

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE-UFCG
CENTRO DE CIENCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS-CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

LÁSCIO LUIZ ABRANTES DE SENA JUNIOR

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PERANTE O ABANDONO AFETIVO DOS
FILHOS: POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL

SOUSA
2015

LÁSCIO LUIZ ABRANTES DE SENA JUNIOR

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PERANTE O ABANDONO AFETIVO DOS
FILHOS: POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador (a): Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

SOUSA

2015

LÁSCIO LUIZ ABRANTES DE SENA JUNIOR

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PERANTE O ABANDONO AFETIVO DOS
FILHOS: POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador (a): Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

BANCA EXAMINADORA: DATA DE APROVAÇÃO: ____/____/____

Orientador: Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Examinador Interno

Examinador Externo

RESUMO

O presente estudo procurou demonstrar a importância do afeto nas relações paterno-filiais, bem como a possibilidade da indenização do dano moral no abandono afetivo. A família é considerada a base da sociedade, é o principal agente socializador do ser humano. O Estado tem o direito de preservar e organizar a vida em sociedade a fim de garantir a estruturação familiar, dada a constante evolução que a família contemporânea passou. A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar danos emocionais e comprometer o desenvolvimento da prole. A omissão dos pais no exercício do Poder Familiar vem ensejando a reparação civil pelo dano afetivo. Em casos passados, tal reparação não era possível, sob o argumento de ser impossível quantificar o amor, não obrigando ninguém a amar ninguém. Decisões recentes dos Tribunais Superiores têm sido favoráveis no sentido de indenizar os pais que não derem afeto aos filhos. O Dano Moral é um instituto jurídico possível de ser aplicado como meio preventivo de situações de abandono afetivo e ainda como instrumento punitivo daqueles que descumprem os deveres de convivência familiar e violam o princípio basilar de toda relação interpessoal, a dignidade da pessoa humana. Para a propositura da ação de danos morais por abandono afetivo, o dano deverá ser evidente, comprovando-se a inexistência do afeto, sentimento este que deveria fazer parte das relações familiares. Sendo assim, o dever de indenizar originário do abandono afetivo fundamenta-se no dano concreto à personalidade do indivíduo e no nexo causal. Devido sua relevância jurídica, bastante discutido na doutrina e tribunais, merece uma análise detalhada através de pesquisa Bibliográfica-Documental com abordagem Dedutiva com intuito de refletir os posicionamentos antagônicos a respeito do tema.

Palavras-chaves: Responsabilidade civil. Abandono afetivo. Família. Filhos.

ABSTRACT

This study aimed to demonstrate the importance of affect in paternal-filial relationship, and the possibility of compensation for moral damages in the affective abandonment. The family is considered the foundation of society, is the primary socializing agent of the human being. The state has the right to preserve and organize life in society in order to ensure the family structure, because of changing that contemporary family spent. The lack of interaction of parents with children, in the face of disruption of the affective link, can generate emotional damage and compromise the development of the offspring. The omission of the parents in the exercise of Family Power comes occasioning civil compensation for emotional damage. In past cases, such repair was not possible, on the grounds of being impossible to quantify love, not forcing anyone to love anyone. Recent decisions of the High Courts have been favorable towards indemnify parents who do not give affection to their children. The Moral damage is a possible legal principle to be applied as a preventive means of emotional abandonment situations and as a punitive instrument of those who violate the family life of duties and violate the fundamental principle of all interpersonal relationships, the dignity of the human person. For the filing of moral damages for emotional abandonment, the damage should be evident, confirming the lack of affection, feeling that this should be part of family relationships. Thus, the duty to indemnify originating affective abandonment is based on the actual damage to the individual's personality and the causal link. Because of its legal significance, much discussed in doctrine and courts, deserves a detailed analysis through Bibliographic-Documentary research Deductive approach aiming to reflect the contending positions on the subject.

Keywords: Civil liability. Emotional abandonment. Family. Children.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DA FAMÍLIA	10
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR	10
2.2 SENTIDOS DA PALAVRA FAMÍLIA.....	12
2.3 ESPÉCIES DE FAMÍLIA.....	15
2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À FAMÍLIA.....	18
2.4.1 Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana	18
2.4.2 Princípio da afetividade	20
2.4.3 Princípio da igualdade entre os filhos	21
2.5 FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	21
3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	27
3.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	27
3.2 NATUREZA, FUNDAMENTO JURÍDICO E A FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	28
3.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	28
3.4 PRESSUPOSTOS DE APLICABILIDADE	29
3.4.1 Conduta humana	30
3.4.2 Dano	30
3.4.3 Nexo de Causalidade	31
3.5 RESSARCIMENTO, REPARAÇÃO E INDENIZAÇÃO	32
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PERANTE O ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS: POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL	36
4.1 AFETIVIDADE.....	36
4.2 DEVERES JURÍDICOS DOS PAIS NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS.....	37
4.3 ABANDONO AFETIVO.....	37
4.3.1 Efeitos e prejuízos decorrentes do abandono afetivo	38
4.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS	39
4.4.1 Entendimento Jurisprudencial	39
4.4.2 A quantificação do Dano Moral e a sua Finalidade	41
4.5 GUARDA COMPARTILHADA E A NOVA LEI Nº 13.058	41

5 CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS.....	47

1 INTRODUÇÃO

No presente estudo se fará uma análise da responsabilidade civil dos pais perante o abandono afetivo dos filhos. Com a dissolução da família, muitas vezes, um dos genitores acaba deixando o(s) filho(s) de lado, o que traz sérias consequências psicológicas e repercutirá futuramente nesta criança ou adolescente quando adulto.

O tema proposto tem sua relevância atual, pois aborda a questão da negligência dos pais e o abandono afetivo, que fere dispositivo constitucional no tocante à família e principalmente à criança e ao adolescente.

Portanto, tem-se como objetivo geral, analisar a responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos na legislação brasileira, bem como a possibilidade da reparação do dano moral em virtude da omissão afetiva.

São objetivos específicos, realizar uma análise sobre a evolução da família, verificando os princípios constitucionais que dispõe sobre a proteção da criança e do adolescente, tais como: o princípio da afetividade e o princípio da dignidade humana; compreender os dispositivos da responsabilidade civil, as suas espécies e os pressupostos de aplicabilidade; descrever o conceito e jurisprudências que abordam responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos,

O presente trabalho torna-se de extrema relevância para o meio jurídico, pois, será colocado em discussão tema abrangente ao Direito Constitucional, Familiar, Criança e Adolescente.

Dada a abrangência do tema, o trabalho será desenvolvido partindo dos conceitos jurídicos sobre a família, nas origens, até que progressivamente seja atingido e discorrido o tema proposto.

A metodologia utilizada foi por meio do Direito Comparado, de forma Descritiva, através de pesquisa Bibliográfica-Documental com abordagem Dedutiva.

No capítulo primeiro, serão abordado os princípios constitucionais afetos ao tema e refletiremos sobre a importância da família na formação dos filhos e da sociedade.

O Direito de Família evolui em etapas, com diversas leis, notadamente o estatuto da mulher casada Lei nº4.121/62 e a Lei nº6.515/77, que regulou a dissolução da sociedade conjugal e do casamento. O mais importante passo ocorreu

com a CF/88, que tratou do Direito Civil, especialmente o Direito de Família. Diniz (2013, p.17) conceitua o Direito de Família como sendo “[...] o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas do matrimônio e a dissolução deste, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela.” Assim, e buscando base teórica em outros doutrinadores, inevitável discorrer sobre o tema proposto sem uma breve exposição de relevantes direitos.

No capítulo segundo, tratar-se-á do instituto da responsabilidade civil, o seu conceito, evolução histórica, espécie e pressupostos de aplicabilidade da responsabilidade civil em território nacional.

No capítulo terceiro, tratou-se da responsabilidade civil dos pais em face perante o abandono afetivo dos filhos, definindo-se o conceito e características do instituto responsabilidade civil, será submetido ao debate sobre a questão da afetividade, da responsabilidade dos pais para com seus filhos de acordo com a análise de decisões jurisprudenciais.

2 DA FAMÍLIA

A família é considerada a base da sociedade. É o principal agente socializador do ser humano. O Estado tem o direito de preservar e organizar a vida em sociedade a fim de garantir a estruturação familiar, dada a constante evolução que a família contemporânea passou.

