



Lívia Alves Moreira

**A Judicialização do Afeto
A Responsabilidade Civil dos pais em
relação aos filhos por abandono afetivo**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Caitlin Sampaio Mulholland

Rio de Janeiro
Março de 2014.



Lívia Alves Moreira

**A Judicialização do Afeto
A Responsabilidade Civil dos pais em
relação aos filhos por abandono afetivo**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada:

Prof^a. Caitlin Sampaio Mulholland
Orientadora
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Carlos Nelson de Paula Konder
Departamento de Direito - PUC-Rio

Prof^a. Márcia Nina Bernardes
Departamento de Direito - PUC-Rio

Prof^a. Mônica Herz
Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 18 de março de 2014.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Lívia Alves Moreira

Graduou-se em Direito na Doctum - Leopoldina em 2009.

Ficha catalográfica

Moreira, Lívia Alves.

A Judicialização do Afeto: A Responsabilidade Civil dos pais em relação aos filhos por abandono afetivo /Lívia Alves Moreira; orientador: Caitlin Mulholland.– Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Direito, 2014.

ix.; 133 f. : 29,7 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito.

Inclui bibliografia

1. Direito - Teses. 2. Abandono. 3. Afeto. 4. Família. 5. Responsabilidade civil. 6. Dano moral. I. Mulholland, Caitlin Sampaio. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Para minhas filhas Bruna, Julliana e Louise.
Por serem a razão de minha luta diária para a conclusão deste trabalho.

Agradecimentos

Ao final da faculdade de Direito, ainda em Leopoldina/MG, me deparei com a possibilidade de cursar o Mestrado oferecido pela PUC-Rio, por intermédio de meu professor Deo campos, que me mostrou e me incentivou a inscrever-me. Ao ser aprovada e aceita pela Universidade, tive a oportunidade de fazer parte da turma na qual o professor Deo também se tornara aluno.

Agradeço, portanto, ao professor Deo campos, que me mostrou a possibilidade de ser mais do que uma estudante de direito.

À minha orientadora Caitlin Mulholland que, em apenas um mês, me ajudou a concluir o presente trabalho, algo que parecia ser impossível.

Aos funcionários do Departamento de Direito da PUC-Rio, em especial à Carmen e ao Anderson, por serem sempre solícitos e educados no trato cotidiano.

Ao meu amigo Victor que passou longas noites acordado para contribuir com minhas pesquisas.

Às minhas amigas e sócias, no trabalho e na vida, Talita e Aleandra, que resolveram os problemas profissionais enquanto estive ausente para concluir meu projeto de vida.

Ao Dr. Marcelo dias, Juiz da 2º Vara de família de Volta Redonda/RJ, pela generosidade com a qual me apresentou o tema trabalhado na dissertação.

Ao meu irmão e melhor amigo, Douglas, pelo apoio moral nas minhas escolhas, pelo companheirismo nos bons e maus momentos da vida e pelo constante cuidado com minhas filhas.

Ao meu pai, José Antônio Moreira, por andar sempre ao meu lado, por me auxiliar, emocional e financeiramente, para realização de meus sonhos e pelas noites com minhas filhas para que eu pudesse estudar.

À minha querida mãe, Isabel, pelo amor infinito e por acreditar em mim. Pelas noites em claro e por jamais desistir de mim nessa jornada que é minha vida.

Resumo

Moreira, Lívia Alves; Mulholland, Caitlin Sampaio. **A Judicialização do Afeto: A Responsabilidade Civil dos pais em relação aos filhos por abandono afetivo**. Rio de Janeiro, 2014. 133p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A presente pesquisa tem como objeto a análise do cabimento da Responsabilidade Civil dos pais em relação aos filhos por abandono afetivo. Primeiramente, será apresentada a instituição família no direito civil constitucional brasileiro, o conceito de família e sua evolução histórica bem como a importância dos pais na formação dos filhos, para, posteriormente, examinar a legislação pertinente à família e filiação. Sob a nova perspectiva familiar, serão estudados os princípios adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro no que se refere ao direito dos filhos, analisando-se, o princípio da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e planejamento familiar, da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente. Sobre o instituto da responsabilidade civil, observar-se-ão pontos relevantes, incluindo o estudo dos danos morais. Serão examinados os pressupostos da responsabilidade civil à luz do abandono parental afetivo, verificando-se como tais elementos são preenchidos no caso concreto. Ademais, será vislumbrada a efetiva função da indenização, analisando a controvérsia pendente sobre este assunto. Feitas as considerações doutrinárias, será analisada a posição da jurisprudência pátria acerca do assunto, para um total esclarecimento sobre o mesmo. Por fim, conclui-se o tema, de forma a tentar solucionar os questionamentos levantados por todo o corpo da pesquisa.

Palavras-chave

Abandono; Afeto; Família; Responsabilidade civil; Dano moral.

Abstract

Moreira, Livia Alves; Mulholland, Caitlin Sampaio (Advisor). **The Legalization of Affection: The Liability of parents towards their children for emotional abandonment.** Rio de Janeiro, 2014. 133p. MSc. Dissertation – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This research aims to analyze the appropriateness of the Civil Liability of parents towards their children for emotional abandonment. First, the family institution is presented as seen in the Brazilian constitutional civil law, the concept of family and its historical evolution and the importance of parents in the education of their children, to then examine the laws relevant to family and affiliation. Under the new family perspective, the principles adopted by Brazilian law regarding children's rights will be studied as well as examine the principle of human dignity, responsible parenting and family planning, affectivity and the best interests of children and adolescents. On the institution of liability relevant issues will be observed, including the issue of punitive damages. Assumptions of liability will be examined in the light of parental affective abandonment, verifying how these elements are satisfied. Moreover, effective function of the indemnity will be envisioned, analyzing pending controversies on this subject. As doctrinal considerations are done, the position of homeland jurisprudence on the subject will be analyzed, in order to reach total clarification. Finally, the subject concludes, so to try to resolve the questions raised by the entire body of the research.

Keywords

Abandonment; Affection; Family; Liability; moral damage

Sumário

Introdução	11
1. A Nova Família no Direito Civil-Constitucional Brasileiro	16
1.1 Conceito de Família	22
1.1.1 A família sob o aspecto cultural e psicológico	25
1.1.2 A Família sob a ótica Civil – Constitucional	27
1.2 Da família antiga à atualidade – O caminho para o novo	29
1.2.1 Princípios	31
1.2.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	33
1.2.1.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança	38
1.2.1.3 Princípio da Afetividade	41
1.2.1.4 Princípio da Igualdade Jurídica de todos os filhos	45
1.2.1.5 Princípio do Pluralismo Familiar	48
1.2.1.6 Princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar	52
1.3 O Poder Parental	56
1.3.1 Direitos e Deveres	59
2 Afetividade e Abandono	63
2.1 Conceito de Afeto	64
2.1.1 Aspectos Materiais e Psicológicos nas questões afetivas	67
2.1.2 As funções materna e paterna	70
2.1.3 O Afeto na Relação entre pai e filho	73
2.2 Conceito de Abandono	77
2.2.1 Conflito de Interesses: Liberdade Paterna X Direito da Criança	78
2.2.2 Transtornos decorrentes do abandono afetivo	83

3 A Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo nas Relações Paterno-Filiais	85
3.1 A Responsabilidade Civil	85
3.1.1 Elementos da Responsabilidade Civil	88
3.1.1.1 O dano	89
3.1.1.2 A culpa	92
3.1.1.3 O nexo de causalidade	93
3.2 O Dano Moral	95
3.2.1 Conceito de Dano Moral	95
3.2.2 Configuração do Dano	98
3.3 A Valoração do Afeto	102
3.3.1 Abandono afetivo como hipótese de dano moral	106
3.4 O Afeto nos tribunais	109
4 Conclusão	115
5 Referências Bibliográficas	122

Introdução

O presente estudo tem por base a busca e entendimento acerca da possibilidade de aplicação do dano moral nas relações paterno-filiais. Buscaremos a solução para questionamentos tais como a possibilidade de um filho exigir reparação por danos morais de seu genitor por ter sido abandonado afetivamente e por consequência se o afeto de um pai poderia ser substituído por alguma quantia em dinheiro.

A família é a mais importante das instituições, e por meio dela o indivíduo adquire as principais respostas para os primeiros obstáculos da vida, onde obtém a base necessária para a determinação de sua personalidade.

O ramo do direito de família é um dos que mais tem sofrido alterações, face aos anseios e à sistemática de reclamos que demandaram novos posicionamentos do legislador e julgador brasileiros.

Dentre as alterações ocorridas no âmbito familiar, as mais recentes dizem respeito à relação entre pais e filhos, no sentido dos direitos destes em detrimento das obrigações e direitos estabelecidos para os genitores.

Nesse passo, já é aceito que o vínculo familiar não é mais estabelecido somente por relações de consanguinidade, mas sim pelo vínculo afetivo. A concepção do modelo familiar único, absoluto, patrimonialista, patriarcal e proveniente dos laços matrimoniais, ainda vigente no Código Civil de 1916, entrou em crise com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu bojo a adoção da família plural que é a exteriorização máxima da autonomia e da igualdade plena entre os cônjuges, passando o casamento, portanto, a ter relevância como meio de realização pessoal e afetiva de seus membros.

A filiação, por sua vez, assumiu a centralidade institucional na família, no qual se encontra assentada em princípios constitucionais como é o caso do art. 227 da Constituição Federal, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente; e internacionais, como a Declaração dos Direitos da Criança da ONU, de 1989.

Entretanto, uma visceral mudança ocorreu no que diz respeito à aplicação do instituto da Responsabilidade Civil nas relações familiares, possibilidade essa

que, em tempos outros, parecia inviável, dada à incomunicabilidade dos dois institutos e o paradoxo aparentemente existente.

Porém, a grande problemática do tema nos traz algumas indagações que nos parecem inevitáveis: Seria da competência jurídica interferir nos sentimentos do ser humano? Poderia o amor, aliás, a ausência deste ser ressarcido por meio de pecúnia a título de dano moral?

Todavia, grande inquietude causa a conceituação de dano moral, pois, enquanto para alguns juristas este dano se configura pela presença dos sentimentos de vergonha, constrangimento, tristeza e humilhação, para outros, tal indenização se dá por meio de lesão aos direitos personalíssimos.

Temos, assim, um dos grandes problemas enfrentados hoje nos tribunais quanto ao assunto em tela e, alguns questionamentos inevitáveis surgem a partir deste paradigma, como: Será a dor, o vexame, a tristeza e a humilhação fatores suficientes para a sua configuração jurídica? Que intensidade deve ter a dor? Como podem os elementos subjetivos serem verificados objetivamente? O afeto pode ser quantificado?

Em virtude da vulnerabilidade dos filhos, o subprincípio da solidariedade familiar, que advém do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, alcança o seu grau máximo de intensidade, sendo que, havendo abandono moral ou material, estará este pai ou esta mãe violando frontalmente os direitos resguardados a este filho, zelados pela nossa Carta Maior, hipótese em que se defende o direito da criança e do adolescente ao afeto, mas respeitando os demais princípios constitucionais relativos ao tema.

Mas, infelizmente, a família, que era para ser o alicerce de nossas crianças e jovens, dotando-os com possibilidades materiais, com a educação e principalmente com a preocupação e o carinho de todos os integrantes, encontra-se, muitas vezes, formada por pessoas desestruturadas, omissas e negligentes.

O objetivo do presente trabalho é debater a aplicabilidade da responsabilidade civil no âmbito familiar, com enfoque na possibilidade da inserção dos danos morais decorrentes do abandono afetivo dos pais no rol de danos passíveis de reparação, e pretende-se chegar à conclusão de que é cabível a responsabilização dos pais por abandono, embora não seja ainda esta a posição dominante na doutrina e na jurisprudência.

O capítulo 1 inicia-se tratando do direito de família, apresentando algumas noções históricas de como se chegou ao conceito de família que possuímos, as definições constitucionais do que é a família para o direito brasileiro, seus princípios e a definição de filiação e os direitos e deveres que são inerentes à mesma.

Seguidamente, entraremos no Direito das Famílias, destacando-se a previsão da Constituição Federal de 1988, e da legislação infraconstitucional sobre este ramo, especificamente acerca da relação paterno-filial, serão analisados o poder familiar e o direito à convivência.

Tendo em vista a nova perspectiva familiar, observar-se-ão os princípios constitucionais imprescindíveis ao presente tema, como o da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, da afetividade, do melhor interesse da criança e do adolescente. Estes princípios visam à proteção dos filhos, como pessoas dotadas de dignidade e de direitos.

No capítulo 2 será examinado o importante papel que os pais exercem no desenvolvimento emocional, moral e intelectual de seus filhos, e que o afeto paterno/materno é essencial para a formação de um indivíduo saudável. Dessa maneira, exige-se dos pais que estes cumpram com sua obrigação de criar e educar os filhos, sem lhes omitirem o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade.

Analisar-se-á especificamente a questão do afeto familiar, que por consequência nos leva ao estudo das modernas concepções de família, tanto para a sociedade quanto para o ordenamento jurídico pátrio, passando por uma análise histórico-evolutiva acerca do tema.

Será realizada uma ponderação entre o princípio da dignidade da pessoa humana, sob a perspectiva da afetividade como dever dos pais, e a liberdade de dar afeto, sustentada por quem alega a impossibilidade de se exigir o tão mencionado e importante afeto.

Outro ponto de suma importância para o total entendimento dos questionamentos aqui abordados será a análise dos deveres dos pais em relação aos filhos, questionando se tais obrigações se resumiriam no dever de alimentar e se o afeto entraria no rol de tais deveres. Buscaremos o estudo de tais obrigações tanto na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na

Declaração Universal dos Direitos Humanos para um entendimento completo sobre o tema.

O capítulo 3 abordará o instituto da responsabilidade civil e, através de noções sobre a matéria, serão postos conceitos e suas respectivas funções, para então focalizar, na espécie, a responsabilidade cabível no Direito das Famílias.

Assim, buscar-se-á verificar se a conduta dos pais com relação ao exercício do poder familiar é geradora de dano, analisando-se os elementos essenciais da reparação civil, no caso, o dano, a culpa e o nexo de causalidade, debatendo pontos importantes quanto ao novo entendimento de reparações imateriais por distanciamento afetivo e a posição contrária.

Será observada a necessidade de se verificar a presença da culpa no ato lesivo do genitor que se omitiu quanto ao convívio com seu filho, assim como a comprovação da existência do dano decorrente do abandono afetivo no caso concreto que confirmem a conduta reconhecida como ilícita do genitor, que deixa de cumprir seu dever familiar de convívio e afeto com o filho.

Será demonstrado que é dever dos genitores, previsto no Texto Maior, a preservação dos laços da paternidade/maternidade, e que não conviver com o filho, não acompanhar seu desenvolvimento, nem dar-lhe a necessária proteção, é violação de lei, cabendo a responsabilização do agente pelo ato lesivo, por meio do nexo de causalidade que comprova o dano psicológico suportado pela criança, já que o que está em jogo é a sua personalidade, sua dignidade como ser humano, sua segurança emocional, seu pleno desenvolvimento físico e psíquico, e sua realização pessoal.

Nesse diapasão, dissertar-se-á sobre os danos morais, sob o paradigma da tutela da pessoa humana, com a delimitação de seu conceito, e ponderação sobre os problemas encontrados para sua efetiva reparação, chegando a critérios para tal. Ademais, será vislumbrada a efetiva função da indenização, analisando-se as divergências existentes neste ponto.

Posteriormente será tratada especificamente a questão da responsabilidade civil por abandono afetivo na filiação, abordando o no moral e suas características, o abandono afetivo, e apresentando os argumentos favoráveis e os desfavoráveis, através da jurisprudência e das posições doutrinárias sobre o assunto em questão.

A partir de argumentos de doutrinadores que admitem a possibilidade de responsabilização civil pela omissão dos pais em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, chega-se à análise da possível reparação dos danos decorrentes desta conduta, ainda que exclusivamente moral.

Haverá, também, uma breve análise comentada da jurisprudência sobre o tema do abandono afetivo, registrando-se que ainda não há uma posição pacificada, expondo julgados selecionados, e passando-se para o detalhamento de seus fundamentos.

Este estudo se encerra partindo do objetivo do presente trabalho, qual seja, debater a aplicabilidade da responsabilidade civil no âmbito familiar, com enfoque na possibilidade da inserção dos danos morais decorrentes do abandono afetivo dos pais no rol de danos passíveis de reparação.

Pretende-se chegar à conclusão de que é cabível a responsabilização do pai por abandono, embora não seja ainda esta a posição dominante na doutrina e na jurisprudência.

