática, ambas as figuras se equivalem quanto ao efeito de excluir o nexo causal, pois, por serem eventos imprevisíveis ou irresistíveis, não haveria razão justa para responsabilizar a pessoa que agiu ou deixou de agir.

No caso da responsabilidade por abandono efetivo, é necessário que os danos alegados à personalidade da pessoa abandonada estejam intimamente relacionados ao abandono. Karow (2012, p. 120-121), ao falar sobre máculas na personalidade ou psicopatias, explica ser:

Necessário que estas estejam estritamente ligadas à conduta omissiva ou comissiva dos genitores, excluindo-se que o dano advenha de outras situações que possam ser pulverizadas. Registre-se que os danos sofridos em tenra idade são irreparáveis, uma vez que geram sequelas na personalidade, não raras vezes acompanhadas de distúrbios emocionais.

Esclarecidos, assim, os principais elementos caracterizadores da responsabilidade, os próximos tópicos tratarão dos tipos de responsabilidade: subjetiva e objetiva. Essa diferenciação decorre da necessidade de que um quarto pressuposto: a culpa.

3.4 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Tem-se responsabilidade do tipo subjetiva quando a culpa do agente é necessária para configurar o dever de indenização ou reparação do prejuízo sofrido pela vítima. Assim, é encontrada na culpa ou no dolo, a justificação da

responsabilização civil do agente causador do dano, com sua atitude comissiva ou omissiva na prática do ato ilícito.

Segundo Cavalieri Filho (2010, p. 16):

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

Portanto, a culpa gera a obrigação de reparação do prejuízo ou de arcar com indenização, cabendo ao prejudicado demonstrar a culpa do agente. Independentemente se o ato causador do dano, praticado por negligência, imperícia ou imprudência, bastando à comprovação da culpa.

Para que haja a responsabilização civil de pessoa causadora de ato danoso a outrem, essa responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente (RODRIGUES, 2003, P. 11).

Nem sempre, contudo, é fácil à vítima demonstrar a culpa do agente. Isso gerava situações em que o prejudicado não tinha como receber qualquer indenização pelo dano que sofreu. Com isso, ao longo do tempo, o pressuposto da culpa foi sendo desconsiderado, fazendo surgir outra forma de responsabilidade, a objetiva, baseada agora no risco e não mais na culpa.

3.5 RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A responsabilidade civil objetiva surge como meio de sanar os problemas advindos com a revolução industrial. Pois, com o desenvolvimento tecnológico e aumento populacional no meio urbano, tornou-se difícil à reparação civil pelo dano sofrido pela vítima, uma vez que, caberia à vítima provar a culpa do agente causador do prejuízo, para poder responsabilizá-lo, e conseqüentemente ser ressarcido.

Segundo Cavalieri Filho (2010, p. 16), menciona que a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna”.

Diante dessa necessidade de provar a culpa/dolo do agente causador, surge em alguns países (na Itália, na Bélgica, na França e posteriormente o Brasil) à

discussão sobre a sustentação de uma responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco.

O Código Civil (BRASIL, 2002) vigente traz no parágrafo único do artigo 927 que cabe ao autor do dano, a reparação do prejuízo à vítima, independentemente de culpa, trata-se da responsabilidade objetiva em reparar o dano causado à outra pessoa pela violação de uma obrigação jurídica, imposta por lei. Dessa feita, aqueles que praticam atividades de risco potencial, serão responsabilizados independentemente de provar a culpa, tornando-se passíveis de pagamento de indenizações.

A responsabilidade objetiva tem como meta principal, evitar injustiças e possibilitar às vítimas, a reparação dos danos sofridos sem a obrigatoriedade de provar a culpa/dolo do agente causador. Pois, quem lucra com determinada atividade ou situação, deverá indenizar aqueles que sofreram desvantagens em virtude destas, respondendo pelos riscos ou danos causados como forma de equilibrar os fatores econômico e social, retornando o prejudicado ao estado original, caso não possa ressarcir o prejuízo, fará jus a indenização.