Com a necessidade de alterações das leis para se adequar a realidade social das famílias, surge a possibilidade da reparação civil decorrente do dano afetivo paterno/filial. Para compreender melhor essa problemática, faz necessário um estudo detalhado do instituto “família”.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR

A estrutura da família brasileira foi baseada em moldes patriarcais¹, onde prevalecia o poder hierárquico do pai sobre a administração familiar, incluindo o poder de mando sobre a mulher e os filhos. Eram organizados a desempenhar verdadeira função de cunho econômico, ou seja, prevalecia o caráter produtivo e reprodutivo.

Para Dias (2013, p.28):

A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Como era entidade patrimonializada, seus membros representavam força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal.

Com surgimento da revolução industrial, deu-se início a grandes transformações no núcleo familiar, principalmente na introdução da mulher no mercado de trabalho, devido a necessidade de mão de obra.

¹ O conceito moderno de família difere daquele existente no século XIX. Pelo Código Civil de 1916, família era constituída tão-somente pelo casamento. O legislador via no casamento a única forma de família. Com o transcorrer dos anos, novas espécies de família foram sendo reconhecidas pelo legislador (FARIA; SOUZA, 2004).

A vida familiar apresentou mudanças em todos os segmentos da população nos últimos 30 anos. Dentro do tradicional casamento, a esposa e os filhos passaram a colaborar com o pai no sustento do lar através da vinculação no mercado de trabalho. Entre as explicações mais comuns para essas mudanças nas estruturas familiares nos anos 80, estão a crescente e marcante presença das mulheres brasileiras nos espaços públicos nas últimas décadas, acompanhadas pelas discussões sobre feminismo, trabalho, desigualdades e direitos da mulher. A década de 80 abre perspectivas de maior organização e participação política dos diferentes segmentos sociais, o que se vê nas conquistas constitucionais e muito embora não resultem na melhoria da qualidade de vida para a maioria dos brasileiros.

Dessa forma, a partir dos anos 80, no Brasil, muitas alterações relacionadas ao conceito de família têm acontecido. A Constituição Brasileira, em seu artigo 226, define a família como a base da sociedade, reconhece a união estável, entende que o grupo familiar pode ser constituído por qualquer um dos pais e seus descendentes e estabelece que os direitos e deveres sejam igualmente exercidos pelo homem e pela mulher (BRASIL, 1988).

O ordenamento jurídico adota a família como espaço vital e essencial no fortalecimento da humanização e da socialização da criança e do adolescente, mas reconhecem também, o Estado e a sociedade como co-participantes desse processo, através do atendimento das peculiaridades e da garantia da proteção social aos núcleos familiares, por meio de políticas públicas .

O Estatuto da Criança e Adolescente (ECA, 1988) reconhece direitos para crianças/adolescentes e estabelece as responsabilidades que devem desempenhar os adultos, assim como, o Estado e sociedade, em uma conjuntura muito distinta das leis anteriores. Essas alterações são resultantes das recentes condições estabelecidas que concomitantemente, geram modificações tanto na esfera pessoal, familiar, cultural e jurídica.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989, p.60) é um dos documentos internacionais que caracterizou a família como:

[...] grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, (devendo) receber a proteção e a assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade.

A processualidade histórica da instituição familiar desafia qualquer conceito uniformizador, na qual estão ligadas as mudanças que correspondem um universo de relações diferenciadas e múltiplas. Na visão de Sarti (2003, p.39) essas mudanças atingem de modo diverso cada uma destas relações e cada uma das partes das relações.

Segundo Szymanski (2002), atualmente, nota-se que nas diversas tendências de conceituação de famílias, e os seus diferentes desenhos, está relacionado diretamente aos fatos vividos contemporaneamente. Para Szymanski (2002), tal variedade faz com que se mude o foco da estrutura da família nuclear, como modelo de organização, para considerar novas questões em relação à convivência entre as pessoas na família, sua relação com a comunidade mais próxima e com a sociedade mais ampla.

Para compreensão dessas mudanças, torna-se imperativa a alteração na disposição de compreender a configuração da nova família, ponderando que há reflexo da sociedade, tanto na forma de se viver em família, quanto nas relações interpessoais.

2.2 SENTIDOS DA PALAVRA FAMÍLIA

A definição de família ocorre dentro de um contexto histórico-social que lhe confere características específicas de acordo com os valores, a cultura, as leis e os costumes de cada grupamento social particular. Gizlene Neder afirma que, para falarmos da história das famílias brasileira, precisamos trabalhar com as famílias “*no plural, tendo em vista a multiplicidade étnico-cultural que embasa a composição demográfica brasileira*” (NEDER, 1994, p. 26).

Essa concepção, corroborada por vários outros autores (DA MATA, 1987, NEDER, 1994; CORREA, 1988; MIOTO, 2002; SARTI, 2003; PEREIRA, 2004), tem implicações importantes para os trabalhadores sociais, que devem levar em consideração a diversidade dos códigos culturais, econômicos e sociais que regem as relações familiares.

Esses autores trouxeram um ponto de vista mais crítico sobre a constituição das famílias brasileiras, apontando as diferenças familiares, operando entre os ‘valores culturais’ e as ‘realidades materiais’ nos mais variantes contextos. Nesta mesma direção a pesquisas da antropologia, como as de Fonseca (2002) e Sarti (2003) apontam para o enfraquecimento do modelo hegemônico, lembrando a variedade de desenhos familiares encontradas hoje, extinguindo o pensar em “a família”.

A família vem, portanto, se revelando como algo bem mais complicado do que imaginávamos. E, tendo reconhecido essa complexidade, temos dificuldade em aceitar as receitas teóricas clássicas que nos ofereciam modelos simplificados. Assim, o modelo patriarcal, elaborado por Gilberto Freyre no início dos anos trinta, no âmbito da “casa grande” nordestina deixou de ser visto como matriz da família brasileira tradicional. (FONSECA, 2002, p. 3)

É impossível aceitar um conceito universal de família, rígido e engessado. Pois ao analisar, a composição familiar brasileira, mais amplo ainda fica sua acepção, devido a gigantesca pluralidade. Como exemplo vizinhos muitas vezes também são apreciados como componentes da família, surgindo assim, uma família extensa, mesmo que as pessoas não residam na mesma casa (SARTI, 2003).

Deste modo, sabendo que nas famílias existem complexas relações, onde acontecem constantes modificações e por ser eminentemente uma estrutura mutável, esta procura por um conceito único de famílias se torna difícil, pois, segundo Lefaucher (1991, p. 479) família é “*o lugar onde se entrecruzam as relações sociais fundadas na diferença dos sexos e nas relações de filiação, de aliança e coabitação*”.

De acordo com Prado (1995, p.85):

A família não é um simples fenômeno natural, é uma instituição social variando através da história e apresentando até formas e finalidades diversas numa mesma época e lugar, conforme o grau social que esteja sendo observado, a família, como toda instituição social apresenta aspectos positivos, enquanto núcleo afetivo, de apoio e de solidariedade. Mas, apresenta, ao lado destes, aspectos negativos, como a imposição normativa através de leis, usos e costumes, que implicam formas e finalidades rígidas. Torna-se, muitas vezes, elemento de coação social, geração de conflitos e ambiguidades.

Anderle (2008, p.175) “*compreende que a família propicia os aportes afetivos e, sobretudo materiais necessários ao desenvolvimento e bem-estar de seus componentes*”. E outros autores complementam que a família desempenha um papel decisivo na educação formal e informal, é em seu espaço que são absorvidos os valores éticos e humanitários, e onde se aprofundam os laços de solidariedade.

A família é responsável pela iniciação das crianças na cultura, nos valores e nas normas de sua sociedade começa na família, para um desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança deve crescer num ambiente familiar, numa atmosfera de felicidade, amor e compreensão (KALOUSTIAN, 2008, p.115).

Outros estudos como o de Sarti (1996) e Pereira (2004) ressaltam que a família é o primeiro contato da criança com o mundo. A família contribui para a formação do seu caráter e do senso de justiça.

Do analisado até aqui se depreende que pode perceber o grau de responsabilidade delegado à família por parte dessa instituição universal. Essa é a idéia da UNICEF que nos oferece uma base para pensar que a família nuclear é constituída como sugere a Constituição Federal de 1988: “*Uma união estável entre homem e mulher ou qualquer dos pais e seus descendentes*”.

Esse é o discurso oficial que através do tempo se vem sendo repetido pelo governo e suas instituições, Sapienza *apud* Kaloustian (2004, p.155):

Família é o conjunto de pessoas que se interligam para trocar amor, fraternidade, carinho, que possam trocar entre si uma energia suficiente que lhes permita conseguir um equilíbrio emocional, para suportar os desequilíbrios e/ou momentos ruins da vida.