Deste modo serão apresentados pontos conclusivos, que permitem um melhor entendimento da questão e que perpetuam o estudo e as reflexões sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo na filiação.

A Nova Família no Direito Civil-Constitucional Brasileiro

Ao longo dos anos, as relações interpessoais entre particulares sofreram grandes modificações, fazendo com que os direitos individuais fossem abarcados apenas pelo direito privado, sem a intervenção estatal, restando ao Estado à incumbência das soluções de lides referentes à sociedade como um todo.

Com a mudança do Estado Liberal para o Estado Social¹, a Constituição, que anteriormente tratava da hegemonia dos valores patrimoniais e preservava o individualismo jurídico, passou a consagrar a necessidade de se “constituir uma sociedade livre, justa e solidária”², objetivo fundamental advindo da promulgação da Constituição Federal de 1988. Trouxe também para o seu corpo, dispositivos que versam sobre temas que antes eram tratados somente na esfera privada.

Essa transformação recebeu o nome de “Constitucionalização do Direito Civil”, e se define como a incorporação ao Texto Maior dos direitos antes tratados no âmbito privado, como exemplo, o direito de personalidade, do homem e da família, da proteção legítima da propriedade, que hoje é analisado também, sob a ótica constitucional, além de utilizar – se dessa constitucionalização para fundamentar os diversos conflitos existentes no âmbito privado, visando reparar o dano da pessoa.

Nesse sentido, pode-se dizer que o Direito de Família sofreu mudanças significativas, já que nas Constituições que precederam a de 1988, a família estava sob a proteção do Estado³ e, atualmente, é denominada como sendo a base da sociedade⁴.

¹ Para Paulo Lôbo, o Estado Liberal é aquele “que pretende afastar qualquer intervenção estatal ou consideração de interesse social das relações privadas”, já o Estado Social “é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos sociais e econômicos”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25361>. Acesso em: 5 jan. 2014.

² Cf. Art. 3º da CF/88.

³ Como exemplo, tem-se a Constituição de 1934. Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

⁴ Tal vinculação à sociedade adveio com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em sinal dos tempos, preferiram vinculá-la à sociedade em seu art. 16.3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade ...”.

Para Fachin, o Direito Civil-Constitucional pode ser entendido como sinônimo de humanização do direito civil brasileiro, na esteira de uma necessária e impostergável reforma do conceito de sujeito de direito, de vez que o pensar jurídico privado nasce desta categoria jurídica⁵.

Ocorre que a transformação na dicotomia jurídica que envolve tanto o setor público quanto o setor privado não é tão simples no que diz respeito à sua aplicabilidade no cotidiano jurídico. Conforme Pietro Perlingieri⁶, a aplicação deste processo contribui para crise na comum sistemática do Direito subdividido em Privado e Público, devido à dificuldade em estabelecer a distinção entre o interesse particular e o interesse público. Distinção esta que se agrava diante da forte presença do interesse coletivo⁷ na sociedade atual.

Esta mudança ocorreu devido à característica de normatividade dos princípios constitucionais, onde se podem encontrar os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, entendimento este que significa a transformação do Direito Civil.

Com a constitucionalização do Direito Civil, além da dificuldade em separar o que é particular do que é coletivo e o que é privado do que é público, outro conflito passou a existir no que tange à aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Sabe-se que, devido à hierarquia das normas, o Texto Maior deve ser analisado em primeira instância e utilizado como norteador para as normas infraconstitucionais, porém o direito de família é de órbita privada, cabendo a aplicação da Constituição apenas de forma excepcional ou supletiva.

Com a elevação desses temas ao plano constitucional, alguns problemas tiveram que ser resolvidos acerca do conflito de leis, e tal saneamento se deu através da Adin nº 2 de 06.02.1992⁸, onde o Ministro Paulo Brossard estabeleceu

⁵ FACHIN, Luiz Edson. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 16-20.

⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, p.54.

⁷ *Como exemplo de interesse coletivo, temos o meio ambiente, a saúde, educação.*

⁸ CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em

a inexistência de inconstitucionalidade formal, e decidiu que a inconstitucionalidade material deveria ser resolvida por meio da revogação da norma antiga que se confrontasse com as regras e os princípios constitucionais supervenientes, ou seja, na existência de norma infraconstitucional anterior à Constituição de 1988 que divergir do que ali consta em dispositivo, as normas anteriores deverão ser desconsideradas, prevalecendo a redação atual⁹ da Carta Magna.

Assim, feitas tais considerações, Paulo Lobo afirma que:

a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional¹⁰.

Com a mudança da realidade social, os princípios e as regras constitucionais, que antes eram tidos como valores, dão direcionamento à efetivação do Direito Civil em seus diversos temas, sendo o objeto deste capítulo a nova família no ordenamento jurídico brasileiro.

A família representa o norte da educação de uma pessoa, sendo o lugar onde o indivíduo cresce e desenvolve-se. Do mesmo modo, podemos considerar a família como um elemento sociocultural institucionalizado pelo Direito, reunindo e desenvolvendo fatores psíquicos e afetivos.

No Código Civil de 1916, a família era fruto do casamento civil, cujo poder do marido, o dito poder familiar, com valores tradicionais, demonstrava a hierarquia do homem sobre a mulher, colocando-a em relativa submissão¹¹. Com

relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. (STF - ADI: 2 DF, Relator: Min. PAULO BROSSARD, Data de Julgamento: 06/02/1992, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 21-11-1997 PP-60585 EMENT VOL-01892-01 PP-00001).

⁹ Exemplo de solução deste conflito normativo foi que as normas que regiam os direitos e deveres diferenciados entre os cônjuges foram revogados.

¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25361>. Acesso em: 5 jan. 2014.

¹¹ Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.

Art. 240. A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

a evolução da sociedade e do ordenamento jurídico, hoje a mulher alcançou direitos importantes¹².

Em 1949, a Lei nº 883 trouxe ao âmbito jurídico a possibilidade de reconhecer os filhos havidos fora do casamento, garantindo direitos que antes lhes eram negados.

Em 1962, a Lei nº 4.121 alterou a condição da mulher casada que, anteriormente, era considerada incapaz e passou a ter capacidade plena em face de seu marido.

Em 1977, a Lei nº 6.515, a Lei do Divórcio, permitiu às pessoas já separadas a possibilidade de casarem-se novamente. Ampliou-se a igualdade entre os filhos considerados legítimos e aqueles havidos fora do casamento, equiparando os direitos.

Com as mudanças na Carta Magna e o advento de um novo Código Civil¹³, novas ideias foram inseridas no nosso ordenamento jurídico, assim como novos princípios, além de mudanças significativas em dispositivos já existentes.

Em 1988, a Constituição Federal passou a dispor efetivamente acerca das relações familiares, acompanhando, assim, a evolução da sociedade. A rigidez e o formato hierárquico da família, consequências da autoridade incondicional do patriarca sobre os demais membros, ficaram no passado, dando lugar a relações familiares baseadas na igualdade e no respeito mútuo.

A família que serviu de espelho para os civilistas de 1916, época em que se tratava de um organismo familiar tradicional, patriarcal, regido por um chefe que determinava o que poderia ou não ser feito e quando a mulher era submissa e os filhos rigorosamente obedientes ao seu pai, não existe mais.

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira¹⁴, o direito à família precisa acompanhar as constantes transformações da sociedade de forma que ultrapasse os limites da família formada pelo casamento. A cada dia o direito reconhece novas

¹² O art. 2º da Lei nº 9.278/96 diz que Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes: I - respeito e consideração mútuos; II - assistência moral e material recíproca; III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns, e regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal (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).

¹³ Embora o Código Civil tenha sido promulgado em 2002, seu projeto foi elaborado em 1975, data anterior à Constituição Federal.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. V. 14. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p.2-3.

modalidades de constituição familiar, e o desafio hoje ensejado ao direito de família é unir o pluralismo aos objetivos que são confiados à instituição.

Contemporaneamente, o enfoque passou a ser na pessoa que integra a família, pois se reconheceu o indivíduo como pessoa humana detentora de direitos, e que a família é meio de concretizar o bem-estar de seus membros. Nesta linha, Lobo¹⁵ assevera que:

Não é a família *per si* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.

Cabe salientar que o entendimento limitativo das entidades familiares, como se a Constituição apresentasse um rol imperativo, é decorrente de uma interpretação ultrapassada que não reconhece a nova concepção de família prevista de forma explícita e implícita no texto constitucional.

Com todas essas transformações, a abordagem atual sobre o Direito de Família é bem diferente da visão no início do século passado e, devido às inúmeras reformas ocorridas nas relações humanas, fizeram-se necessárias tais alterações na legislação.

Atualmente, tem-se que a família não é apenas a unidade heterossexual, consanguínea, matrimonial e patriarcal. Toda e qualquer sociedade que leva seus integrantes à realização pessoal, que são unidos pela afetividade, deve ser considerada uma família.

Na visão de Pietro Perlingieri¹⁶:

A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem.

O modo de organização da família pode variar através dos tempos e das culturas. Entretanto, a necessidade de um ponto de referência central do indivíduo

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de família*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, p. 155, jun./jul. 2004, p.7.

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, p.243.

na sociedade é constante, e pode ser encontrado na família. Neste sentido, afirma a professora Maria Celina Bodin de Moraes¹⁷:

A família, portanto, não se acha mais fundada em rígidas hierarquizações, preocupadas com a preservação do matrimônio do casal e do patrimônio familiar, para se revelar como o espaço privilegiado de realização pessoal dos que a compõem. Como exemplos desta nova concepção, destacam-se, entre outros, a igualdade entre os cônjuges e a igualdade entre os filhos, a prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente, pessoas em desenvolvimento, e o regime da prestação alimentícia, (...) como expressão da solidariedade no domínio familiar.

Dessa forma, observa-se que a Constituição reconheceu como relação familiar o convívio de um dos pais com seus filhos, incluindo no conceito de família as estruturas monoparentais. Existiu uma transformação em tal conceito, admitindo-se entender que a Constituição Federal conferiu efeitos jurídicos ao afeto.

Sob essa nova perspectiva de família¹⁸, o afeto torna-se componente essencial, assim como a liberdade, o amor, a ajuda mútua. O vínculo afetivo passou a ser mais importante do que o vínculo biológico nas relações familiares, como decorrência da evolução da sociedade e das relações familiares em si, tornando-se o elo mais forte que une as pessoas. A valorização do afeto modificou a feição da família para local de realização dos desejos existenciais de seus membros.

A família, independentemente de sua composição, é protegida pela Constituição, pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar.

Rodrigo da Cunha Pereira¹⁹ conclui sobre as novas configurações familiares que:

felizmente, a família deixou de ser, essencialmente, um núcleo econômico e de reprodução. Hoje ela é muito mais o espaço do amor, do companheirismo, da solidariedade e do afeto. Um *locus* para a construção do sujeito e de sua

¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Solidariedade*. 2000. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>> Acesso em: 10 dez. 2013.

¹⁸ Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes, destaca que a mudança da centralidade da família, que antes era do casamento, para ceder espaço à filiação, que garantirá a sucessão de gerações, encontrando proteção na Carta Magna, em seu artigo 227, e na Declaração dos Direitos da Criança da ONU, que estabelecem a prioridade do interesse dos filhos menores.

¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Novas Configurações Familiares*. 2007. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI46327,71043.Novas+configuracoes+familiares> > Acesso em: 10 dez. 2013.

dignidade. Por mais que fiquemos amedrontados ou irredimidos, a família foi, é e continuará sendo o núcleo básico de qualquer sociedade. Por mais que variem ou sejam diferentes essas formas de constituição das famílias, por mais que estejam presentes os interesses de mercado, da sociedade do espetáculo e do consumo, por mais variadas que sejam as formas de manifestação da sexualidade, em sua essência está um núcleo estruturador e estruturante do sujeito. Com ajuda ou sem ajuda de artifícios da evolução científica, dar e receber amor continua sendo o eterno desafio humano.

Após os esclarecimentos sobre a evolução da família no âmbito jurídico, pode-se concluir que a constitucionalização do Direito Civil se dá de forma coerente e alinhada com o atual cenário no qual a família se encontra.

Em relação à aplicação do Direito Civil Constitucional na família, tomamos emprestado o exemplo de Paulo Luiz Netto Lôbo²⁰, onde:

o conteúdo conceitual, a natureza, as finalidades dos institutos básicos do direito civil, nomeadamente a família, a propriedade e o contrato, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista, cujos traços marcantes persistem na legislação civil. As funções do Código esmaeceram-se, tornando-o obstáculo à compreensão do direito civil atual e de seu real destinatário; sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas suas vicissitudes, a pessoa humana. Despontam a afetividade, como valor essencial da família; a função social, como conteúdo e não penas como limite, da propriedade, nas dimensões variadas; o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco, no contrato.

Assim, pode-se afirmar que não é mais possível qualquer leitura relativa à filiação, maternidade e paternidade, senão com base nas diretrizes definidas pelos princípios constitucionais e infraconstitucionais que vêm sendo colocados como norteadores dos novos conceitos de Família.

1.1

Conceito de Família

O conceito de família deve ser analisado de forma subjetiva, pois está sujeito à interpretação de quem o define e do contexto social, político e familiar no qual se encontra inserido.

Segundo Osório²¹:

a família é uma unidade grupal onde se desenvolvem três tipos de relações pessoais – aliança (casal), filiação (pais/filhos) e consanguinidade (irmãos) – e que a partir dos objetivos genéticos de preservar a espécie, nutrir e proteger a

²⁰ Vide art. 1.511 do Código Civil de 2002 e Lei nº 9.278/96.

²¹ OSÓRIO, Luiz Carlos. *Família hoje*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

descendência e fornecer-lhe condições para a aquisição de suas identidades pessoais, desenvolveu através dos tempos funções diversificadas de transmissão de valores éticos, religiosos e culturais.

No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de família sempre foi compreendido sob o aspecto meramente matrimonial, desconsiderando as demais manifestações e realidades familiares existentes. Sem o casamento não se constituía família legítima e, portanto, ceifada estava qualquer espécie de proteção aos membros havidos fora deste²².

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou um marco na evolução do conceito de família ao corporificar o conceito de Lévy-Bruhl²³ de que o traço dominante da evolução da família é sua tendência a se tornar um grupo cada vez menos organizado e hierarquizado e que cada vez mais se funda na afeição mútua²⁴. Aquela família tradicional, formada somente por pais e filhos, deixou de prevalecer e novos modelos de família surgiram.

O casamento deixa a posição de primazia, abrindo espaço para a família derivada da convivência entre homem e mulher e começa a ter maior proteção, assim como é considerada uma família a associação de mãe e filhos, ou de pai e filhos.

Tal comportamento é fruto das constantes transformações da família e de sua conceituação que está diretamente ligada às influências políticas, econômicas, sociais e culturais, originando modificações nas funções de cada componente e nas relações entre si, bem como, alterando sua estrutura no que diz respeito à composição familiar.

A família tem o papel de desempenhar o desenvolvimento e a sustentação da saúde e do equilíbrio emocional de seus membros. E é exatamente em razão dessa complexidade de fatores que interferem na sua manutenção e perpetuação que ela deve ser compreendida historicamente e de acordo com as suas especificidades.

As relações familiares evoluíram através dos tempos porque a sociedade assim o exigiu. Atualmente, há formas plurais de relacionamentos familiares, no

²² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.10-20.

²³ Henri Lévy-Bruhl (1884-1964) foi um jurista e sociólogo francês, considerado como um dos fundadores da sociologia do direito moderna.

²⁴ GENOFRE, R. M. *Família: uma leitura jurídica. A família contemporânea em debate*. São Paulo: EDUC/Cortez, 1997.

entanto, ainda há muito a evoluir, visto que a sociedade entre os seres humanos não é estática, mas dinâmica. O que se vê hoje são os valores sentimentais e afetivos como requisitos de grande importância para a formação da família.

Apesar de toda essa evolução na família, é preciso esclarecer que não se tem reconhecido todas as suas formas, cabendo aos Tribunais dar-lhes efeitos ou não, pois a verificação de variadas formas de relacionamentos vem, não de uma compreensão jurídica, mas de um viés transdisciplinar, incorporando conceitos da psicologia, da sociologia e de outras disciplinas.

Exemplo de tal verificação é a união entre duas pessoas do mesmo sexo que, embora seja assunto de elevada polêmica, vez que a nossa sociedade ainda enxerga com preconceito este modelo familiar, e as leis não possuem mecanismos eficientes para coibir ou viabilizar tal conduta, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 5 de maio de 2011, estabelecendo direitos e deveres aos homoafetivos como se homem e mulher fossem, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4277/DF²⁵.