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, determinadas situações, a reparação de um dano independentemente da culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e dever ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independente de culpa (GONÇALVES, 2014, p.48).

Nestes casos de responsabilidade civil o autor não viola a lei, age conforme a lei, entretanto, ocorrendo o dano e existindo o nexo de causalidade, haverá a reparação por considerar justo que o agente causador se responsabilize pelos danos causados, porque a pessoa que sofre o prejuízo sem culpa sua, tem direito a indenização.

3.6 RESPONSABILIDADE NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/1990, foi instituído em cumprimento a ordem mandamental da Constituição Federal de 1988, para estabelecer a proteção integral às crianças e adolescente. Ele possui o objetivo de

proteger os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana enquanto criança, bem como a regulamentação de órgãos e procedimentos de proteção à criança e do adolescente, instrumentos estes, auxiliares da pessoa em desenvolvimento e de uma sadia qualidade de vida.

O Estatuto, além de atribuir todos esses direitos à criança e ao adolescente, também esclarece as formas de que esses direitos sejam garantidos, por meio de responsabilidades, órgãos e ações voltadas ao bem estar da criança e do adolescente.

Para a defesa dos direitos dos menores, serão admissíveis todas as espécies de ações, aplicando-se-lhes as normas do Código de Processo Civil, e contra os atos abusivos e ilegais de órgãos públicos lesivos a direito líquido e certo será cabível ação mandamental, que se regerá pelos preceitos da lei do mandado de segurança (DINIZ, 2013, p. 676).

Quando se fala em responsabilidade proveniente do Estatuto da Criança e do Adolescente é preciso estar claro que a responsabilização pode ser cobrada do Estado, da família ou de qualquer pessoa que esteja descumprindo os preceitos do estatuto.

Com relação à responsabilidade do Estado, cabe observar que ela está prevista na Constituição Federal em seu art. 227 e seus parágrafos e incisos, e, também em seu art. 5º, 6º entre outros do mesmo diploma legal, como também no Estatuto da Criança e do Adolescente. Esses dispositivos tratam de direitos e garantias fundamentais e sociais inerentes à criança e ao adolescente; elencam um rol de direitos que cabe ao Estado, regular e assegurar esses direitos e impor deveres.

Trata o Estado, também de garantir a proteção judicial dos direitos individuais, coletivos e difusos que são próprios das crianças e adolescentes. Podendo qualquer pessoa, que no interesse de fazer valer esses direitos dos menores, caso sejam violados por ação ou omissão, seja do poder público ou do particular, provocar o Ministério Público.

Para Maria Helena Diniz (2013, p. 677), convém não olvidar que, pela Lei n. 8069/90, art. 220, qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, informando-o sobre fatos que constituam objeto da ação civil, indicando elementos de convicção. Portanto, cabe tanto ao Ministério

público, como aos entes federativos a titularidade ativa das ações que envolvam direitos difusos ou coletivos inerentes à criança e adolescentes.

Com relação à responsabilidade da família, Silvio Venosa (2013, p. 301) explica que apenas recentemente a doutrina preocupou-se com situações específicas que podem gerar dever de indenizar e com situações específicas que podem gerar o dever de indenizar entre membros da família, cônjuges, conviventes, pais e filhos”.

Essas situações específicas ainda são bastante discutidas na doutrina e na jurisprudência principalmente porque as normas legais não determinam todas essas situações específicas que gerariam o dever de indenizar.

Algumas situações já são expressamente previstas na legislação como uma obrigação e, por isso, o seu descumprimento gerariam o dever de indenizar, tais como a obrigação de alimentar entre ascendentes e descendentes, o dever de lealdade entre cônjuges etc. Entretanto, o campo obrigacional no direito de família é bem mais amplo do que qualquer lei possa expressamente prever de maneira específica. Para justificar essa amplitude recorre-se, então, a responsabilidade fundada em valores morais ou axiológicos.