Estas definições sobre família nos remetem á definição da Igreja que, segundo Schwartzman (2008, p.36) “*Família é uma comunidade constituída pelo casamento indissolúvel com o fim essencial de gerar, criar e educar a descendência*”. Neste discurso, a família deve apresentar-se através do modelo nuclear “ideal”, o qual desde criança vemos nos livros escolares, nos filmes, na televisão. Um modelo de onde não é permitido sair, Szymanski (2002) nos lembra que os indivíduos que não logram cumprir esse modelo ideal são tomados por desajustados ou inferiores.

2.3 ESPÉCIES DE FAMÍLIA

Nesse momento de grandes transformações, talvez o discurso que mais se adapte seja o de Gomes (2008, p.39) que ressalta que:

Não há dúvida, a família é o centro de convergência de todas as tensões sociais além de ser o palco em que se realizam transformações radicais no que tange aos papéis sociais masculinos e femininos, à distribuição da autoridade, a aprendizagem da relação autoridade/submissão, à sexualidade e outras mais.

Entretanto, como já foi analisado anteriormente, nos deparamos com diversas configurações familiares, no sentido de vivências culturais, sociais e econômicas. De acordo com Miolo *et al* (2007) as famílias se modificaram, como também modificou-se a sociedade. Estudos de Szymanski (1992) chama atenção que a observação da constituição da família atual deve ser olhada de uma forma mais crítica, pois os ideais de família constituído por um homem e uma mulher são paradigmas que sofreram modificações e ganharam, além desta, diferentes constituições. Baseado em um velho paradigma, muitas famílias são discriminadas por não corresponder aos costumes ou leis ditadas pela sociedade.

As contradições que se operam na maneira em que produzimos discursos sobre as famílias entre o que é real e o que é idealizado, essa contradição foi relatado por Szymanski (1992), em um trabalho desenvolvido junto a famílias de um bairro da periferia de São Paulo, onde a autora apresenta a diferença entre a “família pensada” e a “família vivida”.

A “família pensada” é do modelo patriarcal, nuclear, os papéis de gênero são definidos; onde mulher desempenha a função de cuidadora do lar e dos filhos. Quando a mãe não consegue corresponder a “família pensada” fica a percepção de incapacidade, trazendo um sentimento de inferioridade.

A ‘família vivida’ fala sobre o costume do agir dos seus membros. “Família além de reprodutora e transmissora da cultura, pode ser também um lugar onde as pessoas buscam seu bem-estar, mesmo que a solução encontrada não siga o modelo vigente” (SZYMANSKI, 1992, p. 16).

As novas configurações familiares estão cada vez mais presentes, não pode se dizer que são socialmente aceitas totalmente. Ainda existe o contraditório entre o real vivido e o que se idealiza em relação aos arranjos familiares e aos cuidados com os filhos.

O pluralismo das entidades familiares, por conseguinte, tende ao reconhecimento e efetiva proteção, pelo Estado, das múltiplas possibilidades de arranjos familiares, sendo oportuno ressaltar que o rol da previsão constitucional não é taxativo, estando protegida toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto. Trata-se da busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais (SOARES, 2011, p.88).

Dessa forma, tomando por base grandes transformações ocorridas na sociedade brasileira das últimas décadas, urbanização, proletarização das mulheres, instituição do divórcio, diminuição do número de filhos entre tantas outras, pode se dizer que o discurso de Gomes (2008) compreende o interior do núcleo familiar na sociedade moderna: as diferentes dificuldades que enfrenta no dia a dia da família, assim como as diferentes formas de lidar com os problemas e modificações sociais para que ela convergem a tornam um centro de grande tensão.

As mudanças atuais trouxeram muitas transformações nas famílias, mas essas mudanças não isentaram a família do papel protetor, cuidador, socializador e educador, função primordial no desenvolvimento de crianças e adolescentes.

Antes da promulgação da Carta Magna de 1988, a única família reconhecida era aquela formada por dois pais, essa família matrimonial somente poderia ser estabelecido pela celebração do casamento.

A família também pode ser formada pela união estável. No artigo 1723, o Código Civil a reconhece e a define:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Já o Código Civil, em seu artigo 1723, §1º, considera união estável a relação existente entre aqueles que possuem casamento anterior não dissolvido formalmente. É o que se chama de separados de fato.

A família também poderá ser constituída pelo concubinato. *"Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato"*.

Estão impedidos de casar, forte no artigo 1521 do Código Civil:

Art. 1.521. Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Temos ainda a família Monoparental, ou seja, aquela que é constituída por um dos pais e seus descendentes. Possui albergue constitucional, artigo 226, §4º: - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Já a família Anaparental está disposta no artigo 69, *caput*, do Projeto do Estatuto das Famílias, *in verbis*: *"Art. 69. As famílias parentais se constituem entre pessoas com relação de parentesco entre si e decorrem da comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar"*.

A Família Pluriparental também está descrita no Projeto do Estatuto das Famílias no artigo 69, §2º: *"Família pluriparental é a constituída pela convivência entre irmãos, bem como as comunhões afetivas estáveis existentes entre parentes colaterais"*.

De acordo Dias (2002) ainda tem-se a família Eudemonista que é a forma de identificar a família considerando o seu envolvimento afetivo, essa família busca a promoção da felicidade individual promovendo o processo emancipatório dos seus membros.

A família poderá ser formada pela união homoafetiva O Projeto do Estatuto das Famílias a define no artigo 68: *"Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a*

união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável".

Tem-se a família paralela que afronta a monogamia. De acordo com Código Civil essa relação é denominada concubinato, pelo art. 1521, pessoas nessa relação não podem se casar, pois já são casadas (FARIAS, 2009). Tem-se também a Família unipessoal que é constituída por somente uma pessoa (FARIA *et al*, 2009).

2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À FAMÍLIA

Com o advento da Constituição Federal, surgiu um novo modo de interpretar o ordenamento jurídico, através dos seus princípios basilares, “adquiriram eficácia imediata e aderiram ao sistema positivo, compondo nova base axiológica e abandonando o estado de virtualidade a que sempre foram relegados” (DIAS, 2013, p.60).

Surgiu então o princípio da interpretação conforme a constituição, que constitucionalizou o Direito Civil e conseqüente o direito de família, no qual teve que se readequar aos princípios norteadores da Carta Magna.

2.4.1 Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana

A constituição brasileira se fundamenta no princípio da dignidade humana e como tal, deve assegurar acima de todas as coisas os direitos inerentes a esse princípio.

A Constituição Federal consagra, em seu artigo 1.º, inciso III, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Esse princípio de direito natural, positivado no ordenamento jurídico, ressalta a necessidade do respeito ao ser humano, independente da sua posição social ou dos atributos que possam a ele serem imputados pela sociedade. Sempre é válido citar o comentário de Ferreira Filho (2012) que diz:

[...] dignidade da pessoa humana: está aqui o reconhecimento de que, para o direito constitucional brasileiro, a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo, que não pode ser sacrificado a qualquer interesse coletivo.

Toda sociedade constitui no decorrer das transformações por que passa, valores que devem ser respeitados. É muito importante que os direitos humanos sejam reconhecidos pelo Estado, uma vez que os valores afetuosos fazem parte de seu próprio substrato emocional e intelectual. Nessa perspectiva, MORAES (2002) afirma que:

o princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever de tratamento igualitário dos próprios semelhantes (MORAES, 2012, p.129).

De acordo com Canotilho (2006, p. 144), "a igualdade é um dos princípios basilares do regime geral dos direitos fundamentais". É um pressuposto para a uniformização do regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico. Segundo Sarlet (2012),

A dignidade humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano; que lhe garantam as condições existenciais mínimas para uma vida saudável e que promovam a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, SILVA, (2006, p.92), afirma que,

[...] dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. 'Concedido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga uma

densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direito sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da experiência humana.

No cenário brasileiro atual, reflete Moraes (2012, p.152), “*embora se saiba que nem sempre o princípio da dignidade da pessoa humana é devidamente respeitado na prática, é pacífica sua aceitação e reconhecimento*”. O princípio da dignidade da pessoa humana começou a ser efetivamente firmado no direito de família brasileiro, quando se concebeu a igualdade entre as pessoas, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ou seja, quando se elevou à garantia constitucional geral da igualdade exteriorizada através do princípio da isonomia, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

2.4.2 Princípio da afetividade

Apesar deste princípio não estar expressamente inserido na Constituição Federal, se encontra implícito em diversas normas que regulam as relações paterno-filiais, contribuindo para o sustento das novas relações familiares, como assim assevera Lobo *apud* DIAS, (2013, p.73):

Que identifica na Constituição quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade: (a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227 §6.º); (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 §§ 5.º e 6.º); (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4.º); (d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CF 227).