Neste sentido, o Direito cuidou de acolher juridicamente o instituto da família, abordando este que é o instituto mais humanitário e social do Direito como um conjunto técnico-jurídico permeado por obrigações e por direitos.

Nas palavras de Maria Berenice Dias²⁶, a família é o primeiro ente “socializador do ser humano, por isso é considerada a célula *mater* da sociedade e, por esta razão, recebe especial atenção do Estado”.

A partir de vastos entendimentos sobre a família e da nossa própria vivência no cotidiano, pode-se perceber que a família é um sistema inserido numa variedade de contextos e composta por pessoas que partilham anseios e valores, desenvolvendo laços de interesse, de solidariedade e de reciprocidade, com características específicas e funcionamento singular.

As definições de família podem ser muitas, porém, um ponto em comum as torna únicas: a união dos membros de uma família pela consanguinidade ou

²⁵ A ADI 4277 foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) com pedido de interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 1.723 do Código Civil, para que se reconheça sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Novos Rumos do Direito das Famílias*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/17_novos_rumos_do_direito_das_fam%EDias.pdf. Acesso em: 01 dez. 2013.

não, decorrente da intimidade, da reciprocidade, de vínculos afetivos e do enriquecimento conjunto.

1.1.1

A família sob o aspecto cultural e psicológico

É notável a potencial mutabilidade das relações sociais de natureza familiar. O que parece ser o melhor modelo num determinado tempo, já não o é depois, em tempo ainda próximo. O que não muda é o fato de as pessoas não abandonarem a preferência pela vida em família, seja de que molde ou tipo se constitua seu núcleo familiar.

No intuito de não incorrerem em pré-julgamentos infundados, passemos agora a ter uma visão onde a família é tratada fora dos ditames religiosos e/ou institucionais apresentados ao longo da evolução histórica. Esse sistema familiar nos parece um pouco mais abrangente indo parar além dos laços afetivos que o permeiam, o que gera a necessidade de tratá-lo segundo concepções culturais e de laços concebidos pelas relações psíquicas ou inter-relações afetivas.

Um diferencial na definição atual do termo família reside no grande número de interpretações que o termo possui, estando, no elo afetivo, um elemento transformador na busca de uma nova concepção familiar, e é exatamente toda essa afetividade que aproxima as pessoas, traz de volta o sentimento do amor, embaralha as vidas e faz nascer uma nova forma de entidade familiar.

Ao tratarmos de cultura²⁷ e afetividade na constituição de um modelo de família, estamos falando que antes de tudo ela é um lar psíquico de afeto, ou seja, não deve ser compreendida pelo fundamento da verdade heterossexual como padrão de sexualidade. Devemos desfazer os laços que nos prendem ao passado e que nos permitiram, erroneamente, conceituar a família de acordo com dado momento histórico.

²⁷ *A cultura tem sua ingerência sobre as concepções familiares. Como exemplo, vejamos a família patriarcal que possuía todo um cunho político e religioso. Foi fundada como modelo ideal, porém sua característica rígida cerceava qualquer tipo de manifestação que se pautasse na afetividade de um de seus integrantes em relação aos outros. No sentido de sanar esse grave defeito, “o conceito de família precisou ser reinventado”.*

O próprio conceito de filiação, que antes se vinculava ao conceito de verdade biológica, se transformou, indo buscar correntes mais amplas que têm no afeto, o elemento principal de sua concepção.

Dessa forma, ao olharmos para a família, como sendo ela um fator psíquico, podemos dizer que o fator socioafetivo fala mais alto que o biológico, uma vez que são os sentimentos os elementos que determinam a relação entre seus membros.

Além disso, as figuras materna e paterna devem estar bem definidas, pois a criança não necessita da figura de simples genitores, mas sim, de pais atuantes, que possam colaborar para o desenvolvimento familiar em relação à criança, priorizando, dessa forma, o pleno desenvolvimento familiar, principalmente em relação à criança, seja ela advinda de vias biológicas ou não.

Neste aspecto, Winnicott²⁸ aborda a função da família na construção de uma saúde individual, questionando e arguindo a capacidade do homem de atingir a maturidade emocional fora da conjuntura familiar. O autor entende por "maturidade" um sinônimo de saúde, conferindo-lhe um *status* de processo de um ir e vir, que segue o indivíduo ao longo de toda sua vida, designando esse estado de maturidade relativa²⁹.

Assim, devemos partir do fato de que uma família estruturada sobre bases duradouras de amor recíproco é certamente merecedora de tutela jurisdicional, independente de sua formação perante a sociedade, seja ela homossexual, heterossexual ou bissexual.

Outrossim, próximo ao aspecto psíquico, o traço cultural da família é mais facilmente identificado quando passamos a observar exigências e valores culturais ressaltáveis em determinadas épocas da evolução histórica da sociedade.

Michelle Perrot³⁰, nesse ponto, faz uma análise sistemática desse lado cultural da família, onde afirma que “toda sociedade procura acondicionar a forma

²⁸ WINNICOTT, Donald. *A família e o desenvolvimento individual*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.129-138.

²⁹ *A partir da visão de Winnicott, de que maturidade é sinônimo de saúde, podemos definir a maturidade relativa como uma visão do autor de saúde relativa, ou seja, todos nós a possuímos, mas esta sempre será relativa, pois somos passíveis de doenças, justamente pela ausência de uma boa saúde.*

³⁰ PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*, in *Veja 25: reflexões para o futuro*, São Paulo: Abril, 1993, p.75.

de família às suas necessidades e fala-se em “decadência” para estigmatizar mudanças com as quais não concordamos”.

Merece destaque também o funcionamento de cada família no decorrer do tempo e do espaço em que atua, que se dá pela atribuição dos papéis que a própria sociedade confere aos gêneros.

Corroborando tal entendimento, Maria Berenice Dias³¹ assegura que:

quando se trilha o caminho que busca enlaçar no próprio conceito de família o afeto, desprezá-lo totalmente afronta não só a norma constitucional que consagra o princípio da proteção integral, mas também o princípio maior que serve de fundamento ao Estado Democrático de Direito: o respeito à dignidade de crianças e adolescentes.

Toda exposição feita neste subitem nos leva a crer que, ao tratarmos a família sob o aspecto cultural e psicológico, esta, a cada dia, busca um modelo mais amplo e equilibrado de estrutura familiar, onde a afetividade é elemento essencial e que, por vez, não faz menção a cunhos de negação ao próximo, mas sim, de respeito.

1.1.2

A Família sob a ótica Civil – Constitucional

A nova Carta Magna demonstra a importância da instituição familiar para o Estado ao revelar que a família é a base para a sociedade, e ao ratificar a igualdade de direito entre os cônjuges e os direitos entre os filhos, sejam os havidos fora do casamento ou por adoção³².

As uniões estáveis, os agrupamentos constituídos por apenas um dos pais e seus descendentes ou famílias monoparentais, foram consideradas entidades familiares.

A Constituição insere os princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana na esfera das relações familiares. Do mesmo modo rompe com o patrimonialismo vigente à época para transformar o Estado numa nação solidária que tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

³¹ DIAS, Maria Berenice. *Novos Rumos do Direito das Famílias*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/17_novos_rumos_do_direito_das_fam%EDias.pdf.

Acesso em: 01 dez. 2013.

³² Cf. Art. 226 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, como um dos princípios que precisam ser abarcados na nova estrutura familiar, confere às crianças e aos adolescentes direitos próprios reconhecidamente garantidos e essenciais à sua condição de pessoas em desenvolvimento, transformando as relações entre pais e filhos³³.

Assim, tal premissa deve ser tomada como um dos princípios norteadores do Direito de Família, em especial na tratativa de relações jurídicas que envolvam crianças/adolescentes e seus genitores.

No entanto, não se pode entender família apenas através de uma interpretação literária da Carta Magna, pois o conceito não é fechado. O sistema adotado pela Constituição Federal é aberto, inclusivo, e não, discriminatório³⁴, e não há como esgotar seu conceito. Ocorre uma constante evolução, e a cada dia surgem novas estruturas de convívio e formas de expressar amor e afeto.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias³⁵ afirma que:

A constitucionalização das relações familiares mudou significativamente o conceito de família e afastou injustificáveis diferenciações, proporcionando o alargamento conceitual das relações interpessoais levando a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade.

Pode-se dizer que a Carta Magna impõe uma releitura das normas regulamentadoras das relações familiares sob uma ótica humanista e solidarista, tendo como fundamento o afeto entre os membros familiares. A família patriarcal e monopolizada dá lugar à tutela da dignidade de seus membros, promovendo o desenvolvimento da personalidade de cada um.

Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira³⁶:

Dignidade humana é o direito do ser humano. Kant, o ‘filósofo da dignidade’, certamente não imaginava que as suas ideias originais de dignidade ocupariam o centro e seriam o veio condutor das constituições democráticas do final do século XX e as do século XXI. Essas noções de dignidade incorporam-se de tal forma ao discurso jurídico que se tornou impensável qualquer julgamento ou hermenêutica sem a consideração dos elementos que compõem e dão dignidade ao humano. Seguindo a tendência personalista do Direito Civil, o Direito de Família assumiu como seu núcleo axiológico a pessoa humana como seu cerne a

³³ Cf. Art. 227 da Constituição Federal de 1988.

³⁴ Cf. Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. *Novos Tempos, Novos Rumos*. 2004. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2004/mariaberenicedias/novostempos.htm>. Acesso em: 01 dez. 2013.

³⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Autoridade parental é responsabilidade social*. Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família nº 34, Belo Horizonte, 2005, p.10.

dignidade humana. Isso significa que todos os institutos jurídicos deverão ser interpretados à luz desse princípio, funcionalizando a família à plenitude da realização da dignidade e da personalidade de cada um de seus membros. A família perdeu, assim, o seu papel primordial de instituição, ou seja, o objeto perdeu sua primazia para o sujeito. Seu verdadeiro sentido apenas se perfaz se vinculada, de forma indelével, à concretização da dignidade das pessoas que a compõe, independentemente do modelo que assumiu, dada sua realidade plural na contemporaneidade.

Destarte procuraremos pormenorizar a evolução do instituto da família e os princípios nela inseridos para melhor esclarecimento a respeito da temática deste estudo.

1.2

Da família antiga à atualidade – O caminho para o novo

Ao longo da evolução humana, a família vem sofrendo diversas alterações, e muitas vezes a legislação não satisfaz a realidade social. O tempo em que os modelos clássicos de família vigoraram não está distante e atualmente há uma grande discussão sobre as novas formas de se constituir família.

É importante mencionar que, apesar da origem e da evolução da família, há evidências de que em algum momento da história existiram espécies familiares que se organizavam de forma matriarcal³⁷, em virtude da ausência dos homens dentro de suas estruturas familiares.

Em meados do século XVII, estabeleceu-se o ideal de família burguesa, e esse padrão estava direcionado a um modelo de poder e de normatividade no direcionamento das decisões familiares, onde qualquer divergência era considerada como desvio social. Aos filhos cabia a manutenção das relações sociais que visavam, pura e unicamente, ao mercantilismo³⁸ vigente à época.

Já no século XIX a família nuclear burguesa adquiriu maior destaque, passando por transformações ao longo do século XX na mesma proporção do crescimento do ambiente urbano e industrializado no qual se desenvolvia.

³⁷ Como exemplo, podemos citar os efeitos da 1ª Guerra Mundial na Europa, onde a maioria das famílias teve que se organizar de forma totalmente diversa à organização que se tinha anteriormente, pois a maioria dos “chefes de família” pereceram nos combates.

³⁸ Mercantilismo é o nome dado a uma corrente de pensamento econômico desenvolvida na Europa na Idade Moderna, entre o século XV e o final do século XVIII, onde o lucro, as vantagens financeiras prevaleciam. O mercantilismo originou um conjunto de medidas econômicas diversas, de acordo com os estados.

Manteve-se presente nesta forma de organização familiar o caráter patriarcal e hierarquizado, com extrema autoridade do pai sobre os filhos e a esposa.

Com a saída dos homens de seus lares para atuar nas grandes mineradoras, a mulher se viu obrigada a assumir o papel de autoridade no seio de sua família e, posteriormente, se depararam com a necessidade de trabalhar para complementar o sustento familiar – características de um modelo mais solidário de convivência. Assim, as mulheres absorviam uma parte dos empregos destinados aos homens, além de se dedicarem àqueles de cunho domiciliar.

Apesar de tanta evolução, nota-se que a codificação civil da época ainda subjugava a mulher, tratando-a como incapaz, ao permitir que assumisse a autoridade familiar apenas na ausência do esposo, reafirmando, assim, a supremacia do homem.

Tal posição se refletiu diretamente na instituição do Código Civil de 1916. Nesse sentido, Fachin³⁹ defende a ideia de que a família se tratava de um sistema fechado, contemplando apenas disposições que beneficiavam a classe dominante. Desta forma, só eram transformados em dispositivos legais os temas que fossem de interesse da sociedade da época, tendo como exemplo a vida em comunhão.

As participações femininas no trabalho formal aumentaram no século XX, crescendo de forma considerável o interesse das mulheres em estudar e em profissionalizar-se. Durante a década de noventa, também houve o aumento de outras formas de união familiar, como as uniões estáveis. Nessa tangente, o modelo familiar se presta a papéis mais protecionistas, com concepções afetivas e voltadas para um bom desenvolvimento psíquico e social.

A família contemporânea oriunda da evolução sofrida pela nuclear burguesa passou a deter, ao invés de funções meramente institucionais, funções pessoais. O afeto deixou de estar presente tão somente na origem do casamento para ser o próprio componente agregador da família, de forma que o seu esgotamento implica, por vezes, o fim desta instituição. A satisfação dos membros adquiriu primordial importância na manutenção do grupo familiar.

Atualmente, o modelo ideal de família deixou de existir, pois ela pode se apresentar nas mais diversas configurações. Nesse diapasão, a família pode se

³⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2003, p.298.

formar através da união entre companheiros não casados, e pode ser monoparental, reconstituída ou recasada.

Podemos, assim, entender que hoje a família não é vista somente como um fenômeno decorrente da união de um homem e de uma mulher com o objetivo de procriar, educar e preparar a sua prole para a vida em sociedade. Também é possível observar que ela não se encontra mais estagnada e vinculada a modelos ‘socialmente corretos’ ou não. Seus principais aspectos se moldam no apoio e solidariedade, que se traduzem em um forte elo afetivo em busca da ampla realização coletiva.

Desse modo, pode-se verificar a necessidade de transformação no Direito de Família, com atenção ao que diz respeito ao afeto e sua importância nas instituições familiares, para que não alcancemos somente a continuação de uma época já ultrapassada em que prevalecia uma imagem inadequada acerca da humanidade e de suas relações sociais.

Para que ocorram tais transformações, começemos por afirmar que o instituto da família deverá andar lado a lado com os preceitos constitucionais, uma vez que apenas na observância dos princípios trazidos pela constituição, que analisaremos a seguir, poderemos ao menos nos aproximar de respostas mais completas às inúmeras demandas contemporâneas, assim como no caso das relações familiares.

1.2.1

Princípios

Com as mudanças na sociedade em relação à entidade familiar, e a necessidade de novos dispositivos que abarquem essa nova realidade, a Carta Magna trouxe novas ideias, assim como princípios, a fim de que a instituição familiar seja protegida pelo Estado e seus membros tenham seus direitos e deveres resguardados.

O Direito de Família possui princípios próprios com fundamentação Constitucional que estão implícitos ou explícitos no ordenamento jurídico brasileiro e, através da aplicação deles no cotidiano, permite-se o cumprimento dos deveres estabelecidos em lei acerca da constituição da entidade familiar, bem

como resguarda os direitos garantidos aos seus membros, em especial a criança e o adolescente que passaram a ser sujeito de direito a partir do advento da nova Carta Constitucional de 1988.

Celso Antônio Ribeiro Bastos conceitua os princípios constitucionais como sendo:

aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Outra função muito importante é servir como critério de interpretação das normas constitucionais, seja ao legislador originário, seja aos juízes, seja aos próprios cidadãos. Em resumo, são os princípios constitucionais aqueles valores albergados pelo Texto Maior a fim de dar sistematização ao documento constitucional, de servir como critério de interpretação e espriar os seus valores sobre todo o mundo jurídico.⁴⁰

Nas palavras de Paulo Bonavides,⁴¹ “os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional”.

A partir disto, serão analisados os princípios inerentes ao Direito de Família, protetores de toda e qualquer entidade familiar e que trazem fundamentação e aplicação às ações em que se discute a relação paterno-filial, levando em consideração a atual concepção de família que se apresenta desdobrada em diversas facetas, cada qual com as suas peculiaridades.