Segundo Silvio Venosa (2013, p. 298):

Hoje fala-se de um direito geral da personalidade, de molde a garantir o respeito mútuo e recíproco em sociedade: desse modo, impõe-se que seja reconhecido um feixe de direito que proteja esses aspectos e reprima as distorções. É fato que a responsabilidade aquiliana, e especificamente o dever de indenizar no direito contemporâneo, deixou de representar apenas uma reposição patrimonial de prejuízo ou uma jurisprudência dirigida a esse sentido, deslocando-se para um campo cada vez mais axiológico ou de valores existenciais que se traduzem, no seu cerne, na possibilidade de indenização do dano exclusivamente moral.

Essa é a responsabilização que se busca discutir neste trabalho, ou seja, a de pais em relação a filhos centradas no valor moral e, talvez também legal, da obrigação de afeto daqueles para com estes. Entretanto, para que esse ponto possa ser discutido, é preciso explicitar, a responsabilidade civil dos pais pelos danos causados por abandono afetivo, o que será feito no próximo capítulo.

4 RESPONSABILIZAÇÃO DOS PAIS PELOS DANOS ORIUNDOS DO ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES MULTIPARENTAIS

No presente trabalho já foi apresentado o elemento afetivo como o elemento chave do conceito de família. Reafirmando esse posicionamento, Farias e Rosenvald (2010, p. 29) afirmam que “O afeto caracteriza-se, destarte, como o grande continente que recebe todos os mananciais do Direito de Família, podendo (*rectius*, devendo) ser o fundamento jurídico de soluções concretas para os mais variados conflitos de interesse estabelecidos nessa sede”.

Ou seja, para os autores citados, o afeto, além de ser o elemento definidor da família também deve ser o princípio utilizado para solucionar os conflitos que surgirem nessa seara do direito.

Nesse contexto, será realizado neste capítulo um estudo sobre o abandono afetivo e relatados os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito da responsabilização por danos decorrentes do abandono afetivo nas relações multiparentais.

4.1 ABANDONO AFETIVO

A proteção aos filhos é uma consequência do poder familiar e decorre do fenômeno chamado paternidade e maternidade responsável. Na atualidade, é grande o número de casos em que os genitores, ao se separarem dos respectivos cônjuges, deixam de conviver com os seus filhos, abandonando-os.

O abandono pode se dar pelo não provimento de recursos materiais necessários à criação dos filhos, mas também pela falta de carinho e consideração dos pais. Em qualquer dos casos, o abandono pode gerar sequelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável.

Essa possibilidade de prejuízo do desenvolvimento intelectual das crianças contraria direito assegurado pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pois conforme Maria Berenice Dias (2010, p. 452)

O ECA, ao regulamentar a norma constitucional, identifica, entre os direitos fundamentais dos menores, seu desenvolvimento sadio e harmonioso (ECA 7º). Igualmente lhes garante o direito de serem criados e educados no seio da família (ECA 10). O conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o

dever de criar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade.

Portanto, como na conjuntura atual a família está baseada no afeto e a todas as crianças é assegurado o direito de crescer no seio de uma família, todas elas têm o direito de receber afeto necessário ao seu desenvolvimento psíquico e social.

Assim, considera-se abandono não apenas a falta de provimento de meios materiais, mas também o desleixo e a negligência para com os sentimentos e as necessidades de afeto dos filhos. Álvaro Villaça Azevedo (2013, p. 246) esclarece que não basta o pagamento regular de pensão alimentícia, mas é preciso que existam cuidados pessoais com os filhos pensionados, como um dever inafastável decorrente da paternidade ou da maternidade.