A partir deste princípio pode identificar as principais características que definem a família, as emoções e sentimentos que são exteriorizados desde a infância, contribuindo para uma formação de uma personalidade sadia e harmônica.

Importante ressaltar nas palavras de Carvalho (2009, p.371):

O ser humano necessita, durante os primeiros anos de sua vida, se cuidados essenciais a sua sobrevivência e, durante o crescimento, de orientação e educação. Não basta, portanto, apenas alimentar e dar abrigo ao menor, sendo necessário ampará-lo e protegê-lo integralmente, proporcionando-lhe um ambiente saudável e afetivo para seu desenvolvimento físico e psicológico, conferindo a incumbência prioritariamente aos pais, exercendo o poder familiar.

Por ser tão essencial na formação do ser humano e em especial aos filhos, o afeto se apresenta como fonte essencial na personalidade do menor, podendo na sua ausência ser considerada justificativa como causadora de eventuais danos.

2.4.3 Princípio da igualdade entre os filhos

O princípio da igualdade entre os filhos surgiu da necessidade de igualar os direitos dos filhos havidos nas relações socioafetivas, estabelecendo igualdade absoluta, partindo da premissa que, “é necessária a igualdade na própria lei, ou seja, não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos” (DIAS, 2013, p.67).

Como bem estabelece Silva (2000, p. 824), apontando que:

O art. 227, §6º, inovou as regras de filiação, reconhecendo a igualdade de direitos e qualificações para os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, proibindo assim qualquer tipo de designações discriminatórias a ela relativas, banindo da legislação civil expressões como filhos legítimos, naturais, adotados, adulterinos ou incestuosos.

2.5 FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 226, define a família como a base da sociedade, reconhece a união estável, entende que o grupo familiar pode

ser constituído por qualquer um dos pais e seus descendentes e estabelece que os direitos e deveres sejam igualmente exercidos pelo homem e pela mulher (BRASIL, 1988).

Inspirados pelas modificações ocorridas na Carta Magna de 1988, o Código Civil de 2002 trouxe modificações referentes a compreensão da família. De acordo com Wald (2005, p.32): “Eliminou-se toda referencia a filiação legítima, legitimada, adulterina, incestuosa ou adotiva, visto que, a partir do novo ordenamento constitucional, a filiação é uma só, sem discriminações (arts. 1602 a 1635 e outros). Varreu-se do texto o capítulo da legitimação (arts. 1618 a 1620).” De uma forma geral, observa-se que pela atual visão a filiação não é mais definida por fatores biológicos e que as questões de afetividade são base da compreensão e análise das relações de família.

2.6 A importância da família na formação dos filhos e da sociedade

Para compreendermos a importância da família na formação dos filhos e da sociedade, Szymanski (2002, p.10) ensina que:

O ponto de partida é o olhar para esse agrupamento humano como um núcleo em torno do qual as pessoas se unem, primordialmente, por razões afetivas dentro de um projeto de vida em comum, em que compartilham um cotidiano, e, no decorrer das trocas intersubjetivas, transmitem tradições, planejam seu futuro, acolhem-se atendem aos idosos, formam crianças e adolescentes.

Ackerman (1986), assim como Szymanski (2002), ressaltam a importância das trocas afetivas no conjunto familiar e suas interferências na forma de se relacionar com os outros afetivamente, bem como o papel central que as figuras parentais no fluxo e aprendizagem dos valores e sociabilidade.

Esses dois autores nos apontam para a importância do respeito entre os membros da família e da afetividade intrafamiliar para o incremento das relações humanas e transmissão de valores.

Anderle (2008, p.175) “*compreende que a família propicia os aportes afetivos e, sobretudo materiais necessários ao desenvolvimento e bem-estar de seus componentes*”.

A família é responsável pela iniciação das crianças na cultura, nos valores e nas normas de sua sociedade começa na família, para um desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança deve crescer num ambiente familiar, numa atmosfera de felicidade, amor e compreensão (KALOUSTIAN, 2008, p.115).

Outros estudos como o de Sarti (2003) e Pereira (2004) ressaltam que a família é o primeiro contato da criança com o mundo. A família contribui para a formação do seu caráter e do senso de justiça.

Do analisado até aqui se depreende que podemos perceber o grau de responsabilidade delegado à família por parte dessa instituição universal. Essa é a idéia da UNICEF que oferece uma base para pensar que a família nuclear é constituída como sugere a Constituição Federal de 1988: “*Uma união estável entre homem e mulher ou qualquer dos pais e seus descendentes*”.

Esse é o discurso oficial que através do tempo se vem sendo repetido pelo governo e suas instituições, Sapienza apud Kaloustian (2004, p.155):

Família é o conjunto de pessoas que se interligam para trocar amor, fraternidade, carinho, que possam trocar entre si uma energia suficiente que lhes permita conseguir um equilíbrio emocional, para suportar os desequilíbrios e/ou momentos ruins da vida.

Para Sarti (2003, p. 63):

A família para os pobres, associa-se àqueles em quem se pode confiar. (...) Como não há status ou poder a ser transmitido, o que define a extensão da família entre os pobres é a rede de obrigações que se estabelece: são da família aqueles com quem se pode contar, isto quer dizer, aqueles que retribuem ao que se dá, aqueles, portanto, para com quem se tem obrigações. São essas redes de obrigações que delimitam os vínculos, fazendo com que as relações de afeto se desenvolvam dentro da dinâmica das relações descritas neste capítulo.

As contradições se operam na medida em que produz discursos sobre as famílias entre o que é real e o que é idealizado, essa contradição foi relatado por Szymanski (1992), em um trabalho desenvolvido junto a famílias de um bairro da

periferia de São Paulo, onde a autora apresenta a diferença entre a ‘família pensada’ e a ‘família vivida’.

A família pensada é do modelo patriarcal, nuclear, os papéis de gênero são definidos; onde mulher desempenha a função de cuidadora do lar e dos filhos. Quando a mãe não consegue corresponder a “família pensada” fica a percepção de incapacidade, trazendo um sentimento de inferioridade.

A família vivida fala sobre o costume do agir dos seus membros. *“Família além de reprodutora e transmissora da cultura, pode ser também um lugar onde as pessoas buscam seu bem-estar, mesmo que a solução encontrada não siga o modelo vigente”* (SZYMANSKI, 1992, p. 16).

As novas configurações familiares estão cada vez mais presentes, não podemos dizer que são socialmente aceitas totalmente. Ainda existe o contraditório entre o real vivido e o que se idealiza em relação aos arranjos familiares e aos cuidados com os filhos.

O pluralismo das entidades familiares, por conseguinte, tende ao reconhecimento e efetiva proteção, pelo Estado, das múltiplas possibilidades de arranjos familiares, sendo oportuno ressaltar que o rol da previsão constitucional não é taxativo, estando protegida toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto. Trata-se da busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais (SOARES, 2011, p.88).

Dessa forma, tomando por base grandes transformações ocorridas na sociedade brasileira das últimas décadas, urbanização, proletarização das mulheres, instituição do divórcio, diminuição do número de filhos entre tantas outras, pode se dizer que o discurso de Gomes (2008) compreende o interior do núcleo familiar na sociedade moderna: as diferentes dificuldades que enfrenta no dia a dia da família, assim como as diferentes formas de lidar com os problemas e transformações sociais para que ela convergem e que a tornam um centro de grande tensão.

As mudanças atuais trouxeram muitas transformações nas famílias, mas essas mudanças não isentaram a família do papel protetor, cuidador, socializador e educador, função primordial no desenvolvimento de crianças e adolescentes.

Pode ponderar sobre a origem do cuidado, se esta reside exclusivamente na família, nos parece injusto não reconhecer a carga colocada em famílias, que não

contam com condições de sobrevivência reais e subjetivas do cuidado e da proteção dos seus membros.

As grandes mudanças sociais atuais são evidentes, dentre outras, a alteração da posição das mulheres dentro da família. No entanto, ainda é comum ter somente nas mulheres o lugar de que são elas as melhores ou mais indicadas para cuidar.

Tem-se desafios importantes para pesquisas e práticas de trabalho com famílias, discutir principalmente o que é família, o que é proteger, o que é cuidar e que ambientes é capaz de oferecer para que isso aconteça. Observando o processo familiar na construção de vínculos e costumes particulares de cada família.