Essa compreensão emana da importância atribuída à família, que recebe amparo constitucional como nenhuma outra instituição recebeu. Isso se deve ao fato de seus valores serem e precisarem de uma especial proteção que vai muito além da que o Direito oferece a qualquer bem material.

No que diz respeito à filiação, serão tratados neste item os princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança, da afetividade, da igualdade jurídica de todos os filhos, do pluralismo familiar e da paternidade responsável e do planejamento familiar. Sendo estes os principais norteadores do ordenamento jurídico que versam sobre os direitos garantidos à criança e ao adolescente como membros da instituição familiar.

⁴⁰ BASTOS, Celso Antônio Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 153-154.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Malheiros, São Paulo, 1998, p.228.

1.2.1.1

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, posto no ápice da Constituição Federal de 1988, art.1º, III ⁴², é o princípio constitucional mais importante, por se tratar de um valor absoluto que adere o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem. Trata-se de uma característica essencial do ser, de valor imensurável, residindo na alma de cada ser humano, devendo, portanto, ser priorizada.

A referência à Dignidade da pessoa humana, no texto Constitucional, engloba todos os direitos fundamentais, quer sejam os individuais⁴³; quer sejam os de fundo econômico e social⁴⁴.

Este princípio constitucional tem a finalidade de assegurar o respeito e a proteção à dignidade humana, garantindo um tratamento humano e não degradante, resguardando, deste modo, a integridade física e psíquica do indivíduo.

Segundo José Afonso da Silva⁴⁵, “(...) a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atribui o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

Maria Celina Bodin de Moraes defende o entendimento de que a dignidade da pessoa humana é um macroprincípio que não pode ser relativizado – o que é possível apenas em relação aos subprincípios que compõem o seu conteúdo –, e

⁴² Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

⁴³ Podemos citar como exemplo de direitos individuais, à proteção a incolumidade física, à liberdade (locomoção, expressão de pensamento, religião ou organização em grupos) e a própria proteção dos interesses materiais do indivíduo.

⁴⁴ A própria Constituição Federal enumera tais direitos no *caput* do seu artigo 6º como sendo direitos sociais, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁴⁵ SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiro, 2006, p.105.

assinala como solução a qualquer afronta a este, a ponderação de princípios, de modo a se alcançar sempre a dignidade⁴⁶.

A mesma autora ressalta que no seio da dignidade da pessoa humana existem quatro postulados a serem defendidos:

- I) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele;
- II) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular;
- III) é dotado de vontade livre, de autodeterminação;
- IV) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade⁴⁷.

No que diz respeito à criança e ao adolescente, como entende Tânia da Silva Pereira,

ao incluir no elenco dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente o direito à dignidade, procurou o legislador estatutário ressaltar que a prioridade absoluta prevista no artigo 4º⁴⁸ deve compreender procedimentos indispensáveis a proporcionar à população infanto-juvenil vida digna que lhe permitirá ser no futuro um adulto não marginalizado, nem portador de carências⁴⁹.

Ocorre que a sociedade, em sua história, não vem respeitando o direito à dignidade que é garantido às crianças e aos adolescentes, colocando-os à margem de forma discriminada, social e economicamente, sem contribuir para sua formação psicológica e física, de maneira a proporcionar uma infância saudável e contribuir para formação de um adulto com valores e condutas favoráveis à jornada digna.

Nas palavras de João Benedito Azevedo, “toda essa situação leva-nos a afirmar que o menor, antes de ser infrator ou abandonado, é vítima de uma sociedade de consumo, hipócrita, desumana e cruel”⁵⁰.

O autor ainda afirma que

⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.85.

⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.85.

⁴⁸ Art. 4º. Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II - prevalência dos direitos humanos;

⁴⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente*. Uma proposta interdisciplinar. 2ª Ed. Rev. e Atual., Rio de Janeiro: Renovar:2008, p. 166.

⁵⁰ MARQUES, João Benedito Azevedo. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Coords. Cury, Amaral e Silva e Mendez. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 96.

É importante salientar que é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente. Esta função não se limita aos pais e aos responsáveis legais, estendendo-se a qualquer pessoa que tenha conhecimento de algum abuso ou desrespeito á dignidade da criança ou do adolescente, devendo comunicá-lo ao Ministério Público, que tem a obrigação legal de propor medidas judiciais e extrajudiciais necessárias.

(...)

A intenção do legislador foi, na verdade, corresponsabilizar toda a sociedade por este direito da criança e do adolescente quando usou a expressão é dever de todos. O respeito a este direito está vinculado à sobrevivência do regime democrático⁵¹.

Contudo, é de se lembrar que a dignidade humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto a qualidade de vida desumana quando a prática de medidas como a tortura podem impedir que o ser humano se perceba uma pessoa digna.

Na tentativa de definir a intenção do Legislador Constituinte ao consagrar a Dignidade da Pessoa Humana como valor fundamental na construção do Ordenamento Jurídico, atribuem-se diversos significados à palavra dignidade, empregando-a em diferentes contextos, tais como: dignidade social; dignidade espiritual; dignidade intelectual; e dignidade moral.

Assim, o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana é primordial na discussão atual do Direito de Família, já que ele é usado para resolver questões que envolvem as relações familiares. Pode-se afirmar que o princípio da dignidade humana é o marco de partida do novo Direito de Família brasileiro.

Maria Berenice Dias entende que:

a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

O conceito de família advindo da Constituição Federal de 1988 adquiriu um novo matiz. Em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, indica como objetivo primordial da família a promoção do desenvolvimento da

⁵¹ Idem, p. 80.

personalidade de seus membros. Neste sentido, também pontuou Gustavo Tepedino⁵²:

a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser na exata medida em que - se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes. Dito diversamente altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Seguindo o princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal, em outras passagens, demonstra ter priorizado a proteção das relações familiares, mesmo as não decorrentes do casamento, ao invés de tutelar tão somente esta instituição.

Preceitua, assim, em seu artigo 226, *caput*, que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; prosseguindo, em seu parágrafo 3º, que 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 casamento⁵³.

O parágrafo 4º dispõe que se entende também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes⁵⁴.

Nesse viés colabora Cardoso⁵⁵ ao dizer que:

Com a Constituição Federal de 1988 ficou instituído o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, a família deixou de ser uma entidade jurídica única, passando a adotar uma diversidade de formas e variedade de relações. Surge com a chegada da Lei Maior uma nova valorização do afeto, como sendo o fator precípua da família.

⁵² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 398.

⁵³ 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.

⁵⁴ Art. 226 (...)

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

⁵⁵ CARDOSO, Simone Murta. *Responsabilidade Civil nas Relações Afetivas*. IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=729>>. Acesso em: 09/12/2013.

Neste contexto, pode-se sustentar que o artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, baseia-se em questões que, apesar de não constarem no rol dos direitos fundamentais expressos, são assim caracterizados, como a proteção integral da criança e do adolescente, vez que cuida de questões inerentes ao valor da dignidade humana e estabelece-se a partir de direitos garantidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁶, quais sejam a liberdade, o respeito e a dignidade⁵⁷.

Dessa forma, a base emocional do indivíduo passou a ser a família, tendo a incumbência de proporcionar educação, cultura e bem estar aos seus membros, propiciando a estes a maturidade necessária ao convívio em sociedade.

Tal ocorrência nos leva à análise de que, se não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, e nesse contexto, pela criança e adolescente, e se as condições mínimas para uma existência não forem asseguradas, a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta não passará de mero objeto de arbítrio e de injustiças.

Não se deve olvidar que do princípio da dignidade humana se desdobram diversos postulados, sejam eles explícitos ou implícitos na Constituição da República de 1988, como exemplo o princípio da afetividade, da Igualdade Jurídica de todos os filhos, melhor interesse da criança, dentre outros, doravante a serem analisados.

⁵⁶ Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

⁵⁷ Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

- I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
- II - opinião e expressão;
- III - crença e culto religioso;
- IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;
- V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
- VI - participar da vida política, na forma da lei;
- VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

1.2.1.2

Princípio do Melhor Interesse da Criança

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, embora tenha integrado o ordenamento jurídico nacional antes da alteração empreendida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, já era reconhecida como definidora de direitos fundamentais. Apesar de formalmente possuir natureza de norma infraconstitucional, seu conteúdo contemplava proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois instituía, de maneira geral, proteção àquele ser humano mais sensível qual seja, a criança, implicando a certeza de que versava sobre direitos fundamentais.

Tal convenção trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro o princípio do melhor interesse da criança em seu artigo 3, item 1 onde prescreve que:

(...) todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem⁵⁸, que consagrou os direitos fundamentais, também apontava a necessidade de se conferir assistência e cuidados especiais à infância, além de preceituar que todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozavam do mesmo amparo social, embora não tenha instituído proteção especial à infância e à juventude.

Em sequência, adveio a declaração Universal dos Direitos da Criança⁵⁹ que se alinhava ao pensamento de que a infância e a juventude demandavam especial tratamento, tendo sido a base para a instituição da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente⁶⁰, que efetivamente definiu a doutrina da proteção integral⁶¹ enunciada nos acordos anteriormente referidos.

⁵⁸ Proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

⁵⁹ Proclamada pela resolução 1386 (XIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959.

⁶⁰ Adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e promulgada através do Decreto nº 99.710 de 21 de Novembro de 1990.

⁶¹ A adoção da doutrina da proteção integral pela Constituição federal de 1988, seguindo a orientação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), veio corroborar o princípio do melhor interesse da criança que já era previsto na legislação infraconstitucional e tinha sua gênese na declaração Universal dos Direitos da Criança (1959).

Tal declaração ensejou a Política Nacional do Bem-Estar do Menor através da elaboração do Código dos Menores, Lei nº 4.513/64 que, em seu artigo 5º, preceituava um esboço do princípio do melhor interesse da criança:

A Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor tem como objetivo formular e implantar a política nacional do bem-estar do menor, mediante o estudo do problema e planejamento das soluções, a orientação, coordenação e fiscalização das entidades que executem essa política.

Assim, percebe-se que este artigo determina que, na aplicação do Código de Menores, a proteção ao bem-estar do menor⁶² sobrepuja qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, tendo como alicerce o princípio da dignidade humana.

Podemos dizer que o Código de Menores já tentava assinalar os fundamentos do Princípio do Melhor Interesse da Criança, mas ainda abrangendo tão somente os menores em situação irregular, de acordo com a lição de Heloísa Helena Barbosa⁶³:

Indispensável, porém, insistir que, não obstante a aplicação alargada que a jurisprudência vinha dando à prevalência dos interesses do menor em qualquer caso, embora confinado na letra do artigo 5º do Código de Menores aos ‘menores em situação irregular’, após a Constituição de 1988 o princípio do melhor interesse da criança passou a ser de observância obrigatória, com caráter de prioridade absoluta, em toda questão que envolva qualquer criança ou adolescente, e não apenas aqueles indicados pela lei, anteriormente considerados em situação irregular, já que todos, indiscriminadamente, têm iguais direitos.

Embora este diploma legal não tenha trazido a expressão ‘melhor interesse da criança’, não se pode dizer que tenha sido abandonado tal princípio, visto que o legislador elencou os direitos da criança e do adolescente, assegurando ampla proteção ao estabelecer no artigo 4º, por exemplo, deveres da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público e, no seu artigo 5º, vetou qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁶² O princípio do melhor interesse da criança, portanto, já existia no cenário nacional antes mesmo do advento da Constituição Federal de 1988, como meio de solução de conflitos que envolviam menores. Não detinha, contudo, os mesmos contornos que lhe foram conferidos pela Carta Magna, pois adquiriu conteúdo normativo específico com a cláusula geral de tutela da pessoa humana e com os direitos assegurados pelo artigo 227.

⁶³ BARBOSA, Heloísa Helena. *O princípio do Melhor Interesse da criança e do Adolescente*. In: *Direito de Família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.207.

Nesta linha, o Estatuto da Criança e do Adolescente ⁶⁴ inovou em termos de concepção geral e processo de elaboração, pois, foi resultado da força de movimento social, com participação de entidades não governamentais, magistrados, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e outros, sendo considerada uma das Leis mais avançadas no que diz respeito à criança e ao adolescente elaborada nos países da América Latina.

O ECA, baseando-se na Doutrina de Proteção Integral, reconhece todas as crianças como seres humanos, que possuem necessidades especiais, para seu pleno desenvolvimento e formação, como pessoas e cidadãos, possuem direitos fundamentais que devem necessariamente ser garantidos pelo Estado.

Com esse novo paradigma, crianças e adolescentes são reconhecidos como pessoas em fase especial de desenvolvimento que, por isso, não tem ainda condições de se defender ou de buscar seus direitos, nem possuem meios próprios de arcar com suas necessidades.

Trata-se de uma diretriz que determina a prioridade do interesse da criança e do adolescente, e que deve ser seguida pelos pais, pela sociedade e também pelo Estado, no tocante à criação de leis e a sua aplicação.

Todas as decisões devem ser tomadas levando-se em consideração o melhor interesse do filho, seja no âmbito familiar, seja no caso de conflitos.

A respeito do princípio do melhor interesse da criança, Barbosa ⁶⁵ entende:

Razoável, por conseguinte, afirmar-se que a doutrina da proteção integral, de maior abrangência, não só ratificou o princípio do melhor interesse da criança como critério hermenêutico como também lhe conferiu natureza constitucional, como cláusula genérica que em parte se traduz através dos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos no texto da constituição.

A proteção integral da criança e do adolescente assegura os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, gerando o dever dos pais de garanti – los no exercício do poder familiar conforme o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente ⁶⁶.

⁶⁴ Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.

⁶⁵ BARBOSA, Heloísa Helena. *O princípio do Melhor Interesse da criança e do Adolescente*. In: *Direito de Família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.206.

⁶⁶ BRASIL, *Vade Mecum*. Org. Néelson Nery Júnior. Franca: Lemos & Cruz, 2007, p. 953.

Desta forma, comprova-se que o princípio do melhor interesse da criança foi aprimorado, sendo sua finalidade visada por qualquer das medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não obstante a importância conferida ao princípio do melhor interesse da criança, na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, que se ajustam à tendência predominante no mundo, observa-se que o Código Civil de 2002 não estabeleceu quaisquer dispositivos acerca do referido princípio e, conseqüentemente, também não abarcou a doutrina da proteção integral.

Percebe-se que não houve uma mudança substancial no instituto do poder familiar, havendo apenas a alteração da denominação que anteriormente era pátrio poder, a ampliação de seus titulares para abarcar o pai e a mãe, e a suspensão da distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. A estrutura básica permaneceu inalterada em relação ao Código Civil de 1916, não existindo uma evolução compatível com a realidade social e com a nova tábua de valores inerentes ao Direito de Família.

Juntamente com o fato de o Novo Código Civil não acompanhar as transformações no que diz respeito ao melhor interesse da criança, a ausência de clareza quanto à definição deste princípio faz com que se torne preocupante sua aplicação, pois a discricionariedade dos julgadores pode gerar decisões injustas.

Em contrapartida, os mesmos julgadores devem estar atentos a esta nova fundamentação norteadora do direito da criança e do adolescente – visto que o melhor interesse também deve ser inserido como critério nas decisões que envolvem ato infracional – para que tal princípio não seja a lacuna legislativa que propicie um aumento no índice de ilícitos praticados por menores.

1.2.1.3

Princípio da Afetividade

O princípio da dignidade da pessoa humana fez ser incorporado implicitamente em nosso ordenamento jurídico o princípio da afetividade, passando a família a encontrar fundamento no afeto, na ética, e no respeito entre seus membros.

Paulo Lôbo defende a afetividade como princípio constitucional ao afirmar que:

o princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade⁶⁷.

A afetividade tem desempenhado um papel de destaque na orientação das questões concernentes à família e ao Direito. Como relação intersubjetiva, não pode desconsiderar que os efeitos culturais da filiação por afeto são tão fortes quanto os por consanguinidade ou, em certos casos, até superam os efeitos desta última.

É o que acontece, por exemplo, em relação aos filhos de criação, que se trata de um parentesco socioafetivo, devendo esta ideia de afetividade abrigar-se na expressão 'outra origem' do artigo 1.593, do Código Civil de 2002⁶⁸.

A afetividade passou a ser um imperativo da relação familiar. A ideia de afeto é diretamente ligada à ideia de família, e desdobra-se na solidariedade, no companheirismo, no respeito, na atenção, e no cuidado recíproco entre os membros desse instituto *mater* da sociedade.