Assim, considera-se abandono afetivo a situação em que, em afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, a pessoa não recebe o carinho, a consideração, o cuidado, ou seja, todos os bens imateriais necessários ao desenvolvimento saudável, em especial, o desprovimento repentino e imediato dos cuidados e do desenvolvimento afetivo que se vinha desenvolvendo para com o menor.

Neste ponto, chega-se a conclusão que o afeto é um direito de todo ser humano. Resta saber se, juridicamente, é possível que os pais, ao não garantirem esse direito aos seus filhos, podem ser responsabilizados civilmente, segundo as teorias da responsabilidade civil já estudadas no capítulo anterior.

Para isso, as principais posições doutrinárias e jurisprudências a respeito do tema serão explicitadas.

4.2 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS CONTRÁRIOS A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

A doutrina e a jurisprudência veem divergindo a respeito da responsabilização dos pais da obrigação de pagar indenização aos filhos por tê-los abandonados quando de sua formação pessoal, se omitindo de zelar pela criação e educação destes. É, no entanto, um celeuma de discussões (tanto na doutrina, quanto na jurisprudência pátria) a possibilidade de indenização quando os sujeitos que abandonam são os responsáveis afetivos, ainda, os pais socioafetivos.

Parte da doutrina vem questionando sobre a responsabilidade civil por dano afetivo apresentando que é um assunto sensível por se tratar de relação entre pais e filhos, quando biológicos, digo, oriundos de um contexto de parentalidade eminentemente genético; sendo mais complicado ainda a discussão e eventuais apontamentos existentes quando a ligação é discutida e verbalizada no âmbito dos sentimentos, na área em que o ser humano é mais sensível, por sua natureza e condição de ser em constante necessidade de afeto.

Nesse sentido é o comportamento dos grandes nomes na área, que veem travando vários debates em virtude das consequências jurídicas por se tratar dano estranho à reparação por não configurar de forma precisa os elementos caracterizadores da responsabilidade civil.

Sobre o abandono afetivo e o seu pertencimento a determinada classificação jurídica, Wesley Louzada Bernardo (2008, p. 480), há alguns apontamentos que norteariam a resposta. Seria esta uma nova categoria de dano moral? Quais seriam as características? Qual o bem jurídico lesado? Como caracterizar-se os elementos necessários à configuração de dever de reparar?

Evidente, portanto, que há uma interrogação a respeito dos elementos caracterizadores do dano afetivo. Salaria o autor, que a indenização relacionada à natureza sentimental carece de elementos convincentes para que o judiciário possa tomar decisões com prudência. Por apresentar dano afetivo natureza jurídica de caráter duplo: um de natureza compensatório e um outro de natureza punitiva.

O primeiro trata de reparar de forma pecuniária à pessoa lesada, por não mais haver possibilidade retornar ao *status quo ante*. Entretanto, busca-se proporcionar uma diminuição do sofrimento suportado. O segundo teria o condão de punir o ascendente pelo desamor diante dos filhos abandonados quando de sua fase de desenvolvimento.

Todavia, para configurar o dano efetivo será necessário que esteja caracterizado, o ato ilícito e que este ato preencha aos pressupostos da responsabilidade civil.

Conquanto seja intuitivo que um menor cuja criação e educação seja negligenciada por um - ou ambos- dos componentes do casal parental, é vítima, ao menos potencial, de um dano, para que aí exsurja o dever de indenizar não de caracterizar-se de forma extrema de dúvidas os elementos constitutivos da responsabilidade civil, quais sejam, o dano, o nexo de causalidade e a culpa (BERNARDO, 2008, p.487).

A conduta omissiva dos pais vem sendo entendida por parte da jurisprudência, como cláusula não obrigatória na responsabilização civil destes em relação aos filhos, por não preencher os requisitos da responsabilidade civil. Assim, não configura o dever indenizar, pois entendem que não há como mensurar o valor do afeto.