Sendo assim, permitindo uma atuação comprometida com a prática cotidiana, em consonância com o ECA, que dentre os direitos fundamentais, prevê que tem de ser garantido a todas as crianças e adolescentes o direito à convivência familiar, conforme disposto pelo artigo 19:

Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

O que foi até aqui apresentado pretende contribuir para o debate sobre a atenção necessária para manutenção dos vínculos e da convivência familiar. Onde o afastamento de crianças e de adolescentes seja realmente uma alternativa provisória. O acolhimento institucional é uma medida de proteção, excepcional e provisória, que visa garantir os direitos de crianças e adolescentes estabelecidas no artigo 101 do ECA. Acreditar nas alternativas e possibilidades de escapar desses moldes, procurando outras habilidades de fazer que não nos limitem na procura de outras formas de cuidar e proteger, e que admitam outras possibilidades de ser e de existir, respeitando as culturas existentes.

Família e cuidado são duas categorias fundamentais deste Trabalho de Conclusão de Curso, pretendendo-se problematizar a motivação de acolhimento institucional por negligência. Pode-se iniciar refletindo o lugar social das famílias envolvidas nestes dilemas, refiro-se ao dilema familiar no momento que a família é atravessada pelo do Sistema de Garantia de Direitos (SGD), afirmo que é um dilema, tendo em vista que geralmente é o outro que intervém, o Estado, através do SGD, marcando no seu discurso, no parecer técnico o que é negligência, o que

pressupõe inicialmente, uma forma ideal de cuidar de seus filhos, uma idealização do que é cuidar na família.

Em muitas situações de intervenção na família, há naturalização das relações familiares, apesar de saber que ocorreram ao longo da história transformações importantes nas formas de organização das famílias, presencia muitas vezes uma idealização de como deve ser, neste sentido pode ser propício um espaço para um discurso normativo que idealiza a família e sua forma de cuidar de seus filhos.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O ordenamento jurídico, para manter a vida em sociedade, estabelece regras que se violadas configuram um ato ilícito. Dentro desse prisma existe o instituto da responsabilidade civil que resguarda o direito de um indivíduo que venha a ser prejudicado com tal ato.

Tema de bastante utilidade e suma importância, pois esta relacionado a situações em que todo e qualquer indivíduo esta sujeito. Diante das mais variadas e constantes inovações.

Surge dessas transformações o debate da responsabilidade civil decorrente do abandono efetivo, objeto do presente estudo e para tanto faz mister um estudo detalhado desse instituto.

3.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Por séculos, verificou-se que a responsabilidade civil é embasada na questão da existência culpa, porém o interesse de provar a culpa é da vítima. A vítima, na busca por reparação, tem que provar a imprudência, a negligência do causador do dano. Em casos, onde a vítima não consegue provar, ela não receberá indenização, por isso, verifica-se que esse procedimento pode se configurar em um pesado ônus. É interessante observar que muitas vezes a vítima está certa em suas reivindicações, porém não consegue provar a culpa do causador do dano, a imprudência, a negligência, a imperícia (DIAS, 2010).

O aumento das reivindicações sobre as reparações de dano aumentara após o advento da 1ª Guerra Mundial compreendida nos anos de 1914 a 1918, onde o processo de industrialização começou a se expandir. Com o aumento da produção de carros e de máquinas, os acidentes começaram a acontecer. E começaram, também, as indagações sobre a responsabilidade das pessoas que operavam essas máquinas e veículos.

Observou-se que em alguns casos, por sua obviedade, as vítimas estariam dispensadas de provar a culpa do causador do dano. O desenvolvimento desse

pensamento resultou no que conhece de teoria objetiva, cuja premissa principal não meramente a culpa, e sim o risco das ações praticadas, ou seja, o risco eminente de causar dano a outrem. Segundo a teoria objetiva, toda pessoa que cria uma situação perigosa, um risco para um grupo de pessoas ou para sociedade deve responder pelos danos que ocasionar. Importante observar que a teoria objetiva não descarta a teoria subjetiva, pois a aplicação das leis dispostas nos códigos, à vítima que se sentir lesada deve provar a culpa do causador do dano, mas em alguns casos específicos a teoria do risco é aplicada (CARVALHO, 2010).

3.2 NATUREZA, FUNDAMENTO JURÍDICO E A FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O Código Civil de 2002 em seu artigo 927 esclarece que a pessoa que causar dano à outrem pela prática de ato ilícito ficará obrigado a repará-lo. Tal afirmativa consagra no ordenamento o dever de indenizar quando ocorrer o denominado ato ilícito. Pode-se extrair do artigo 186 do Código Civil que *“ato ilícito implica na violação de um dever jurídico”*, que pode ser entendido, de acordo com Cavalieri Filho (2010, p. 23), *“como a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social”*.

Sendo assim, faz-se necessário explicitar que existe um dever jurídico inicial cuja transgressão causa um novo dever jurídico, o de indenizar o prejuízo. Esse dever de reparar um dano oriundo da desobediência a um dever jurídico primário é denominado de Responsabilidade Civil.

3.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A Doutrina elenca a responsabilidade civil em “objetiva”, “subjetiva”, “contratual” e “extracontratual”. Diante do fundamento que se dê a responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano.

Em regra geral e de acordo com o Código Civil Brasileiro, deve-se levantar o dolo e culpa como fundamentos da reparação civil, também chamada de responsabilidade subjetiva. *“Diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável”* (GONÇALVES, 2012, p.59).

Nos casos de responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, em que não se exige que a culpa seja fundamento da reparação do dano, bastando o nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano.

A *“responsabilidade civil, por sua vez, pode ser objetiva ou subjetiva”*, como bem esclarece Bernardo (2010, p.317):

O aspecto objetivo consiste no ato voluntário do agente que contraria à ordem jurídica gerando um dano e a partir deste, o dever de repará-lo. A responsabilidade objetiva foi fundada inicialmente na teoria do risco criado, possuindo atualmente, caráter constitucional, baseado no Princípio da Solidariedade Social. Já o aspecto subjetivo por sua vez, consiste em fazer um juízo de valor sobre a conduta do agente, o que significa verificar se este agiu com dolo ou culpa contra o ordenamento jurídico.

Na responsabilidade civil contratual, existe um compromisso firmado anteriormente por força de contrato, uma relação jurídica entre os sujeitos. Descumprido essa obrigação por uma parte e constatado o prejuízo de outrem, estaremos diante da responsabilização civil contratual.

Caso a responsabilidade não derive de uma obrigação jurídica, *“diz que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no art.186 do Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada aquiliana”* (GONÇALVEZ, 2012, p.62).

3.4 PRESSUPOSTOS DE APLICABILIDADE

Partindo da regra estabelecida no Código Civil em seu art. 186 em que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. *“Aquele que por ação ou*

omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direitos e causar danos a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Ao analisar o artigo, é possível evidenciar os pressupostos de aplicabilidade da responsabilidade civil, tais elementos são: a conduta humana, o nexo de causalidade e o dano, seja eles de forma culposa ou dolosa analisados caso a caso.

3.4.1 Conduta humana

O primeiro elemento a configurar de fato a responsabilidade civil é a conduta humana, ou seja, qualquer ação própria do homem que cause dano a outrem, seja ela comissiva ou omissiva.

De acordo com Diniz (2005, p.43):

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Nota-se aqui que a responsabilidade da conduta poderá ser direta, pelo próprio agente, ou indireta através de um terceiro que esteja sob guarda do agente principal.

No entanto, fica compreendido que a conduta humana remete um ato comissivo que se materializa, e omissivo quando o agente deixa de fazer algo, ato negativo.

3.4.2 Dano

O Código Civil de 2002 em seu artigo 927 esclarece que a pessoa que causar dano à outrem pela prática de ato ilícito ficará obrigado a repará-lo. Tal afirmativa consagra no ordenamento o dever de indenizar quando ocorrer o denominado ato

ilícito. Pode-se extrair do artigo 186 do Código Civil que “ato ilícito implica na violação de um dever jurídico”.

O dano é o elemento indispensável para caracterizar a responsabilidade (contratual, extracontratual, objetiva ou subjetiva), caso não haja dano, não há o que discutir a respeito de reparação ou indenização.

Nesse contexto Stolze e Pamplona (2008, p.35-36) prelecionam:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria em se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano [...] sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até mesmo dolosa.

Entende-se por dano a perda de um bem jurídico tutelado, causado pela conduta comissiva ou omissiva de um agente. O dano civil pode ser patrimonial (material), quando afeta diretamente um bem integrante da vítima, ou extrapatrimonial (moral), previsto quando ocorre a lesão psíquica e mental sobre o indivíduo que sofreu o dano.

3.4.3 Nexo de Causalidade

Este elemento como pressuposto de responsabilidade civil, mostra-se de suma importância, como forma de investigar a ligação entre o resultado, o dano propriamente dito e o agente que deu causa. Dessa relação surge o infrator que ocasionou o dano

O nexo de causalidade pode ser compreendida como a relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado. *“Das várias teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária”* (GONÇALVES, 2002, p. 524).