Para Maria Berenice Dias⁶⁹:

A doutrina e a jurisprudência têm reconhecido inúmeros princípios constitucionais implícitos, cabendo destacar que inexistem hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos ou implícitos. É difícil quantificar ou tentar nominar todos os princípios que norteiam o direito das famílias. Alguns não estão escritos nos textos legais, mas têm fundamentação ética no espírito dos ordenamentos jurídicos para possibilitar a vida em sociedade.

[...]

Há princípios especiais que são próprios das relações familiares e devem sempre servir de norte na hora de se apreciar qualquer relação que envolva questões de família, despontando entre eles os princípios da solidariedade e da afetividade.

⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*. In: Jus Navigandi. Terezina. Ano 5, nº 41, Maio 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/527>. Acesso em: 4 jan. 2014.

⁶⁸ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem.

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. *Novos Rumos do Direito das Famílias*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/17_novos_rumos_do_direito_das_fam%EDlias.pdf. Acesso em: 01 dez. 2013.

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional e não é fato exclusivamente sociológico ou psicológico. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo⁷⁰, existem quatro fundamentos constitucionais que cerceiam o princípio da afetividade: a igualdade entre os filhos, independentemente da origem⁷¹; a adoção, como escolha afetiva igualando direitos⁷²; a instituição familiar formada por qualquer dos genitores junto de seus descendentes, adotivos ou não⁷³; e o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente⁷⁴.

Pode-se dizer também que o referido princípio está implícito na Constituição Federal, pois ao se reconhecer a união estável como entidade familiar merecedora de tutela jurídica, apesar de a palavra 'afeto' não vir expressamente no texto constitucional, este adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico.

No que diz respeito aos filhos, o desenvolvimento dos valores arraigados na cultura da civilização ocidental induziu à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles, projetando no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade⁷⁵.

O reconhecimento do princípio da afetividade pelo ordenamento jurídico corroborou um aspecto intrínseco às relações familiares e principalmente às paterno-filiais. Como afirmado anteriormente, a função paterna é de suma importância para o desenvolvimento da criança, pois o pai representa a lei, o limite, a segurança e a proteção⁷⁶.

Ao observar o rol de direitos individuais e sociais elencados na Carta Magna⁷⁷ vigente, como mencionado anteriormente, pode-se verificar que esses dispositivos asseguram o afeto, sendo o Estado o primeiro obrigado a garantir condições para que tais direitos sejam efetivamente garantidos aos cidadãos,

⁷⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, p.42-43.

⁷¹ Art. 227, § 6º CF/88.

⁷² Art. 227, §§ 5º e 6º CF/88.

⁷³ Art. 226, §. 4º CF/88.

⁷⁴ Art. 227 CF/88.

⁷⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao> Acesso em: 01 dez. 2013.

⁷⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Autoridade parental é responsabilidade social*. Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família nº 34, Belo Horizonte, 2005, p. 3.

⁷⁷ Cf. art. 5º, 6º e seguintes do Título II – Direitos Fundamentais, da Constituição Federal de 1988.

através de atribuições ou proibições estabelecidas nos dispositivos do ordenamento jurídico, como acontece no caso das relações familiares⁷⁸, onde é proibida a interferência de qualquer pessoa na comunhão do casal, cabendo somente ao homem e a mulher decidirem pelo planejamento familiar.

Com o advento da Constituição de 1988 e com as mudanças nela introduzidas, nas palavras de Tânia Pereira⁷⁹, “reconhecida a Convivência Familiar como um Direito Fundamental, consolidou-se em nossa Doutrina e Jurisprudência a não discriminação de filhos e a co-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar”, e continua afirmando que “os vínculos de afetividade projetam-se no campo jurídico como a essência das relações familiares”.

Corroborando tal entendimento, a fim de comprovar a aplicação do princípio da afetividade como fator decisivo, independente do vínculo sanguíneo, o Tribunal de Justiça de Sergipe decidiu favorável ao pedido de concessão de adoção de criança que vive com casal adotante desde os seis meses de vida,

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO PROPOSTA POR QUEM DETÉM A GUARDA DE FATO DO MENOR DESDE OS SEIS MESES DE VIDA. INEXISTÊNCIA DE INSCRIÇÃO PRÉVIA NO CADASTRO OFICIAL DE ADOÇÃO NÃO CONSTITUI CONDIÇÃO SINE QUA NON PARA O DEFERIMENTO DA MEDIDA. FORMALISMO LEGAL QUE NÃO PODE SOBREPUNER AOS INTERESSES DO MENOR. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. MELHOR INTERESSE DO INFANTE. **LAÇOS DE AFETIVIDADE** ESTABELECIDOS COM OS PRETENSOS ADOTANTES. PREVALÊNCIA DOS ART. 43 DA LEI 8.069/90 E ART. 1.625, DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO⁸⁰.

⁷⁸ O artigo 1.513 do Código Civil de 2002 proíbe que qualquer pessoa, de direito público ou privado, interfira no planejamento familiar do casal. Já o artigo 1.565 determina que cabe ao homem e à mulher assumirem mutuamente os encargos da família.

⁷⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *O Cuidado como Valor Jurídico*. In: A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais. Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁸⁰ TJ-SE – AC 2012207781, Relatora: Suzana Maria Carvalho Oliveira. Data de Julgamento: 04/06/2012, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 04/06/2012. Disponível em: <http://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21863753/apelacao-civel-ac-2012207781-se-tjse>. Acesso em: 04 jan. 2014.

Como observa Maria Berenice Dias⁸¹, “nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade”.

No entanto, para que esta relação de afeto se estabeleça entre os membros de uma família, faz-se necessária a existência do desejo de exercê-la.

Nesse sentido, Julie Christine entende que

O direito de ser pai se funda na liberdade escolha, no querer, de forma que, aquele que gerou não é necessariamente o que mais ama, podendo a paternidade se firmar em relação à terceira pessoa.

(...)

O ato de ser pai não se limita à procriação, mas exige amar, compartilhar, cuidar, construir uma vida juntos. E se a procriação é apenas um dado, a afetiva relação paterno-filial exige mais do que apenas um laço de sangue, Assim, através da ‘posse de estado de filho’ vai se revelar essa outra paternidade, fundada nos laços do afeto⁸².

Conclui-se, portanto, que o princípio da afetividade especializa, no campo do direito das famílias, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana, positivado no art. 1º, III da Constituição Federal, que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional.

1.2.1.4

Princípio da Igualdade Jurídica de todos os filhos

Das alterações trazidas pela Constituição Federal de 1988 ao nosso ordenamento jurídico, sem dúvida uma das mais importantes no que concerne ao direito de família é a que trata dos filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações, coibindo qualquer discriminação acerca da filiação, entendendo-se por filiação a relação de parentesco em primeiro grau que une uma pessoa ao seu genitor, ou a alguém que a adotou e recebeu-a como se a tivesse gerado.

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos tem grande importância ao adequar o Direito de Família às mudanças que advêm da própria

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. *Novos Rumos do Direito das Famílias*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/17_novos_rumos_do_direito_das_fam%EDias.pdf.

Acesso em: 01 dez. 2013.

⁸² DELINSKI, Julie Christine. *O novo Direito da Filiação*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 36.

sociedade, e é considerado como uma das principais inovações da Carta Magna e do Código Civil de 2002.

Prevê o art. 227, § 6º, da Constituição Federal que "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". Adicionando ao texto constitucional, o art. 1.596 do Código Civil⁸³ em vigor tem precisamente a mesma redação, consagrando, ambos os dispositivos, o princípio da igualdade entre filhos.

Estes artigos regulamentam notadamente a isonomia constitucional, ou igualdade em sentido amplo, constante do art. 5º, *caput*, um dos princípios do Direito Civil Constitucional⁸⁴.

Além da igualdade de direitos aos filhos, foi conferida uma qualidade de proteção integral à criança e ao adolescente, diversamente do que incidia sob o pálio do estatuto civil de 1916, onde o filho compartilhava de uma relação de sobreposição dos interesses do *pater familias* frente a seus interesses, pois o poder familiar estava nas mãos do pai, em colaboração com a mãe. Hoje as crianças são definidas como sujeitos de direitos⁸⁵.

A consagração da igualdade entre os filhos oriundos ou não do casamento é considerada como verdadeiro postulado da dignidade da pessoa humana. Esta igualdade entre os filhos denota que a proteção tem enfoque especial nos filhos menores e é orientada pelo princípio do melhor interesse da criança.

Do mesmo modo, fica clara a valorização da convivência familiar, da relação paterno-filial, mesmo após uma possível dissolução do casamento.

Nos dias atuais, juridicamente, todos os filhos são iguais, havidos ou não no casamento. Essa igualdade envolve os filhos adotivos e aqueles concebidos por inseminação heteróloga, ou seja, a fertilização realizada com material genético de terceiro. Portanto, já não é mais aceito o uso de expressões como filho adulterino ou filho incestuoso, por serem discriminatórias.

⁸³ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação.

⁸⁴ Art. 5º, *caput*. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

⁸⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao> Acesso em: 01 dez. 2013.

As expressões filho espúrio ou filho bastardo atualmente são consideradas como impronunciáveis em qualquer circunstância. Apenas a expressão filho havido fora do casamento ainda é usada para fins didáticos, já que no âmbito jurídico todos os filhos são iguais⁸⁶.

Ainda, nas palavras de Guilherme Calmon da Gama⁸⁷, o princípio da Igualdade Jurídica de todos os filhos busca igualar os mesmos direitos e obrigações entre pais e filhos, sendo indiferente para tanto a origem da filiação. Dessa forma, permanecendo entre pais e filhos o vínculo da parentalidade, seja civil ou natural, terão os filhos os mesmos direitos legais, sem nenhuma diferenciação.

A jurisprudência nesse sentido é clara em reforçar tal mandamento constitucional, como se segue:

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR MILITAR - PENSÃO – FILHA ADOTIVA MAIOR DE IDADE - LEI Nº 3765/60 – MP2215-010/01, ART. 27 - APLICABILIDADE – ADIN 574/DF - PRECEDENTES. -Em tendo se dado a adoção da ora apelada por escritura pública, lavrada em 07/07/1981, nos termos vigentes à época - Código Civil -, perfeitamente válido e eficaz é o ato, a prescindir de decisão judicial. - Nos termos do § 6º, do art. 227 da Constituição Federal de 1988, inexistem diferenças entre filhos naturais ou adotados, sendo a todos conferido o mesmo status jurídico em termos de filiação⁸⁸.

Assim, não há mais como falar em filhos legítimos e ilegítimos: a única classificação possível é entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais onde a única, porém significativa diferença entre estas duas categorias é que os segundos devem ajuizar ação investigatória de paternidade no caso de não serem reconhecidos pelo genitor⁸⁹, cabendo sanções legais caso venham a ocorrer tais discriminações. Trata-se, portanto, no direito de família, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional.

⁸⁶ TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do Direito de Família brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro> Acesso em: 01 dez. 2013.

⁸⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova Filiação - O Biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 435.

⁸⁸ TRF-2 - AMS: 62514 RJ 2004.51.01.023406-0, Relator: Desembargador Federal Poul Erik Dyrland, julg. em 02/05/2006, 8ª TURMA ESPECIALIZADA, publicação no DJU em 15/05/2006. Disponível em: <http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/909640/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-62514> Acesso em: 29 dez. 2013.

⁸⁹ GISCHKOW, Sérgio. *Algumas questões de direito de família na nova Constituição*. RT, n. 639, p. 231, jan. 1989.

1.2.1.5

Princípio do Pluralismo Familiar

Este princípio aparece com grande destaque, já que as maiores modificações foram no sentido de se aceitarem as novas formas de famílias que a sociedade apresenta para o mundo jurídico.

Devido às transformações sociais, culturais e até mesmo religiosas, a família jamais permanece imutável, estando sempre em constantes transformações e seguindo os ritmos que lhe são impostos pela sociedade.

A Família biológica não mais predomina com seu conceito de algo essencial, hodiernamente, sendo que a explicação veio à baila com a fundamental Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente⁹⁰, que não redefine apenas a expressão “família biológica”, mas amplia o entendimento para a noção e o ideal de família.

A família passa a ser condicionada à realização de valores que estão presentes no ordenamento jurídico, inclusive no fundamento da dignidade da pessoa humana, objetivando uma sociedade mais livre, mais justa e solidária⁹¹.

Por muito tempo o ordenamento brasileiro deixou à margem a figura da União estável, todavia, nunca foi um instituto proibido, conhecido anteriormente pelo nome de concubinato. O Código civil de 1916 só faz referências ao instituto no intuito de proteção aos bens do casamento, não formalizando, porém, proibições.

Mesmo sendo uma prática tão antiga, apenas recentemente ganhou amparo legal na legislação nacional, e o instituto era tratado apenas dentro da seara civil, dentro do Direito das Obrigações, até que a Constituição de 1988 veio e estabeleceu em seu artigo 226, § 3º: “[...] para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.”⁹².

Com o tratamento do instituto pela Constituição, vemos acontecer um grande avanço, pois a união estável deixa de ser tratada como um direito

⁹⁰ Adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e promulgada, através do Decreto nº 99.710 de 21 de Novembro de 1990.

⁹¹ Cf. Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

⁹² BRASIL, *Vade Mecum*. Org. Néilson Nery Júnior. Franca: Lemos & Cruz, 2007, p.899.

obrigacional e passa a conter status de direito de família, uma vez que a Magna Carta a elenca como uma entidade familiar.

O próximo modelo de família que passamos a analisar trata-se de um dos modelos que ainda sofre grande preconceito por parte da sociedade, seja por falta de entendimento das pessoas que debatem sobre o assunto ou mesmo por hipocrisia, reflexo de uma sociedade que ainda não se desvencilhou de preceitos machistas do passado. Esse modelo de família é a família homoafetiva. Esse arranjo familiar deve ser entendido e celebrado pela sociedade como uma transformação positiva nos padrões da sociedade atual, levando-nos a uma vivência plural e democrática.

Como preconiza Maria Berenice Dias⁹³:

Preconceitos de ordem moral ou de natureza religiosa não podem levar à omissão do Estado. Nem a ausência de leis nem o medo do Judiciário servem de justificativa para negar direitos aos vínculos afetivos que não tenham a diferença de sexo como pressuposto. É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento de uniões estáveis homossexuais. São relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo, gerando o enlaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, estando a reclamar um regramento legal.

Sabemos que atualmente a homossexualidade é um fato que já se impôs à sociedade e não pode ser deixado de lado, merecendo receber tutela jurídica e reconhecido como forma de entidade familiar baseada no afeto entre seus membros. Para isso, “é necessário mudar valores, abrir espaços para novas discussões, revolver princípios, dogmas e preconceitos”⁹⁴, assim como nos expõe novamente Maria Berenice Dias.

Embora ainda seja um assunto novo para o ordenamento jurídico, a união homoafetiva tem sido aceita pela Jurisprudência brasileira como uma instituição familiar:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA CORTE.

1.- Reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, aplicável o entendimento desta Corte no sentido de que "a relação homoafetiva gera direitos

⁹³ DIAS, Maria Berenice. *Novos Tempos, Novos Rumos*. 2004. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2004/mariaberenicedias/novostempos.htm>. Acesso em: 29 dez. 2013.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.328.

e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica⁹⁵.

Já a família monoparental não pode ser considerada como um fenômeno moderno, pois sempre existiu. O fato é que sua forma tem evoluído através dos tempos.

Antes, a monoparentalidade podia ser identificada quando da morte de um dos cônjuges, ocorrendo a viuvez e dando-se continuidade à família, seja apenas com o pai ou com a mãe, até a união por novo matrimônio. Cumpre salientar que essa monoparentalidade acabava por ser uma imposição do destino.

Atualmente, de acordo com Luiz Edson Fachin⁹⁶, com a individualização dos membros da família, eles passaram a ser respeitados no que estes possuem de mais íntimo, como a privacidade e a intimidade na medida em que disto depende a sobrevivência da família sendo um “meio para a realização pessoal de seus membros. Um ideal em construção”.

Corroborando esta assertiva, Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁹⁷ reitera que:

Há de se considerar que a progressiva emancipação econômica e jurídica da mulher, a significativa redução do número médio de filhos nas entidades familiares, [...] a massificação das relações econômicas (inclusive as de consumo), à urbanização desenfreada, os avanços científicos no campo do exercício da sexualidade, entre outros fatores, impuseram mudanças na função e concepção das novas famílias.