Desse modo, não há em se falar em indenização por abandono afetivo por entender que os pais não têm a obrigação de reparar os danos afetivos causados aos filhos, por falta de afeto. Nessa mesma linha de entendimento, posiciona-se o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), aduzindo que:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PAI. ABANDONO AFETIVO. ATO ILÍCITO. DANO INJUSTO. INEXISTENTE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MEDIDA QUE SE IMPÕE. O afeto não se trata de um dever do pai, mas decorre de uma opção inconsciente de verdadeira adoção, de modo que o abandono afetivo deste para com o filho não implica ato ilícito nem dano injusto, e, assim o sendo, não há falar em dever de indenizar, por ausência desses requisitos da responsabilidade civil". (TJMG, AC 0063791-20.2007.8.13.499, 17ª C. Cível, Rel. Des Luciano Pinto, julg. 27.11.2008, pub. 09.01.09).

Ao posicionar-se sobre o tema, Bernardo (2008, p. 487) demonstra, contrariamente ao exposto, que tal postura seria inaceitável, devendo estar caracterizado o ato ilícito (art. 186) a fim de que se estabeleça o abandono afetivo como fundamento reparatório aos danos morais.

Desse modo, assevera o autor que o abandono afetivo não constitui dano passível de reparação civil e, que a responsabilidade civil deve se limitar a seu campo de atuação, não devendo se espalhar por terrenos que não alcança, para não perder o prestígio que tem conseguido na seara jurídica.

Inclusive a jurisprudência do tribunal do Rio Grande do Sul tem afastado a responsabilidade indenizatória utilizando o argumento de que deve-se, necessariamente, existir um período de convivência, por eles determinado "por uma vida toda", para que, somente após a verificação desse conceito, extremamente subjetivista, seja possível a configuração da efetiva responsabilidade, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INVESTIGANTE QUE CONTA COM PAI REGISTRAL. RESULTADO DE EXAME DE DNA QUE APONTA PROBABILIDADE SUPERIOR A 99,99999% DE QUE O INVESTIGADO SEJA O PAI BIOLÓGICO DA INVESTIGANTE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COM O PAI REGISTRAL COMO ÓBICE À PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INVESTIGATÓRIO. NÃO CABIMENTO. PRETENSÃO DE REPARAÇÃO

DE DANOS MORAIS POR ABANDONO AFETIVO. AUSÊNCIA DE PEDIDO ESPECÍFICO NA EXORDIAL, NO PONTO. DESCABIMENTO DA ANÁLISE DO PLEITO.

1. (*omissis*).

2. Isso porque, em regra, o argumento da prevalência da paternidade socioafetiva em relação à paternidade biológica somente é passível de acolhimento para fins de manutenção do vínculo parental estampado no registro de nascimento, em prol do filho, quando é do interesse deste preservar a posse do estado de filho consolidada ao longo do convívio com o pai registral, e não contra este. **A exceção à mencionada regra se dá em circunstâncias muito especiais, quando a relação socioafetiva é consolidada ao longo de toda uma vida** - o que não se verifica no caso em exame, em que a autora possuía apenas 34 anos de idade à época do ajuizamento da ação

3. (*omissis*). DERAM PROVIMENTO EM PARTE. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70063020002, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 09/04/2015). (TJ-RS - AC: 70063020002 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 09/04/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/04/2015). Grifo nosso.

A exceção que levanta o Tribunal Mineiro, refere-se à possibilidade de perfazimento de um método em que o fator temporal, aquele em que o hermeneuta venha a considerar suficiente para identificar se há, de fato, a verdadeira construção dos vínculos entre os sujeitos litigantes, por uma questão eminentemente normativa, seja objetivamente satisfatório aos fins legais pleiteados. O que é totalmente desarrazoado atribuir tamanha objetividade a uma relação que se constrói no campo mais tênue do complexo do ser humano, a *psique*. É, inclusive, uma limitação a própria infinitude dos sentimentos, em total descompasso a proximidade em que deve o sistema jurídico gravitar nas relações sociais em sua intensidade.