Em síntese, esclarece Lopes (2001, p.28) que:

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexó causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldades. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo se multiplicam no tempo e no espaço.

Compreende-se que o nexó de causalidade é um fato gerador da responsabilidade civil, só admitindo tal reparação a vítima, se ficar provado que seu dano foi ocasionado pelo comportamento do agente.

3.5 RESSARCIMENTO, REPARAÇÃO E INDENIZAÇÃO

De acordo com Bernardo (2005, p.82), *“quando o dano implica em uma diminuição do patrimônio da vítima, ou, quando atinge um conjunto de bens materiais, diz-se que esse dano é um dano patrimonial ou material”*. Este é passível de avaliação pecuniária, podendo ser ressarcido através da reconstituição da situação anterior à lesão ou por meio de uma indenização. É preciso salientar que o dano material não só atinge o patrimônio atual da vítima, mas pode atingir também o patrimônio futuro, denominados danos emergentes e lucros cessantes.

No que diz respeito à quantificação do dano emergente, este é calculado pela diferença entre o valor do bem jurídico antes de ser atingido e depois de ser atingido. Já a reparação punitiva é baseada na teoria do desestímulo.

A questão da reparação geram várias discussões no Direito Comparado, tais como: os danos punitivos.

A questão da culpabilização por dano praticado é considerada crime, de acordo com os dogmas materialistas que indicam baseados em Ihering; que entende que o crime seria o ato que ofende ou ameaça um bem jurídico tutelado pela lei penal; o que vincula a avaliação do que seja socialmente valiosa a noção de bem jurídico (valor juridicamente protegido). Nos casos de um agravo moral ocorrido dentro de um ambiente de trabalho, o trabalhador precisa ser respeitado e indenizado por danos psicológicos ou físicos causados por seus superiores durante

o seu trabalho, que é essencial para a manutenção de sua vida e sustento de sua família.

Compreendendo que o agravo moral seria de fato um delito, diferencia-os dos demais crimes apenas no que pauta à reação social, acentuando que no primeiro caso, é bem menos rigorosa, quase inexistente.

Entendeu Sutherland (2003) que a insignificante persecução penal destes crimes devia-se principalmente a três principais fatores. São eles: 1) o *status* dos seus autores; 2) a tendência de não reprimir tais condutas sob a ótica criminal; 3) a falta de organização das vítimas contra denominados criminosos.

O primeiro fator implica no controle estatal envolto por uma combinação de intimidação e admiração. O quesito inicial importa no receio dos agentes responsáveis pela justiça criminal defronte aos homens de negócio. Julga-se que alguma incompatibilidade pode vir a resultar prejuízos em suas carreiras, podendo sofrer influências políticas, legítimas ou ilegítimas.

O outro ponto, tal qual a admiração, germina de uma identificação cultural entre legisladores, juízes e administradores da justiça com os homens de negócio, em razão de uma similar formação das quais tiveram.

A substituição de sanções penais por métodos não penais é um imperativo de um direito penal mínimo. Motiva-se principalmente pelas mudanças sociais, e pela falência do direito civil como meio de conter a criminalidade (prevenção geral) e de diminuir a reincidência (prevenção especial).

Alguns doutrinadores entendem que o Direito Civil, nesta seara, abarba preconceitos que decorrem de uma mudança catamênica, visto que os sujeitos ativos são socialmente ajustados² e que a cultura social foca no conceito de não haver um perceptível acometimento ao bem jurídico tutelado (EISELE, 2008).

Sutherland (2003) inferiu algumas proposições para os principais razões dadas à falta de organização das vítimas do designado crime. A primeira conjectura versa sobre a complexidade destes crimes e na sua dispersão.

Por não abranger uma estrutura simples, este crime eclode de forma omissa, sendo muitos deles constatados apenas por especialistas de respectivas áreas.

² Segundo o autor, estes criminosos sentem e expressam menosprezo pela lei, pelo Estado e pelas pessoas responsáveis pela administração estatal. Compreendendo que quanto menor a atuação do Estado, melhor a desenvoltura de suas atividades.

Entende-se que os danos causados por estes crimes podem dispersar, de forma indireta, entre milhares de pessoas e por vários anos, não dependendo de um período específico. Ao que parece ocorrer uma diluição do dano, muitas vezes não percebido ou irrelevância para um só indivíduo.

Voltando-se para a questão da teoria do dano punitivo e a questão da indenização por danos causados por agravos morais, os defensores do pagamento de indenizações justificam que essa seria a única forma plausível de impedir que práticas semelhantes continuem sendo realizadas.

Esse posicionamento é compreendido como a teoria do valor do desestímulo originada nos Estados Unidos que compreende que as indenizações pagas pelos agressores morais às suas respectivas vítimas, trata-se não apenas ao pagamento pelos danos punitivos em função dos danos materiais e morais sofridos pelas vítimas.

De acordo com a teoria há uma extensão dessa compreensão e os danos punitivos são chamados de danos exemplares e/ou danos vingativos.

Assim os pagamentos das indenizações desses crimes não são concedidos com o objetivo de recompensar um dano, esse tipo de compensação é atribuição dos chamados danos compensatórios que nos Estados Unidos são denominados de danos econômicos ou danos vingativos, ou seja, eles não são estipulados para a compensação de um dano.

Portanto, nos Estados Unidos a indenização aos agravos morais é entendida como danos compensatórios que compreendem os chamados danos econômicos e não econômicos. Fazendo uma relação comparativa com a legislação brasileira os danos econômicos e não econômicos seriam os danos morais e materiais respectivamente.

No Brasil, as ações impetradas objetivando reparações morais são, atualmente, embasadas no agravo moral que resultam em pagamentos de indenizações, o que gera uma discussão entre os acadêmicos, juristas e doutrinadores sobre os valores indenizatórios a serem pagos.

A discussão sobre o pagamento de indenizações se acirra, à medida que se observa que o pagamento de algumas indenizações possui um valor exorbitante, e esses valores não se fixam sobre a natureza do agravo moral e a fundamentação jurídica do pedido. Assim, se verifica que não há um parâmetro para a cobrança de indenização, o que é certamente contraditório dentro da legislação brasileira.

À medida que são pagos valores exorbitantes aos pedidos de reparações por agravo moral e não há uma discussão aberta sobre a constitucionalidade e eficácia das decisões judiciais, há o fomento de uma indústria de indenizações.

Ressalta-se e entende-se, porém que o bem moral deve ser protegido, e a reparação do dano e a indenização pecuniária também deve ser respeitado, mas o que fundamenta a discussão da futura investigação é que os pedidos e decisões judiciais no Brasil incorporem um caráter punitivo ao réu, essa matéria que pode ser entendida como essencialmente criminal, ainda não está prevista na legislação nacional.

O caráter punitivo na reparação doutrina que o agressor (ofensor) deverá ser punido estritamente diante a sua ação e /ou omissão, e sirva de exemplos para outros, coibindo que futuros atos de igual valia não sejam praticados.

Os danos punitivos/*punitive damages* são realidades na legislação norte-americana, a teoria do valor do desestímulo teoriza que o valor a ser pago pelos agravos morais sofridos deverão ser fixados pelos juízes como forma de desestimular que esses agravos sejam repetidos novamente. Assim, os juízes estabelecem, em suas sentenças, o pagamento de valores que coíbam a repetição dos agravos e que são, certamente, uma severa e dissuadida punição criminal na esfera cível.

Observa-se, então que no Brasil não existe legislação que fomente a eficácia e aplicabilidade de uma função punitiva, ao lado da função compensatória, à indenização de danos extrapatrimoniais.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PERANTE O ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS: POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL

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

A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais mercedores de reparação.

No dizer de Pereira *apud* DIAS, (2013, p.472), quem primeiro levou o tema à justiça, o abandono parental deve ser entendido como uma lesão extrapatrimonial a um interesse jurídico tutelado, causada por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício do poder familiar (CC/02 1.634).

4.1 AFETIVIDADE

Com os novos entendimento de arranjos familiares após a adoção da Carta Magna de 1988, a questão da afetividade ganha destaque, pois as relações familiares são também baseadas nas relações de afetividade.

O foco da família agora são embasadas nos direitos da personalidade que tem como ponto de partida a convivência familiar afetiva, onde a afetividade passa a ser considerado um axioma substancial. A solidariedade, o amor, as trocas afetivas devem fazer parte dessa relação.