Nesse sentido, Pietro Perlingieri⁹⁸ esclarece que:

Cada forma familiar tem uma própria relevância jurídica, dentro da comum função de serviço ao desenvolvimento da pessoa; não se pode portanto afirmar uma abstrata superioridade do modelo da família nuclear em relação às outras. A comunhão material e espiritual que identifica cada família continua mesmo na presença de eventos que marcam a separação de alguns de seus componentes: por exemplo, os filhos que prosseguem a convivência com o cônjuge supérstite ou divorciado, sendo este último as vezes casado novamente ou convivente. As relações familiares na fase fisiológica

⁹⁵ STJ. AgRg no REsp 1298129 SP 2011/ 0297270-0. Relator: Minist. Sidnei Beneti. Julg. em: 13/08/2013. T3 Terceira Turma. Publicado no DJe em: 05/09/2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24180453/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1298129-sp-2011-0297270-0-stj>. Acesso em: 04 jan. 2014.

⁹⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Em busca da família no novo milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.147.

⁹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Usucapião Especial Coletiva, Entidades Familiares e Acesso de Posses*. Revista da EMARF, Rio de Janeiro, v.14, n.1, p.1-316, nov. 2010, p.23.

⁹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, p.243.

parecem desprovidas de relevância jurídica, mas isso seria possível somente se liberdade e atividade conforme os valores fossem qualificados como juridicamente irrelevantes.

O surgimento dessas novas formas de família, como muitas vezes já foi dito ao longo deste texto, está altamente atrelado à evolução da sociedade, como o fato da inserção das mulheres no mercado de trabalho, não existindo mais a necessidade de sustento perante o marido diante da possibilidade de ela mesma cuidar e educar seus filhos sem a intervenção do genitor.

Nesse sentido, a família passa a evoluir de forma a acompanhar a diversidade de experiências vividas pelos indivíduos de uma sociedade. As novas associações se baseiam na tolerância, na solidariedade, no afeto e no respeito pelas diferenças, influenciando diretamente na caracterização do pluralismo familiar. Fachin⁹⁹ nos explica:

O conceito de família, antes restrito àquela constituída pelo casamento, foi ampliado para abranger a família monoparental. Esta espécie de família rompeu com a ideia preconcebida de que o núcleo familiar deve ser oriundo do casamento e compreender o pai, a mãe e os filhos. O fato é que esta entidade familiar pode se originar de diversos fatores e compreende, apenas, um dos genitores e seus descendentes. A sociedade passa a se confrontar com a presença de famílias biparentais e monoparentais, lado a lado, no cotidiano.

Assim, ao reconhecer a família monoparental como forma de entidade familiar, a Constituição Federal de 1988 transformou a base da sociedade, tendo, tal reconhecimento, grande importância por tirar do mundo fático a figura da monoparentalidade e trazê-la para o meio jurídico, ganhando especial proteção do Estado.

Diante da nova realidade em que a família se insere, deparamo-nos com o conflito existente entre a tradição, com seus fundamentos arraigados à ideia de padronização da instituição do casamento, e a modernidade, que possibilita aos indivíduos diversas formas de reconstrução do vínculo amoroso.

As normas que apresentam a sua *ratio* atrelada às relações familiares precisam ser ampliadas a toda e qualquer entidade familiar, fundada nos mandamentos constitucionais, independente da procedência da família; tendo sido ela estabelecida através de ato jurídico solene ou relação de fato, composta por dois cônjuges ou apenas por um dos genitores.

⁹⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Em busca da família no novo milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.218.

Não há razão, por exemplo, para que um conflito pertinente a qualquer das modalidades constitucionais de entidade familiar. Tratar-se-ia de discriminação intolerável por parte da lei estadual de organização judiciária¹⁰⁰.

A própria jurisprudência tem reconhecido a sua aplicação, assumindo seu espaço no ordenamento jurídico, como se segue:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INGRESSO E PERMANÊNCIA DA AGRAVANTE NO DISTRITO ESTADUAL DE FERNANDO DE NORONHA. COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO CONJUGAL. **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PROTEÇÃO E GARANTIA À FAMÍLIA.** ART. 1º. INCISO III DA CF/88. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. DECISÃO UNANIME. (...) 2- A Administração Pública goza de supremacia sobre os direitos individuais, entretanto, isto não significa dizer que sempre, em qualquer situação ou forma, o interesse público vai prevalecer sobre o privado, pois a Carta Magna assegura os direitos fundamentais de cada cidadão. E estes direitos fundamentais revestem os indivíduos-cidadãos de garantias para protegê-los de possíveis excessos, principalmente a célula familiar. (...) princípio da igualdade jurídica de todos os filhos; princípio da paternidade responsável e planejamento familiar; princípio do pluralismo familiar ou da liberdade de constituição de uma comunhão de vida familiar¹⁰¹.

Como se vê, este é um princípio que está apenas começando a ser aplicado às relações familiares, e muitos pontos ainda necessitam ser devidamente regulados. Porém, por si só garante que existem inúmeras formas de se constituir família, abrindo assim, um espaço para a discussão no que diz respeito ao reconhecimento e aos direitos inerentes a ela.

1.2.1.6

Princípio da paternidade responsável

Até muito pouco tempo, o filho legítimo era, somente, aquele fruto do casamento. Hoje isso evoluiu e, com a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, as definições para os filhos advindos fora do casamento, deixaram de existir.

¹⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.204.

¹⁰¹ TJ-PE - AG: 169962 PE 0800153721, Relator: José Ivo de Paula Guimarães. Julg. em 28/01/2010, 8ª Câmara Cível, Publicado em: 30/01/2010. Disponível em: <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15312776/agravo-de-instrumento-ag-169962-pe-0800153721>. Acesso em: 04 jan. 2014.

A Constituição Federal em seu artigo 227, inciso 6º, assegura a todos os filhos os mesmos direitos e proíbe quaisquer qualificações relativas à origem da filiação, pois é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de discriminação, vedando, expressamente, as designações discriminatórias relativas ao estado de filiação.

Ao mesmo tempo, o texto constitucional e o Código Civil, em seu artigo 1.565, § 4º¹⁰², veda qualquer tipo de coerção por parte de instituições públicas e privadas, cabendo aos cônjuges, companheiros e genitores, a decisão pelo modo de agir com relação aos seus filhos.

Desde o Direito Romano até atualmente, o foco mudou consideravelmente. Antigamente o filho quase não possuía direitos, e a vontade dos pais prevalecia, principalmente a do homem, como provedor da família, e hoje, o que se tornou prioridade é o direito da criança.

Não foi por acaso que os tratados internacionais, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente destacaram a importância da teoria da proteção integral, ou seja, que as crianças e adolescentes devem ter prioridade absoluta, pois estes são sem dúvida, o futuro de nossa sociedade.

Quando se pensa paternidade responsável, muitas coisas vêm à cabeça, tais como, planejamento familiar, responsabilidade com a criação de nossos filhos, sustento da casa; mas, tudo começa com o reconhecimento dos filhos por parte das figuras paterna e materna.

Ser pai é conduzir a criança a uma convivência familiar, a uma convivência social, a formar a criança para ser um cidadão, propiciando ao filho, saúde, educação, lazer, afeto e carinho.

O Princípio da Paternidade Responsável começa na concepção e se estende até que seja necessário e justificável o acompanhamento dos filhos pelos pais, respeitando-se, assim, o mandamento constitucional do art. 227, que nada mais é do que uma garantia fundamental¹⁰³.

¹⁰² Art. 1.565, § 2º - O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

¹⁰³ PIRES, Thiago José Teixeira. Princípio da Paternidade Responsável. 2003. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2001/1206_andreluiznogueiradacunha>. Acesso em 02 mai. 2014.

No entanto, José Sebastião de Oliveira¹⁰⁴, afirma que:

o equilíbrio entre os interesses familiares e do Estado foram bem dispostos na Constituição Federal de 1988 (...) em particular, na “paternidade responsável” e no “planejamento familiar” devendo a intervenção do Estado ser apenas a nível de orientação e distribuição de contraceptivos”. Esta postura da Constituição e, por consequência, do Estado, que deve segui-la, demonstra e respeita os limites “necessários e indispensáveis de um Estado Democrático de Direito.

O mesmo autor ressalta que “a estrutura do Código Civil deixa muito clara a ingerência e o controle por parte do Estado na família, ou seja, o Estado interferia nas decisões e ações praticadas pela família”, o que vêm mudando com o passar dos tempos por meio do reconhecimento e a eficácia dos efeitos dos princípios constitucionais, onde “a partir de novos valores desenvolvidos pelas pessoas, se tem uma nova maneira de conduzir as questões referentes às famílias”¹⁰⁵.

Além disso, a Constituição Federal anuncia, no artigo 226, § 7º, que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Também funciona como mecanismo de efetividade ao Princípio da Proteção Integral à Criança, garantindo dentre diversos direitos, a convivência familiar.

Assim sendo, o planejamento familiar vinculado à paternidade responsável abrange não só determinar o número de filhos, mas do mesmo modo, como aumentar o intervalo entre as gestações, utilizando – se de técnicas de reprodução assistida como último recurso à procriação, bem como diminuir a filiação por meio da monoparentalidade, dentre outros.

Para José Afonso da Silva¹⁰⁶

A paternidade responsável, ou seja, a paternidade consciente, não animalesca, é sugerida, Nela e na dignidade da pessoa humana é que se fundamenta o planejamento familiar que a Constituição admite como um direito de livre decisão do casal, de modo que ao Estado só compete, como dever, propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício. A Constituição não se satisfaz com declarar livre o planejamento familiar. Foi mais longe, vedando qualquer forma coercitiva por parte de instituições sociais ou privadas.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, José Sebastião. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.286-287.

¹⁰⁵ Idem, p.272/279-280.

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.777.

Outrossim, a Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - estatui em seu art. 27 que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

No entendimento de Maria Berenice Dias¹⁰⁷ "é preciso dar efetividade ao princípio da paternidade responsável que a Constituição procurou realçar quando elegeu como prioridade absoluta a proteção integral a crianças e adolescentes, delegando não só à família, mas também à sociedade e ao próprio Estado, o compromisso pela formação do cidadão de amanhã. Esse compromisso é também do Poder Judiciário".

Como temática social, a paternidade responsável é fundamental para a solução dos principais problemas da sociedade e da família contemporânea.

Por conseguinte, o princípio em estudo, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, são de grande valia para o Direito de Família atual, haja vista a necessidade de a responsabilidade ser considerada tanto na formação da família como em sua manutenção¹⁰⁸.

Nesse sentido o princípio da paternidade responsável objetiva evitar o nascimento de crianças em famílias sem condições de criá-las e de sustentá-las, e a intervenção estatal deve acontecer de maneira a proporcionar condições em que os indivíduos recebam a devida orientação acerca do tema e recebam o método contraceptivo adequado.

Deste modo, ser pai não é ser somente legalmente responsável, mas também afetivamente. Ser pai é mais que alimentar o filho, é lhe prestar assistência, educação e, principalmente, presença, e isso significa compromisso com o filho, com a sociedade e consigo próprio¹⁰⁹.

Assim, a paternidade responsável deriva do cumprimento das obrigações materiais e morais dos pais com relação aos filhos, para o desenvolvimento saudável destes, devendo ter consciência sobre as consequências de suas decisões

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. *Alimentos e paternidade responsável*. Disponível em: <http://www.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=9915>. Acesso em 05 jan. 2014.

¹⁰⁸ PIRES, Thiago José Teixeira. *Princípio da Paternidade Responsável*. 2003. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2001/1206_andreluiznogueiradacunha >. Acesso em 02 mai. 2014.

¹⁰⁹ HAMADA Thatiane Miyuki Santos. *O abandono afetivo paterno-filial, o dever de indenizar e considerações acerca da decisão inédita do STJ*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/872> . Acesso em 02 mai. 2014.

no que dizem respeito à adição de novos membros ao núcleo familiar, bem como no que diz respeito ao abandono afetivo dos mesmos.

Quanto ao abandono afetivo, objeto deste estudo, um dos pontos relevantes é a redesignação do que se considera como poder familiar que iremos pontuar a seguir.

1.3

O Poder Parental

O Código Civil de 2002 alterou a denominação de pátrio poder para poder familiar, evidenciando as mudanças ocorridas na organização familiar ao longo dos tempos, principalmente no que tange ao papel conferido à mulher, que passou a assumir responsabilidades antes atribuídas somente ao homem.

O Código Civil Brasileiro de 1916, em sua redação original, concebeu o poder parental a partir de uma ótica patriarcal, conferindo titularidade exclusiva do poder ao pai, que gozava de amplos direitos sobre a pessoa e os bens dos filhos, fato que demonstrava a soberania do chefe de família.

Com o advento do Estatuto da Mulher - Lei nº 4.121/62, o Código Civil de 1916, em seu artigo 380¹¹⁰, teve substancial alteração, pois o pai deixou de deter o referido poder com exclusividade, passando a exercê-lo com o auxílio da mulher, embora tal mudança ainda conferisse a ela apenas um papel secundário.

Somente com a entrada em vigor da Lei do Divórcio - nº 6.515/77 houve equiparação entre os genitores no que tange aos direitos e deveres frente aos filhos, que não se modificavam com o divórcio ou com o novo casamento¹¹¹.

Posteriormente, com a evolução da sociedade, houve uma mudança de paradigma, sendo atribuída à mulher não mais função de colaboradora, mas uma responsabilidade equiparada à do pai na educação dos filhos menores, de acordo

¹¹⁰ Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962).

¹¹¹ Art. 27. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. O novo casamento de qualquer dos pais ou de ambos também não importará restrição a esses direitos e deveres.

com o que preceitua o parágrafo 5º do artigo 226¹¹² e o artigo 229¹¹³, ambos da Constituição Federal de 1988.

Nessa ordem de ideias, tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 21, quanto o atual Código Civil, em seu artigo 1.631, confirmam a igualdade dos papéis materno e paterno na criação dos filhos, a saber:

Art.21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade Judiciária competente para a solução da divergência¹¹⁴.

Art.1631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único: Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo¹¹⁵.

Outrossim, de acordo com os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira¹¹⁶, a relação de poder familiar importa em um complexo de direitos e deveres, quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, sendo que os mesmos são interdependentes quanto à autonomia para preservar, do melhor modo possível, todos os interesses que dizem respeito ao menor - não emancipado -, de tal forma que ambos possam, com segurança, administrar a vida de seus filhos durante o processo de formação.

Reforçando esse entendimento, Waldyr Grisard Filho¹¹⁷, ainda se utilizando da velha nomenclatura de poder familiar, define-o como sendo:

O pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundando no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar.

¹¹² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

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

¹¹³ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

¹¹⁴ BRASIL, *Vade Mecum*. Org. Nelson Nery Jr. São Paulo: Lemos e Cruz, 2007, p. 954.

¹¹⁵ BRASIL, *Vade Mecum*. Org. Nelson Nery Jr. São Paulo: Lemos e Cruz, 2007, p. 139.

¹¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. V. 14. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 245-247.

¹¹⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

Da mesma forma, Ana Carolina Brochado Teixeira¹¹⁸ entende que:

(...) deve ser entendido como um exercício gradual, o qual é mais amplo quando os filhos não têm nenhum discernimento e, no decorrer da vida dos mesmos – quando estes vão amadurecendo e adquirindo condições de fazer escolhas responsáveis –, vai se tornando menos intenso, de modo que os menores tenham condições de fazer escolhas responsáveis.

Pode-se dizer, então, que o poder familiar é um conjunto de faculdades conferidas aos pais, enquanto protetores da menoridade, no intuito de promover o pleno e satisfatório desenvolvimento físico, moral, psicológico e social dos filhos, até que se tornem indivíduos capazes de tomar as próprias decisões.

A natureza jurídica do poder familiar é questão complexa e depende do enfoque que lhe é dado. Se analisado em relação ao Estado, apresenta-se como um *múnus público*, pois ao Estado interessa seu bom desempenho, fixando, para tanto, normas para seu exercício, a fim de que seja evitada a ocorrência de abusos.

Já em relação a terceiros, o poder familiar configura um direito subjetivo dos pais, que terão a faculdade de exercê-lo conforme o caso concreto e a despeito da vontade alheia. Por último, nas relações paterno-filiais, apresenta-se como um conjunto de poderes-deveres que deve ser exercido sempre sob a ótica do melhor interesse da criança, com vistas ao seu pleno desenvolvimento¹¹⁹.

Ressalta-se que se as obrigações inerentes ao poder familiar não forem atendidas por seus responsáveis, ou seja, os pais, poderá haver a extinção, perda ou suspensão do poder familiar, conforme se estabelece nos artigos 1.635, inciso

¹¹⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Autonomia Privada e Intervenção do Estado nas Relações de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

¹¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 401.