Passaremos então a analisar os posicionamentos favoráveis ao direito/dever de indenização por abandono efetivo.

4.3 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS FAVORÁVEIS A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Contraopondo-se aos posicionamentos retro citados, há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis à obrigação dos pais de indenizar os filhos pelo abandono efetivo, e, em especial nas relações pluriparentais, em muito, principalmente, quando da omissão de criar e educar os filhos menores. Para isso, é utilizado critério interpretativo da norma visando à valoração do ser humano, a alcançar o ápice na sua dignidade, além das consequenciais lógicos sequenciais, isto é, previsíveis, a situação em concreto.

Fato que se observa no alargamento do ordenamento jurídico vigente, através da interpretação da lei levada para além do conhecimento material alcançando a moral, como bem reparável civilmente.

Pois, tomando por base o princípio da dignidade humana o Tribunal de Justiça de São Paulo, tem se posicionado favorável a indenização por abandono afetivo moral e material, assim expondo:

Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim” (TJSP, 8ª Câm. De Direito Privado, Apelação com Revisão 511.903-4/7-00- Marília-SP, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 12.03.2008, v.u)(TJSP, 2008 *apud* TARTUCE, 2012, p. 1033).

Fica assim, demonstrado a incidência do dever de indenizar caso ocorra o abandono material e moral por parte dos pais aos filhos, levando em consideração para tal indenização, às consequências advindas da falta de afeto, da presença paterna e outros fatores que influenciam na formação da criança e adolescente no seu processo de desenvolvimento pessoal e social. Dessa forma, tais decisões, influenciadas pela dignidade da pessoa humana ferida no seio familiar, veem, a cada dia se firmando na doutrina e jurisprudências pátrias.

Já decidia com vistas à dignidade da pessoa humana o extinto tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais:

Indenização danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana” (TAMG, Apelação Cível 408.555-5, 7ª Câmara de Direito Privado, decisão 01.04.2004, Rel. Unias Silva, v.u.)(TAMG, 2004 *apud* TARTUCE, 2012, p. 1032).

Trata o presente julgado de que a obrigação de indenizar se deu em virtude da privação do direito à convivência da criança com seu genitor, ferindo então sua dignidade enquanto pessoa humana. Portanto, o abandono afetivo por parte do pai

gerou a obrigação de reparação dos danos causados pela ausência de afeto, amparo, educação, dentre outros prejuízos causados a sua prole.

Para Flávio Tartuce (2012, p. 1033) é perfeitamente possível a indenização, eis que o pai tem o dever de gerir a educação do filho. A violação desse dever pode gerar um ato ilícito, nos termos do art. 186 do CC, se provado o dano à integridade psíquica”. Então, caso seja provado que a ausência do genitor na vida do filho deu causa ao dano psíquico, entende o autor se passível de reparação civil.

Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. É esse o ideal que norteia, portanto, o contexto em que se consolidam as decisões que reconhecem a possibilidade indenizatória nas relações pluriparentais.

Os Tribunais veem discutindo porque os pais abandonam seus filhos de forma afetiva e material, rejeitando-os sem se preocuparem com os danos causados a sua prole. Nesse sentido existem decisões favoráveis a responsabilizar os pais pelos danos afetivos sofridos pelos filhos em decorrência do abandono.

O STJ vem decidindo positivamente em relação ao dever de os pais em reparar os filhos pelos danos causados por abandono afetivo. Cita-se aqui o recurso especial de nº. 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), que foi julgado em 24 de abril de 2012 pelo STJ:

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

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

de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

No mesmo recurso, a Ministra Nancy Andrighi que em seu voto trouxe um argumento renovador sobre a forma de julgar, reconhecendo o afeto como valor jurídico, reconhecendo a obrigação de indenizar por parte do pai a filha abandonada afetivamente. Assim asseverando:

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

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

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

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever [...] (BRASIL, 2012). Grifo nosso.