De acordo com Boechat (2015, p.01):

Os laços afetivos possibilitam que as pessoas se amem, se respeitem e desejem a felicidade reciprocamente – atitudes que permitem construir pontes sobre os abismos emocionais, ligando as pessoas por vínculos perenes. O afeto é o propulsor do senso de respeito e de cuidados nas relações familiares.

É notória a inserção da afetividade na formação das relações familiares, principalmente através do princípio da dignidade da pessoa humana. O afeto em si,

é um sentimento que influencia diretamente na formação da personalidade do indivíduo, conseqüentemente conduzindo-o para um bom convívio em sociedade.

4.2 DEVERES JURÍDICOS DOS PAIS NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

A criança e o adolescente tem o direito de receber educação, afeto, ser protegida, ser criada por pais afetuosos, não negligentes. A Carta Magna de 1988 preceitua em seu artigo 227 que é dever do Estado e a família com a formação integral da criança e do adolescente. Consolida-se família sócio-afetiva em nossa doutrina e jurisprudência uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, a não discriminação de filhos, a co-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar.

Ainda de acordo com o artigo 229 da Constituição de 1988 são deveres dos pais assistirem, criarem e educarem os filhos, haja vista que os mesmos necessitam de proteção psicológica, moral, social e intelectual de um adulto.

Já os artigos 3º e 4º do ECA- Estatuto da Criança e do Adolescente, reforçam a responsabilidade dos pais ao sedimentarem os Princípios Constitucionais capazes de dar os aportes: moral, físico, psicológico, mental e social, suficientes para a transposição digna desta fase até a vida adulta. De uma forma mais direta nos artigos 16 e 18 do referido Estatuto é responsabilidade dos pais zelar pela dignidade dos menores e protegê-los de todo e qualquer tipo de tratamento desumano, aterrorizante, vexatório ou constrangedor, tarefa esta que cabe ao Estado, à sociedade e à família.

4.3 ABANDONO AFETIVO

Muito se tem discutido a respeito do abandono afetivo e suas variadas consequências no seio familiar. Tal abandono em decorrência da rejeição e falta de assistência por parte dos genitores para com os filhos, no qual procura-se o

reconhecimento judicial do direito à indenização com compensação pelos danos morais.

Como bem assevera Hironaka (2007, p.04) afirma que:

O abandono afetivo se configura, dessa forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo. Esta a fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao poder judiciário, na medida em que a constituição Federal exige um tratamento primordial à criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, a família, à comunidade e à sociedade.

Partindo desta definição, observa-se que o abandono afetivo em questão é a falta de assistência dos pais para com os filhos, a falta de convívio permanente que reflete no desenvolvimento psicossocial da criança ou adolescente.

4.3.1 Efeitos e prejuízos decorrentes do abandono afetivo

Comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo susceptível de ser indenizado. De acordo com Dias (2006,p.107):

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento de elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável da prole. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem muito valioso.

Fica notório que só a assistencial material, no caso a pensão alimentícia é insuficiente para a formação da personalidade das crianças e adolescentes, sendo de suma importância o caráter afetivo nessas relações familiares.

Vários são os fatores que podem desencadear da falta de afeto, inclusive sequelas que podem durar a vida toda. Distúrbios emocionais que impossibilitam a convivência no seio da sociedade, comprometendo a saúde psicológica das vítimas.

4.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS

Para ser compreendido a responsabilidade civil por abandono afetivo é preciso que se faça uma análise minuciosa de caso a caso, afim de identificar os pressupostos de aplicabilidade de tal responsabilidade.

O abandono dos filhos já é tratado como abandono afetivo dos filhos.

A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. Quem causa dano é obrigado a indenizar. A indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as sequelas psicológicas mediante tratamento terapêutico (DIAS, 2006, p. 107).

É certo que o ato omissivo ou comissivo, no caso da falta de afeto, pode gerar indenização, mas é necessário fazer um elo entre a conduta e o resultado para se chegar a conclusão do efetivo dano e assim responsabilizar civilmente o agente.

4.4.1 Entendimento Jurisprudencial

Uma das primeiras decisões reconhecendo a culpa do pai pela falta de afetividade foi teor julgado pelo juiz Mario Romano Maggioni, em 15.09.2003, na 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa – RS (Processo n.º 141/1030012032-0). Nessa decisão, o juiz condenou ao pai o pagamento de 200 salários-mínimos de indenização por dano moral, em razão do abandono afetivo e moral da filha de 9 anos. O magistrado embasou-se em sua decisão nos ditames descritos no

fundamentar sua decisão, o magistrado priorizou os deveres decorrentes da paternidade, insculpidos no art. 22 da Lei n.º 8.069/90, que ressaltam que:

[...] aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme.

Outra decisão que compreendeu a questão da afetividade foi observada em uma decisão tomada pelo magistrado Luis Fernando Cirillo, em 05.06.2004, na 31ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo-SP (Processo n.º 01.036747-0), no qual se reconheceu que, conquanto não seja razoável um filho pleitear indenização contra um pai por não ter recebido dele afeto, *“a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia”*.

Já a Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais (TAMG) condenou ao pai ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 44.000,00, que gerou danos ao menor pela falta de convivência familiar. A ementa assim se esculpiu:

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, AC 4085505-54.2000.8.13.0000, 7ª C. Cível, Rel. Juiz Unias Silva, julg. 01.04.2004, pub. 29.04.04).

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça julgou procedente ação de compensação de dano moral em consequência do abandono afetivo, vejamos a ementa da histórica decisão:

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

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

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

Tal decisão vem sendo referendada pelos tribunais e apesar de não ter um entendimento pacífico, mas já se mostra um avanço de grande servia para os que buscam seus direitos em face do abandono afetivo sofrido por parte dos genitores.

4.4.2 A quantificação do Dano Moral e a sua Finalidade

Existe uma discussão acerca a questão da quantificação do dano moral e a sua finalidade. Vislumbra-se que a quantificação do dano moral será prevista de caso a caso, já que não há critérios fixos pré-determinados em lei.

Fatores como condição econômica do lesado e do lesante deverão, nesse caso, ser levado em conta (FARIAS, 2008). Certamente não é uma tarefa simples quantificar, pois não trata-se de uma questão material, o ressarcimento deverá ter caráter punitivo e compensatório de acordo com o disposto no artigo 944 do CC.

4.5 GUARDA COMPARTILHADA E A NOVA LEI Nº 13.058

Nessa busca por dirimir os efeitos negativos ocorridos no seio da família, o ordenamento jurídico brasileiro inseriu a figura da guarda compartilhada através da lei 11.698 de 13 de junho de 2008.

Geralmente, os filhos em casos de divórcio eram destinados ao cuidado da mãe. Atualmente, com os novos arranjos familiares isso se modificou.

A guarda compartilhada encontra respaldo no art. 9 da Lei 6.515/77, a conhecida Lei do Divórcio, ao qual o novo CC trouxe em seu art. 1583 praticamente a mesma redação, como se percebe a seguir: Art. 9 – No caso de dissolução de sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observará o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos Art.1583 – No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

De acordo com o Código Civil de 2002 no qual a Corte Suprema analisando tal dispositivo, declarou que o termo "guarda de filhos" do artigo 1583 refere-se tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, como se vê abaixo:

Art. 1.583: sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão "guarda de filhos", à luz do art. 1.583, **pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada**, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança. (grifos nosso)

Observa-se, porém que o Código Civil de 2002 não faz menção à guarda compartilhada, portanto, não há lei específica relativa a ela, mas existem artigos em que os juízes podem se basear para aplicar a guarda conjunta, são eles: 1.579, 1.690 e 1.583 a 1.590.

Assim, se observa que o artigo 1.690 do Código Civil de 2002 encontra-se outro fundamento para aplicação da guarda conjunta: “[...] *identificamos no artigo mencionado previsão expressa para a gestão conjunta da vida e do patrimônio dos menores, tanto durante, como após a ruptura da vida conjugal ou da união estável [...]*”.

A aplicação da guarda compartilhada no direito brasileiro se faz através dos artigos 5º, inciso I, da CF/88 que dispõe sobre a igualdade entre homem e mulher, o artigo 226, § 5º que trata da igualdade parental, bem como o § 7º e o artigo 229.

Entre outros fundamentos que tratam sobre a questão da guarda compartilhada, menciona-se: artigo 16, §§ 1º e 2º do Decreto-lei; 3.200/41; artigo 9º da Declaração Universal dos Direitos da Criança; artigo 2º da Lei 9.278/96; artigos 9º e 18 da Convenção dos Direitos da Criança³.