V, 1.637 e 1.638 do Código Civil de 2002 ¹²⁰, bem como no artigo 24 da Lei nº 8.069/90 ¹²¹.

Por último, cabe salientar que o instituto do poder familiar, como conjunto de direitos e de deveres conferidos aos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos, deixou de considerá-los como mero objeto de direito dos pais e passou a entendê-los como sujeitos de direitos.

1.3.1

Direitos e Deveres

Sabe-se que há muito não se tem mais um poder familiar como entendiam os romanos e o Direito Civil anterior à Constituição Federal. O que se tem hoje é um feixe de atribuições, ou seja, direitos e deveres a cargo dos pais – tanto a mãe quanto o pai –, que devem ser exercidos em comum acordo, um poder de proteção ou mesmo um ‘pátrio dever’¹²².

O poder familiar, como conjunto de direitos e de deveres dos pais, é composto de duas vertentes, quais sejam, a pessoal, relacionada aos filhos, e a patrimonial, relativa aos bens dos mesmos, sendo certo que o presente estudo abarcará somente a primeira vertente. De acordo com Washington de Barros Monteiro¹²³:

Modernamente, o poder familiar despiu-se inteiramente do caráter egoístico de que se impregnava. Seu conceito na atualidade, graças à influência do

¹²⁰ Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
(...)

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

¹²¹ Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

¹²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. V. 14. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 239.

¹²³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - Direito de Família*. v.2, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 347.

cristianismo é profundamente diverso. Ele constitui presentemente um conjunto de deveres, cuja base é nitidamente altruística.

O exercício do poder familiar vem estabelecido no artigo 1.634 do Código Civil de 2002, que preceitua competir aos pais:

(...) dirigir-lhes a criação e educação; tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; 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; representá-los, até aos 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços de sua idade e condição¹²⁴.

O surgimento desta responsabilidade não é proveniente da existência do mero casamento, entretanto, está adstrita à maternidade e à paternidade que criam a relação paterno/materno-filial e, portanto, o poder familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 22, estatui que a guarda, o sustento e a educação dos filhos são de responsabilidade dos pais, o que reforça o entendimento acerca dos direitos e dos deveres inseridos no poder familiar. Atualmente, a aplicação dessa regra tem sido constante, voltando-se para o melhor interesse da criança e do adolescente, já que os poderes garantidos pelo Código Civil somam-se aos deveres consagrados na legislação especial e na Carta Magna¹²⁵.

Devido à necessidade de promover e de desenvolver a personalidade dos filhos, o ordenamento legal, na mesma medida em que confere poderes aos pais, estabelece limites a eles, evitando que esta autoridade se transforme em arbitrariedade.

Para tanto, existe o controle judicial do poder familiar para restringir no todo ou em parte o exercício daqueles pais que abusarem de seus direitos ou mesmos nos casos em que eles não detiverem condições plenas de exercê-lo a contento¹²⁶.

Na família contemporânea, os pais passaram a ter menos poder, tornando-se, assim, mais um dever, tendo em vista a orientação do Constituição Federal de

¹²⁴ BRASIL. *Vade Mecum*. Org. Nelson Nery Jr. São Paulo: Lemos e Cruz, 2007, p. 139.

¹²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 275.

¹²⁶ Cf. Arts. 1.635, 1.637 e 1.638 do Código Civil de 2002;

1988 para que os pais exerçam uma ‘paternidade responsável’, em respeito à dignidade de seus filhos¹²⁷.

No que concerne à paternidade responsável, referimo-nos ao o cumprimento de obrigações elencadas no artigo 229 da Constituição Federal, ou seja, o direito de assistir, de criar e de educar os filhos. Segundo esclarece Edson Sêda¹²⁸:

Assistir é promover as condições materiais para a proteção dos filhos: dar segurança, alimentação, vestuário, higiene, convivência, etc. Criar é promover as adequadas condições biológicas, psicológicas e sociais que garantam o peculiar desenvolvimento que caracteriza a criança e o adolescente. Educar é desenvolver hábitos, usos, costumes tais que integrem os filhos na cultura de sua comunidade, através de padrões éticos aptos para o exercício da cidadania.

Dessa forma, as alterações no Direito das Famílias provocadas pela Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, destacam a função social da família com base na dignidade da pessoa humana, na responsabilidade dos pais e na solidariedade entre os seus membros.

Em decorrência disso, os pais – entenda-se pai ou mãe – também possuem direitos, como à companhia dos filhos, sendo este uma contrapartida ao artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹²⁹.

Porém, no conflito entre os direitos provenientes do poder familiar, entre os pais, ou entre eles e o melhor interesse da criança, este sempre prevalece. E, mesmo sabendo que os pais devem proporcionar a educação de seus filhos, cabe ao Estado cuidar para que a formação moral da criança não seja prejudicada.

Como vimos, por ser ligado aos costumes, o Direito das Famílias é um ramo em constante evolução, o que faz com que a lei não consiga acompanhar as mudanças na realidade social com a velocidade correspondente à agilidade do mundo moderno.

¹²⁷ Art. 226. (...)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

¹²⁸ SÊDA, Edson. *Construir o passado*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993, p. 30.

¹²⁹ Art. 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.

Chega-se à conclusão de que não assiste razão aos que pregam a liberdade de dar afeto e alegam que ninguém é obrigado a amar outra pessoa, até porque não se pode impor aos filhos o ônus do desamor dos pais.

Fica evidente que o direito dos filhos de receber afeto se contrapõe a um dever para os pais. Deste modo, caso tais deveres não sejam cumpridos, poderá ensejar dano moral, decorrente do inadimplemento das obrigações inerentes à função dos pais.

No mesmo sentido, ao Judiciário compete a função de, a partir de um fato, chegar ao direito, dirimindo conflitos que versam sobre a vida, a dignidade, a sobrevivência, os afetos, as mágoas.

Outrossim, em que pese à afetividade não ter sido positivada pelo Poder Constituinte, é indubitável que tal preceito deve ser observado, visto que decorre de toda a sistemática jurídica moderna, como veremos no próximo capítulo.

2

Afetividade e Abandono

Como vimos no capítulo anterior, a família é a célula essencial da sociedade com o objetivo de desenvolver os valores mais éticos do ser humano, com vistas ao futuro de seus membros.

O vínculo familiar não é mais estabelecido apenas pelas relações de consanguinidade. Com as constantes transformações da sociedade, além do surgimento de novas formas de se constituir família, o vínculo afetivo tem prevalecido ao fator biológico visto que a relação entre membros de uma família que se constitui puramente pelo sangue, não necessariamente trazem consigo sentimentos como o amor, o respeito mútuo, a admiração e, inclusive a vontade de permanecerem juntos.

A presença desses sentimentos de forma recíproca proporciona a união dos cônjuges que representam o alicerce para o crescimento, as conquistas e a felicidade de todos. O amor, o respeito, a amizade são demonstrações de afeto que estreitam os laços familiares, proporcionando a harmonia na convivência entre si.

Para Codo e Gazzotti ¹³⁰, a afetividade é o conjunto de “fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões, acompanhados sempre de impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagrado, de alegria ou de tristeza”.

Lôbo¹³¹ defende que “a afetividade é necessariamente presumida nas relações entre pais e filhos, ainda que na realidade da vida seja malferida, porque esse tipo de parentesco jamais se extingue”.

Em relação aos seus efeitos no ordenamento jurídico, o mesmo autor destaca a afetividade não somente como um conjunto de fenômenos ou de sentimentos, mas como elemento fundante de princípio constitucional, nos seguintes termos:

¹³⁰ CODO, W.; GAZZOTTI, A. A. *Trabalho e afetividade*. In: CODO, W. (Org.). *Educação: carinho e trabalho*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 48-59.

¹³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: < <http://www.mundojuridico.adv.br> >. Acesso em 15 de Dezembro de 2013.

A afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estas suas causas originária e final, haverá família¹³².

Assim, ainda que sejam infinitas as tentativas de alguns pais de se absterem de cumprir com seus deveres perante os filhos, tal responsabilidade encontra-se inscrita no ordenamento jurídico, e seu descumprimento gera responsabilidades, tornando tal conduta passível de indenização ao menor lesado.

2.1

Conceito de Afeto

Cumpramos esclarecermos que a afetividade e o afeto têm conceitos diferentes que não se confundem. A afetividade como já visto, é construída através da convivência entre duas ou mais pessoas, que se dá por meio da troca recíproca de sentimentos entre as partes envolvidas, e no ordenamento jurídico é tido como um princípio norteador das relações parentais. Sobre o afeto, Cabral e Nick¹³³ trazem o seguinte conceito:

Estado sentimental que se caracteriza, por uma parte, pela inebriação física perceptível e, por outra parte, por uma perturbação peculiar do processo representativo. Jung empregou o termo emoção como sinônimo de afeto (...) ao distinguir entre sentimento e afeto. “O sentimento só se converte em afeto quando adquire certa intensidade que provoca intervenções físicas perceptíveis”, acrescentando que “o sentimento pode ser função voluntariamente disponível, enquanto o afeto não o costuma ser”. Dos dois conceitos originais, podemos extrair o significado de afeto como qualquer espécie de sentimento e (ou) emoção associada a ideias ou a complexos de ideias.

¹³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas*: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 15 de Dezembro de 2013.

¹³³ CABRAL, Álvaro; NICK, Eva. *Dicionário Técnico de Psicologia* 14. ed. São Paulo: Cultrix, 2006, p.14.

Na opinião de Bock¹³⁴, a vida afetiva é constituída por dois tipos de afeto: o amor e o ódio. Eles estão presentes na nossa vida de forma integrada aos nossos pensamentos, fantasias e sonhos, os quais podem ser agradáveis ou desagradáveis.

Nesse sentido, podemos dizer que tais elementos seriam considerados a ‘chave’ da construção do afeto do ser humano e de que forma este irá se relacionar com a sociedade no decorrer de sua vida.

Pino¹³⁵ observa que:

os fenômenos afetivos representam a maneira como os acontecimentos repercutem na natureza sensível do ser humano, produzindo nele um elenco de reações matiza das que definem seu modo de ser no mundo. Dentre esses acontecimentos, as atitudes e as reações dos seus semelhantes a seu respeito são, sem sombra de dúvida, os mais importantes, imprimindo às relações humanas um tom de dramaticidade. Assim sendo, parece mais adequado entender o afetivo como uma qualidade das relações humanas e das experiências que elas evocam (...). São as relações sociais, com efeito, as que marcam a vida humana, conferindo ao conjunto da realidade que forma seu contexto (coisas, lugares, situações) um sentido afetivo.

Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹³⁶, “o afeto é a mola propulsora da engrenagem familiar – e não o patrimônio ou os laços biologizados”. Corroborando tal afirmativa, Angeluci¹³⁷ ressalta que:

Apesar da importância que o amor representa para a pessoa e para a sociedade, não se discutia, até pouco tempo atrás, sua relevância na seara jurídica. O fato é que de uma forma ou de outra, o patrimônio sempre ocupou lugar de destaque na legislação codificada [...]. A defesa da relevância do afeto, do valor do amor, torna-se muito importante não somente para a vida social. Mas a compreensão desse valor, nas relações do Direito de Família, leva à conclusão de que o envolvimento familiar, não pode ser pautado e observado apenas do ponto de vista patrimonial-individualista. Há necessidade da ruptura dos paradigmas até então existentes, para se poder proclamar, sob a égide jurídica, que o afeto representa elemento de relevo e deve ser considerado para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

¹³⁴ BOCK, Ana Mercês Bahia. *Psicologias: uma introdução ao estudo de Psicologia*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹³⁵ PINO, A. *Afetividade e vida de relação*. Campinas, Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, mimeo. 1997, p.128-131.

¹³⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, IBDFAM, São Paulo, 23 abr. 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>. Acesso em: 05/12/2013.

¹³⁷ ANGELUCI, Cleber Affonso. *Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana*. Boletim Jurídico, Uberaba, MG, a. 4, n° 165. 2007. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1066>. Acesso em: 05/12/2013.

Uma vez que no sentido filosófico-científico "afeto" tem consonância com "sentimento", o Direito não pode ser chamado a protegê-lo incondicionalmente, visto que suas manifestações contrariam os valores fundamentais da ordem jurídica. Além disso, o Direito somente regula a conduta humana exteriorizada¹³⁸.

Assim, diante de todo o exposto acerca da conceituação do afeto, pode-se dizer que ele nada mais é do que o resultado da soma dos sentimentos que despontam nas relações, sejam elas pessoais, de trabalho ou familiares, por meio da convivência.

Porém, podemos observar, na atualidade, um lado escuro e sombrio, onde os indivíduos, no seu desequilíbrio, muitas vezes se unem de forma imatura, procriam sem responsabilidade, sem compreensão dos deveres, desprovidos dos sentimentos que nutrem a alegria de viverem uns com os outros

Em decorrência dessa conduta inconsequente, o genitor, por não saber lidar com sua nova realidade de vida, agora como pai, se exime de cumprir os deveres que lhe cabem. Torna-se agressivo, negligente, emocionalmente inseguro, representando um modelo equivocado para a família, ou se afasta da convivência com seu filho.

Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹³⁹ :

tal realidade não ilide o direito que os filhos menores possuem à convivência com seus pais. Como bem assinalam terapeutas da área, cada um dos progenitores desempenha um papel específico no desenvolvimento de seus filhos, fazendo-se necessária a participação de ambos para a formação saudável da personalidade destes.

Dessa forma, no momento em que um indivíduo decide assumir a paternidade, deixando de ocupar a posição de mero genitor,¹⁴⁰ se estabelece a relação entre pai e filho e, por meio dos sentimentos provenientes dessa convivência familiar, surge então o afeto, sentimento este que se consolida na solidariedade, no companheirismo, no respeito, na atenção e no cuidado.

¹³⁸ ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O Conceito de Família e suas implicações jurídicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.61.

¹³⁹ HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. *Responsabilidade civil*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.140.

¹⁴⁰ *Entendemos a figura do genitor como sendo o indivíduo que biologicamente “emprestou” parte de seu material genético e, por conseguinte, assume o status de “pai biológico”. No ordenamento brasileiro este só é considerado pai a partir do reconhecimento como tal juridicamente, seja através de registro cível, investigação de paternidade ou adoção.*

2.1.1

Aspectos Materiais e Psicológicos nas questões afetivas

Não se pode negar que a nova construção da família moderna, como já foi discutido antes neste trabalho é a baseada na afetividade. Conforme a evolução familiar constatou-se que a base da família moderna já não se resume mais, exclusivamente, aos aspectos patrimoniais e laços sanguíneos, mas também nos laços afetivos.

Nesse sentido José Sebastião de Oliveira ¹⁴¹ faz a seguinte observação:

para que as pessoas se unam e formem uma família não há mais a exigência de que haja o casamento civil, muito menos de que os filhos sejam decorrentes desta união, vez que estão atados pelos nós do afeto, do amor e não pelos de sangue. Quando não há mais afeto, a viga mestre do relacionamento familiar se esvai e as pessoas se desunem, abalando a estrutura da família. "Não havendo mais afetividade, não existe razão para manutenção, aos olhos da sociedade, de uma estrutura meramente formal e vazia de fundamento".

Para Farias ¹⁴²:

É certo e incontroverso que o ser humano nasce inserto no seio familiar – estrutura básica social – de onde se inicia a moldagem de suas potencialidades com o propósito de convivência em sociedade e da busca de sua realização social.

Como se vê, a família sofre transformações conforme vão se acentuando as relações sentimentais entre os seus membros, passando a valorizar cada vez mais as funções afetivas da mesma.

Neste contexto, a família é mantida através de laços afetivos e não mais por interesses meramente de ordem econômica, social e cultural, já que, a partir da Constituição federal de 1988, ela não advém tão somente do matrimônio, existindo outras formas de entidades familiares.

Isso se deve ao fato de que o afeto, de certo modo, sempre existiu no seio das relações familiares, ainda que de forma presumida. Entretanto, tal elemento

¹⁴¹ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.243.

¹⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Constitucional à Família (ou Famílias Sociológicas versus Famílias Reconhecidas pelo Direito: um Bosquejo para uma Aproximação Conceitual à Luz da Legalidade Constitucional)*. In: *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*, Primeira Série, Cristiano Chaves de Farias (Coord.), IBDFAM/Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

apenas recebeu a devida atenção como fato jurídico posteriormente. A esse respeito, afirma Oliveira¹⁴³:

A relevância do afeto em relação ao seu valor jurídico variou no decorrer do tempo, havendo dois momentos básicos distintos, em um primeiro momento, quando a presença do afeto nas relações de família era considerada como inerente ao organismo familiar, isto é, presumida, e, em outro momento, a sua presença se tornou essencial para dar visibilidade jurídica às relações das famílias [...] A Constituição Federal de 1988 intensificou este entendimento na esfera jurídica. A importância dos interesses individuais e igualitários dos membros da família se sobrepõe aos aspectos de forma, viés e patrimonial.