Ademais, desde 2016, com a tese firmada quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 898060, pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral devidamente reconhecida, de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios. Na prática, o STF reconheceu a multiparentalidade, consolidando assim, o vínculo socioafetivo em igual grau de hierarquia jurídica e admite a nova tese da multiparentalidade.

E, nesse sentido, não poderia, por óbvio, existir tratamento diverso do que fora atribuído (e que já está devidamente consolidado no sistema jurídico brasileiro

contemporâneo) quanto ao dever de indenizar às famílias tradicionais para com as famílias contemporâneas, em especial, as que norteiam o presente estudo, digo, as famílias pluri/multiparentais. Seria a própria feição e materialização do que se determina no âmbito jurídico de *dois pesos e duas medidas*, tendentes pois á uma

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que vem sendo grafado na construção, estudando-se as formas de construção das famílias, suas concepções plurais ao longo dos tempos, e, vendo como as teorias das responsabilizações estão diretamente relacionadas a possibilidade de abandono afetivo nas relações multiparentais, pode-se chegar as as premissas que passamos a expor.

Inicialmente, os traços que denotam a aplicação da responsabilidade civil por abandono afetivo são objetivos, isto é, aplicam-se quando, nas situações em que a legislação estabeleceu como lesivas ao desenvolvimento e crescimento saudável, seja criança ou adolescente (principalmente). Desse modo, não se tem como justificar a impossibilidade de aplicação dos efeitos da responsabilização das circunstâncias indenizatórias quanto as famílias afetivas, justamente pelo fato de o afeto não ser um critério biológico e construtivo de família. Demonstrou-se, inclusive, o inverso.

Pois, de acordo com o que foi trilhado até o presente, percebemos que o afeto, que não se exige, não se impõe, e é o marco que perfaz, constitui e externa com clareza a constituição do vínculo entre quem provem e quem recebe. Principalmente por esse fator, por adentrar na esfera psicológica, por satisfazer ausências de carinho, comportamento e emoções é que, ainda mais deve ser aplicado a devida responsabilização.

O que se percebe é que o ordenamento jurídico Brasileiro, caminha a passos tardios em relação aos temas e principais preocupações que inquietam a contemporaneidade. Digo, quando as respostas estatais e as suas devidas regulamentações para determinados comportamentos que antes não reclamavam nenhuma atuação estatal, vêm a surgir, são posteriores, e, justificam fatos que o senso comum já passou a estabelecer como “ideal”, “comum”. Ou seja, o sistema jurídico atual não está, ainda, preparado para tratar das questões de multiparentalidade com o devido cuidado que merecem.

Em tal grau, existe um grande entrave quanto as decisões de abandono afetivo nas famílias pluriafetivas, principalmente nas instâncias superiores, tendo em vista o limbo jurídico do tema, e a impossibilidade de se tratar objetivamente essas questões, em qualquer tribunal, de forma equânime.

Esse fato é corroborado quando, muitas decisões que envolvem a matéria do presente estudo, encontram-se suspensas de julgamento, ante a tomada de

repercussão geral que o tema assumiu pela corte máxima da justiça brasileira, há, mais de dois anos. O que nos faz questionar ainda a insegurança do judiciário em inovar efetivamente, nas questões jurídicas delicadas, como é o tema em deslinde.

A falta de preparo e decisões só reflete o despreparo do sistema jurídico em discutir, ainda que preventivamente, o tema, influenciando e trazendo margens mínimas de atuação no tratamento ao tema proposto.

No entanto, brilhantemente, durante o último ano, o Instituto Brasileiro de Direito de Família, atento para a modernidade e novidade do tema, tem procurado discutir, dentro dos seus sistemas, as formas de multiparentalidade e seus reflexos jurídicos na sociedade. O pontapé inicial já foi tomado.