Entre as vantagens da guarda compartilhada com alternância de casas, tais comportamentos não acontecem ou são muito reduzidos; as crianças têm condições internas para se adaptarem a duas casas, realizando uma adaptação rápida que não dá lugar a nenhum dano psíquico; por fim, acreditamos que uma separação que atenda às necessidades dos filhos - contato freqüente com ambos os pais - traria os seguintes benefícios:

- a. diminuição de estresse e maior produção (escola, trabalho, etc.);
- b. melhoria na qualidade de vida;
- c. menor custo num processo judicial. Com um saber estabelecido, evitar-se-ia uma quantidade grande de perícias e diminuir-se-ia a morosidade do processo;
- d. diminuição da gravidez na adolescência;
- e. diminuição do suicídio em crianças e adolescentes;
- f. diminuição do uso de drogas entre crianças e adolescentes;
- g. diminuição da evasão escolar;
- h. diminuição de problemas emocionais ou comportamentais;
- i. diminuição de prisões de menores (SILVA, 2012)

Na guarda compartilhada, há a tendência de diminuição de novos conflitos judiciais, porque o pai que não se sente excluído, não tem necessidade do revide, nem se sente incomodado com o cumprimento de suas obrigações principalmente financeiras. Ele se mantém interessado e dedicado ao filho como se casado estivesse (GRISARD FILHO, 2002).

A guarda compartilhada tornaria os genitores equilibrados quanto ao poder familiar, ambos teriam igual poder de decisão sobre sua prole, estando menos sujeito às manipulações do outro.

Assim, o instituto da guarda compartilhada visa assegurar ao filho o direito de convivência com ambos os pais, garantindo um desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social completo, além das referências maternas e paternas.

³ O Estatuto ainda resguarda em seu artigo 16, inciso V, o direito do menor de participar da vida familiar, e no artigo 19, o direito de ser criado e educado no seio de sua família. Percebe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, evidencia o convívio do menor com seus pais. Dando um enfoque de que a criança precisa desse convívio, durante todo o seu desenvolvimento, defende, consequentemente, a aplicação do instituto da guarda compartilhada.

Visa também o direito do pai de desfrutar da companhia de seu filho, de tomar as decisões conjuntamente no que tange o destino dos filhos, bem como de participar do seu cotidiano, dividindo as atenções e os cuidados que os filhos precisam, mantendo os laços afetivos e familiares.

A Lei 13.058 trouxe alguns destaques para a guarda compartilhada. Os pais separados passam a ter tempo de convívio com os filhos e uma divisão equilibrada, devendo dividir as decisões sobre a sua vida.

Se não houver acordo entre os genitores, a Justiça vai determinar prioritariamente que ela seja compartilhada. Pela redação anterior, a guarda compartilhada é aplicada "sempre que possível." A exceção vale se o pai ou a mãe abrir mão.

A lei não obriga que a criança passe metade do tempo na casa de cada um dos pais. Tudo será feito pensando sempre no bem-estar da criança, a divisão de tempo será realizada respeitando a realidade vivenciada pela criança e pelos seus pais.

De acordo com supracitada lei é responsabilidade dos pais: a) dirigir-lhes a criação e a educação; b) exercer a guarda unilateral ou compartilhada; c) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; d) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; e) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; f) nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; g) representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; h) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e i) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

5 CONCLUSÃO

Considerando o que foi constatado e objetivamente demonstrado na presente monografia, pode-se concluir que após o advento da Carta Magna de 1988 novas constituições familiares passaram a ser aceitas e o princípio da afetividade dentro nos meandros legais nacionais começaram a ter um papel de destaque, inclusive na definição do conceito jurídico da família brasileira.

A Constituição Federal de 1988, trouxe significativas inovações para o Direito de Família, passando a preservar as crianças e adolescentes, estes agora sujeitos de direitos fundamentais, ficando a cargo do Estado, da Sociedade e da Família, a obrigação de proteger a formação do menor, colocando-os a salvo de qualquer forma de violência e negligência.

Apesar de não estar expressa na Constituição e sim na interpretação de suas normas e princípios, a afetividade é um dos principais, ou se não é o principal laço de constituição de uma família. Nessa seara, a responsabilidade civil dos pais perante o abandono afetivo dos filhos ganhou destaque e faz parte de decisões jurisprudenciais nos últimos anos.

Evidenciou no presente estudo que a omissão afetiva por parte dos pais perante os filhos, poderá produzir sequelas psicológicas irreversíveis, comprometendo o pleno desenvolvimento sadio e harmônico.

É certo que o pagamento de pensão alimentícia não excluiu o dever do pai em prestar afeto, amor, carinho, de fato contribuir para sua formação como ser humano. A Guarda Compartilhada é uma forma de a criança não ser abandonada pelos seus pais que tem obrigações de prover o sustento, bem como dar todo suporte afetivo para que a criança cresça saudável.

O que se pretende não é criar juízo de valores, em especial para não transformar as relações familiares em um jogo de interesses. É preciso que se analise caso a caso, analisando todos os pressupostos de admissibilidade da reparação civil.

Cabe ressaltar a pretensão que se deseja com a indenização por abandono afetivo. Enseja a conscientização por parte da sociedade em exercer com responsabilidade suas funções paternas, atendendo aos ditames estabelecidos na Constituição Federal de 1988 e Estatuto da Criança e Adolescente.

Para isso torna-se imperioso uma alteração de modelo jurídico e social. A paternidade responsável deve vigorar nessa relação, partindo da conscientização de ambos os genitores em participar diretamente no pleno desenvolvimento dos filhos, exercendo cada um sua função.

Esse estudo não teve o objetivo de esgotar o assunto, mas cumpriu o seu papel a alertar que a obrigação afetiva não é apenas um princípio, é um aspecto absoluto, sobretudo, de responsabilização civil que caso for infringido poderá acarretar dano afetivo.

REFERÊNCIAS

ANDERLE, S. M. **Refletindo e ressignificando a família na escola**. Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Educação ao Programa de Mestrado em Educação, da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Ponta Grossa: 2008.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de Fixação de valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008.

BRASIL. **Código Civil. 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30/06/2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30/06/2014.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei federal nº8069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acessado em: 30/06/2014.

_____.Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 4085505-54.2000.8.13.0000, 7ª C. Cível, Rel. Juiz Unias Silva, julg. 01.04.2004, pub. 29.04.04. *apud* WALD, Arnold. **O novo direito de família**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito Das Famílias**. 9. ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 5: Direito de Família. 28ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2005, 213.

EISELE, Andreas. **Crimes contra a Ordem Pública**. São Paulo: Dialética, 2008, p.11.

FARIA, DBL e SOUZA, C. **Famílias plurais ou espécies de famílias**. Revista Jus Vigilantibus. ed. 29 de abril de 2009;

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. São Paulo: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 73.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Presupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.jusnews.com.br/portal/indez2.php?option=com_pdf=1&id=4>. Acesso em: 12 fev. 2015.

KALOUSTIAN, Silvio Manoug, **Família a Base de Tudo**. São Paulo:2008.

LEFAUCHER, N. **Maternidade, Família, Estado**. In: PERROT, M. e DUBY, G. (org.). História das Mulheres no Ocidente. Porto: Ed. Afrontamento; São Paulo: Ebradil, 1994.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012

PEREIRA, P.P. **Mudanças Estruturais, política social e papel da família: crítica ao pluralismo de bem estar**. In SALES; MATOS; LEAL (org). Política Social, Família e Juventude: Uma questão de direitos. São Paulo, Cortez, 2004.

PRADO, D. **O que é família**. São Paulo: Brasiliense, 1995.

SAMARA, Eni de Mesquita. **A família brasileira**. São Paulo: Brasiliense, 1993.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARTI, Cynthia A. **O reconhecimento do outro: uma busca de diálogo entre Ciências Humanas e Ciências da Saúde**. São Paulo, tese de livre docência, Universidade Federal de São Paulo/Escola Paulista de Medicina, 2003.

SEGATO, Rita Laura. **Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos**. Bernal, Argentina: *Universidad Nacional de Quilmes*, 2003.

SILVA, Evandro Lins. **Dois lares é melhor que um**. Disponível em <<http://www.pailegal.net>> Acesso em: 20 fev. 2015.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Carina de Oliveira. **O princípio da unidade da família no direito internacional dos refugiados**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 88, 01/05/2011 Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9427> Acesso em: 21.fev.2015.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo, 2008.

SUTHERLAND, Edwin H., **Crimes: *The uncut version***. New York: Vail-Ballou Press, Binghamton, 2003.

SZYMANSKI, H. **A relação Família Escola: Desafios e Perspectivas**. Brasília: Editora Plano. 2001.