Ainda, no que se refere a indenização efetivamente, reiterando nosso apontamento quanto a possibilidade, percebemos que há uma linha crível para que as cortes superiores passem a tratar da possibilidade, uniformizando a atuação no judiciário nacional, principalmente pelas entrelinhas das últimas decisões quanto ao abandono afetivo nas famílias tradicionais.

Há, porém, entrave de outra ordem, que pode influenciar demasiadamente, no tema, que é o tradicionalismo nas decisões dos ministros, que não é a regra, esclareça-se, mas, que pode acabar retardando as questões das lides que encontram-se pendentes de demanda jurídica.

Desse modo, entendemos ainda que, a afetividade não deve ser utilizada como um escudo, para defesa pessoal, e evitar ao máximo ser responsável, ainda que pelo minimamente necessário, quando se há uma contribuição anterior para tal fato, seja com ações, com carinho, com afeto e com amor em uma relação familiar.

O dilema do amor, afeto e do abandono afetivo sempre serão constantes na sociedade, pois caminha-se pelos dilemas mais tortuosos da humanidade, os sentimentos. Não se pode fechar os olhos para o que há, precisamos discutir, aperfeiçoar e solucionar. Pois, o amor não resiste onde não possa transbordar.

E quem poderá dizer, se no jogo do amor, o vencedor é o que mais ama, quando se deixa de amar? Se podemos sopesar o amor?

REFERÊNCIAS

Azevedo, Álvaro Villaça **Direito de família: curso de direito civil** - 1ª ed. - São Paulo: Atlas, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** - 2ª ed. – São Paulo: Saraiva 2010.

BERNARDO, Wesley Louzada, **Dano moral por abandono afetivo: um nova espécie de dano indenizável?** Diálogos Sobre o Direito Civil – volume II / Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (organizadores). – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988. < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.constituicao.htm>. Acesso em 18.10.2018

BRASIL. **Código civil, lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 18.10.2018

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em 18.10.2018

BÍBLIA SAGRADA, Edição Pastoral – São Paulo: Paulus, 1990.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de responsabilidade civil** /Sérgio Cavalieri Filho. – 9ª ed. – São Paulo : Atlas, 2010.

CUNHA JR., Dirley, **Curso de Direito Constitucional**, 6ª ed. revista, ampliada e atualizada. – Salvador- Bahia : Editora JusPODIVM, 2012

DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito de Famílias-6ª ed. revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol.5.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson, **Direito das Famílias/** Cristiano Chaves de Farias/Nelson Rosendal. -2ª Ed. 2ª tiragem. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze, **Novo Curso de Direito Civil, volume 6 : Direito de Família - As Famílias em Perspectiva Constitucional** /Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 2. Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família, São Paulo. Saraiva, 2010. V.5.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo - Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais**. 1ª ed. – Curitiba: Juruá Editora, 2012.

NADER, Paulo, **Curso de Direito Civil**, v. 5: direito de família/Paulo Nader. – Rio de Janeiro: forense, 2010.

LANDO, Giorge André; SANTOS, Lucas Emmanuel Fortes dos. **Multiparentalidade. O poder familiar e as mudanças trazidas pela Lei nº 13.058/2014 acerca do instituto**. 2017. Disponível em < <http://dx.doi.org/10.14690/2317-8442.2016v43196> >. Acesso em: 12.09.2018.

LOUREIRO, Luiz Guilherme, **Registros Públicos: teoria e prática** / Luiz Guilherme Loureiro. – 4. ed. ver. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : Método, 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

RODRIGUES, Silvio, **Direito Civil**, v. 4. **Responsabilidade civil** / Silvio Rodrigues. – 20ª. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1 -2002) – São Paulo, 2003.

STOCO, Rui, **Tratado de responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência, Tomo I /Rui Stoco. – 9ª ed. rev., atual. e reformulada com Comentários ao Código Civil. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio, **Manual de direito civil**: volume único/Flavio Tartuce. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 13. ed. 2013. Atlas. São Paulo.