Corroborando tal premissa, Lemos¹⁴⁴ ressalta que:

A família é muito mais que uma organização biológica. Ela transcende o grupo doméstico e penetra do campo simbólico. Grande parte do que somos resulta do que vimos e ouvimos ao longo da convivência familiar com aqueles que nos criaram. Nos lares modernos, monoparentais, muitas vezes temos mais mulher que mãe. Devemos diferenciar maternidade (impulso, desejo de ter filho), de instinto maternal (desejo de cuidar e dedicar ao filho, à criança). Como também devemos distinguir paternidade de instinto paternal. A função paterna é uma escolha, contudo deve ser bem cumprida. Nossa sociedade, muitas vezes por ainda conservar um viés machista, incentiva e desobriga o pai de exercer o papel de educador. Toda criança exige cuidados – alguém tem que assumir a responsabilidade de educá-la, cumprindo com a função paterna. Quando algo falha, quando um dos dois deixa de cumprir tal função, entra em cena o Direito cobrando dos pais o direito que o filho tem em ser bem educado, cuidado. São direitos irrevogáveis que o Direito se encarrega de impor quando a obrigação ética fracassa.

Do mesmo modo, a importância do afeto na formação de um indivíduo é muito grande, especialmente durante sua infância, podendo ser fator chave para se transformar em um membro funcional da sociedade.

Igualmente, a Constituição Federal de 1988, na esteira do princípio da dignidade da pessoa humana, estabeleceu, no artigo 205, que compete à família a educação, ainda que não exclusivamente¹⁴⁵. Elencou, ainda, no artigo 227¹⁴⁶ uma série de direitos assegurados à criança e ao adolescente, dentre os quais estão:

(...) o direito a vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e a

¹⁴³ OLIVEIRA, Caroline Ramos de. *Afeto no âmbito jurídico*. DireitoNet. Sorocaba, 18 jan. 2006. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/23/96/2396> >. Acesso em: 05/12/2013.

¹⁴⁴ LEMOS, Inez. Família. *Modernidade e Responsabilidade*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, v. 12, p. 23-30, out./nov., 2009, p.23-26.

¹⁴⁵ BRASIL, *Vade Mecum*. Org. Nelson Nery Júnior. Franca: Lemos & Cruz, 2007, p.899.

¹⁴⁶ Idem.

convivência familiar e comunitária, além de colocá-las a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No artigo 229¹⁴⁷, de seu turno, trouxe os deveres de assistir, de criar e de educar os filhos menores, deveres estes decorrentes do poder familiar. O Código Civil de 2002¹⁴⁸ também determina que os pais, no exercício do poder familiar, têm o dever de prover com deveres de duas espécies: os materiais e os imateriais.

A primeira espécie relaciona-se à obrigação de prover o sustento do filho, ou seja, viabilizar os meios monetários que possibilitem o desenvolvimento deste em todos os aspectos (alimentação, moradia, saúde, educação, lazer), ou seja, meios que viabilizem a própria manutenção da vida.

A segunda espécie refere-se aos deveres de cunho imaterial concernentes ao desenvolvimento psicológico e moral do filho. A convivência e o afeto proporcionam a formação de um adulto psicologicamente saudável e capaz de interagir com os demais membros do meio social em que se insere.

A ausência destes elementos, além de impedir uma adequada formação psicológica, implica a infringência de direitos próprios da personalidade, tais como, à honra, ao nome, à dignidade, à moral e à reputação social, além de violação de norma presente no ordenamento jurídico, que pode acarretar a perda do direito de exercer o poder familiar. Nesse sentido, Gustavo Tepedino afirma que:

é a partir de relações de afeto, amor e solidariedade mediante a figura insubstituível do pai e da mãe nas relações de vida inserida na família, que o desenvolvimento da pessoa, de forma a alcançar a dignidade como e enquanto pessoa será possível desde que haja respeito pelo ser humano que representa a criança em desenvolvimento, com seus medos, anseios e frustrações, e acima de tudo, com seus vínculos afetivos estabelecidos desde o nascimento, na coletividade familiar¹⁴⁹.

Assim, a formação psicológica da criança depende da atuação materna e paterna que se complementam para permitir o integral desenvolvimento psicológico do indivíduo adulto.

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores; e Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda.

¹⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. Clonagem: pessoa e família nas relações do direito civil. Revista CEJ, Brasília, n. 16, p. 49-52, jan/mar. 2002, p. 52.

Aqui importa analisar mais detidamente a atuação do pai, pois o presente estudo analisa eventual configuração de dano moral ao filho ensejado pela ausência da função paterna.

2.1.2

As funções materna e paterna

Quando uma criança nasce, os genitores assumem compromissos e deveres. Essas responsabilidades advindas da relação paterno/materno-filial devem ser exercidas, seja para a formação moral e psicológica do filho como um indivíduo, seja para o cumprimento de leis garantidoras de direitos da criança e do adolescente.

Para Edward Teyber¹⁵⁰:

Os vínculos que criamos com nossos pais, quando crianças, são a essência do que temos de mais humano. É desses primeiros vínculos que deriva nossa capacidade de sentir empatia, compaixão e amor pelos outros. Essas ligações também constituem os elementos básicos de formação da personalidade, pois nos conferem a sensação mais fundamental de sermos dignos de amor e considerarmos os outros dignos de confiança. Os vínculos seguros são a maior fonte de alegria e contentamento na infância, mas também podem ser a maior fonte de angústia e desespero quando os laços emocionais são rompidos e os guardiões não estão disponíveis.

Complementando o entendimento, Giselle Câmara Groeninga¹⁵¹ ressalta que:

A função primeira do pai e da mãe consiste em realizar a ruptura dos laços fusionais que unem mãe e filho, impedindo o incesto e a satisfação ilimitada dos impulsos, o que o torna símbolo da lei. Diante de tal ruptura a frustração do filho transforma-se em agressividade dirigida ao pai por ter interferido em sua relação com a mãe. Ao mesmo tempo, representa para o filho a figura de protetor que, por ser desejado pela mãe, transforma-se em exemplo a ser seguido.

Hoje, a dimensão psicológica constitui o núcleo central da maternidade. Na sociedade contemporânea a maternidade caracteriza-se por complexos processos psico-afetivos relativos à concepção, ao nascimento, ao relacionamento com o filho.

¹⁵⁰ TEYBER, Edward. *Ajudando as crianças a conviver com o divórcio*. Tradução de Carmem Youssef. São Paulo: Nobel, 1995, p.36.

¹⁵¹ GROENINGA, Giselle Câmara. *Família e Dignidade Humana*. in: *O direito à Integridade Psíquica e o Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Belo Horizonte: Linotec, 2005, p.113.

Torna-se impossível estudar o conjunto de atribuições que definem essa função, limitando-se o âmbito de apreensão ao aspecto comportamental. Isto porque o exercício da maternidade significa, primordialmente, a "participação num relacionamento interpessoal difuso e afetivo. É um papel acima de tudo psicológico, de uma forma incomum aos outros papéis e atividades".¹⁵²

A atuação materna está voltada ao provimento das necessidades físicas e emocionais da criança. A mãe representa, no plano ideal, a relação com o mundo natural, sem ela não há sobrevivência.

Sobre o papel da figura materna na vida da criança, Thelma Fraga¹⁵³ entende que:

Cabe à função materna assegurar os primeiros cuidados de sobrevivência física e estimulação psicológica necessária e indispensável à formação do ego. A função desta é instrumental, pois, através dela, poderão ser transmitidas competências de autonomia pessoal, sensibilidade às relações interpessoais, e ser adquiridas, pela relação que estimula na díade, aquisições como a linguagem e a comunicação.

Em relação ao pai, cabe a crucial função de apresentar o filho a um ambiente maior, inicialmente formado pelos demais familiares e, posteriormente, para a sociedade na qual está inserido. Neste momento o genitor apresenta outro mundo à criança, no qual imperam a ordem, a disciplina, a autoridade, o direito, o dever e os limites.

A paternidade é uma função que exige reflexão e participação do pai na vida do filho, para que vínculos possam ser estabelecidos. É importante a admiração do filho pelo pai, mas este desejo de identificação somente ocorrerá com a existência de um sentimento de afeto. A função de ser pai e de ser mãe implica responsabilidade, afinal é um direito da criança o carinho e amor daqueles que cumprem com a função paterna¹⁵⁴.

Apesar de estar mais afetivo, o pai ainda é responsável por dar limites e soltar as amarras dos filhos. A mãe tem uma tendência natural a proteger demais a prole, transmitindo-lhe valores como acolhimento e proteção. Já o pai estimula a independência dos filhos e corta o excesso de proteção da mãe.

¹⁵² Idem.

¹⁵³ CHODOROW, N. *The reproduction of mothering*. Los Angeles: Universidade da Califórnia, 1978, p. 33.

¹⁵⁴ LEMOS, Inez. *Família. Modernidade e Responsabilidade*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, v. 12, p. 23-30, out./nov., 2009, p.28-30.

A figura paterna é muito importante na construção da autonomia e da ousadia da criança.

A diferença é que antes, a autoridade paterna era acompanhada do medo que as crianças sentiam frente a uma figura tão severa e distante. Hoje, esse processo ocorre de maneira mais saudável, já que os papais não se fazem entender apenas no grito¹⁵⁵.

O pai representa uma referência para a criança no instante em que ocorre a transposição do mundo da família para o mundo social. Nesta transição se opera verdadeira pedagogia desconfortável, pois a criança percebe que a vida não é feita somente de aconchego, de bondade e de ganhos, sendo a figura paterna uma segurança indispensável à não ocorrência de traumas enquanto ela não amadureça o seu 'eu'.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹⁵⁶ esclarece que:

Por *direito ao pai*, na sua valoração juridicamente relevante, deve-se entender o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de colocar-se em situação de aprendizado e de apreensão dos valores fundamentais da personalidade e da vida humanas, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver, o que ocorre com a maioria dos animais que habita a face da Terra. Na via reversa, encontra-se o dever que tem o pai – leia-se também, sempre, a mãe – de produzir tal convívio, de modo a buscar cumprir a tarefa relativa ao desenvolvimento de suas crias, que é, provavelmente, a mais valiosa de todas as tarefas incumbidas à raça humana.

Assim, diante da omissão dos pais quanto aos cuidados necessários ao filho, vislumbra-se a possibilidade de a criança sofrer sérias consequências de cunho psicológico e comportamental, como dificuldades de aceitar a autoridade e a existência de limites, bem como dificuldades de assunção de riscos, falta de independência, baixa autoestima, insegurança.

Nesse sentido, a relevância dos exemplos nas relações paterno/materno-filiais se mostra na relação de causa e efeito. Quando existe o afeto, junto a ele tem-se o diálogo, o respeito, a paciência, o cuidado, a dedicação, a preocupação, fatores que, na atualidade, têm fundamental importância no mecanismo de

¹⁵⁵ PUPO, I. *O papel do pai na família*. 2007. Disponível em: <http://pt.shvoong.com/humanities/1646481-papel-pai-na-familia/> Acesso em: 05 dez. 2013.

¹⁵⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material*. 2005. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=289> >. Acesso em 04/12/2013.

educação do ser, preparando-o para o convívio harmônico em sociedade. Do contrário, haverá a falência da entidade familiar, e seus membros estarão sujeitos a se tornarem pessoas violentas, colocadas à margem da sociedade.

2.1.3

O Afeto na Relação entre pai e filho

Muito se discute acerca da responsabilidade da família perante os filhos. O conceito de pai se esgota no ato da concepção, ou se estende por toda a vida? Como sabemos, para muitos a paternidade se restringe apenas a registrar o filho, prestar-lhe alimentos, o que não deixa de ser uma forma de dever.

Todavia, sendo ou não filhos gerados acidentalmente, com a nova visão principiológica trazida pela Constituição Federal, as obrigações paternas não acabam apenas no dever de alimentar e de educar, uma vez que o afeto e a dedicação familiar mostram-se de suma importância para o pleno desenvolvimento da pessoa enquanto dotada de dignidade.

A Constituição Federal de 1988 definiu como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art.1º, III) que, como atributo imanente ao indivíduo, constitui o valor supremo que alicerça a ordem jurídica democrática.

O princípio da dignidade alcança todo o ordenamento jurídico, inclusive o Direito de Família, impondo mudanças capazes de coadunar os dispositivos desse ramo ao referido princípio, dentre elas a ampliação do rol de entidades familiares de forma que a família não está mais adstrita ao matrimônio e à proibição de qualquer designação discriminatória relativa à filiação.

E essa dignidade só será plenamente atendida quando a família basear a criação de seus filhos nos pilares do afeto e da dedicação para uma formação psicológica plena do indivíduo.

Ana Carla Matos¹⁵⁷ nos explica que:

Do ponto de vista legislativo, o advento da Constituição de 1988 inaugurou uma diferenciada análise jurídica das famílias brasileiras. Uma outra concepção de

¹⁵⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” Entidades Familiares e seus Efeitos Jurídicos. In: *Família e Solidariedade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 35- 48.

família tomou corpo no ordenamento. O casamento não é mais a base única desta entidade, questionando-se a idéia da família restritamente matrimonial. Isto se constata por não mais dever a formalidade ser o foco predominante, mas sim o afeto recíproco entre os membros que a compõem redimensionando-se a valorização jurídica das famílias extramatrimoniais.

Já José Lamartine Correa de Oliveira¹⁵⁸ nos coloca:

A família transforma-se no sentido de que se acentuam as relações de sentimentos entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família, que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais. É o fenômeno social da família conjugal, ou nuclear ou de procriação, onde o que mais conta, portanto, é a intensidade das relações pessoais de seus membros.

Podemos entender, por meio das afirmações apresentadas pelos autores acima citados, que o afeto vem sendo a principal motivação para o estabelecimento de uma união entre as pessoas. Afeto este que se dá de forma autêntica, onde há uma reciprocidade profunda entre essas pessoas.

A família tornou-se sede de formação e de desenvolvimento da personalidade de seus membros, deixou de ser tutelada como instituição, onde primavam as funções econômicas, políticas e sociais, e passou a ser protegida como o instrumento para a promoção da dignidade de seus integrantes.

Essa família, baseada no afeto mútuo entre seus membros gera, dessa forma, pessoas aptas a entenderem o outro, a agirem solidariamente na sociedade em que vivem, diferente do grupo fechado e egoísta de sociedade do passado, onde não havia preocupações com o bem estar e com as injustiças sociais.

Neste cenário, se edifica uma nova forma de família, cuja gênese e manutenção dependem da existência de laços de afetividade, sendo compreendida, então, como comunidade de afeto.

Embora o princípio da afetividade não tenha previsão expressa no texto constitucional, infere-se como tal a partir da norma inserida no artigo 5º, §2º da Constituição Federal, uma vez que esta reconhece princípios decorrentes do regime constitucional.

Daí que, por uma interpretação sistemática, reconhece-se o princípio da afetividade, extraído pela conjugação dos seguintes postulados: igualdade de todos os filhos, inclusive daqueles adotados (art.227, §6º, CF/88); reconhecimento

¹⁵⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira Muniz. *Curso de direito de família*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 13.

da união estável e da família monoparental (art. 226, §§ 3º e 4º, CF/88); liberdade para extinguir o casamento ou a união estável na hipótese de perda dos laços afetivos (art.226, §§ 3º e 6º, CF/88) e, por último, o direito à convivência familiar garantido, como prioridade absoluta, à criança e ao adolescente (art. 227, CF/88).

Percebe-se, então, que em todos estes dispositivos o afeto vigora como elemento central, o que evidencia a postura constitucional de reconhecer sua importância nas relações familiares.

Conforme assevera Lôbo¹⁵⁹:

Se todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem, e tem assegurada a convivência familiar e solidária, é porque a Constituição afastou qualquer interesse ou valor que não seja o da comunhão de amor ou do interesse afetivo como fundamento da relação entre pai e filho. *A fortiori*, se não há qualquer espécie de distinção entre filhos biológicos e filhos não biológicos, é porque a Constituição os concebe como filhos do amor, do afeto construído no dia-a-dia, seja os que a natureza deu, seja os que foram livremente escolhidos. Se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessária para a realização pessoal de seus integrantes.

O reconhecimento do princípio da afetividade pelo ordenamento jurídico corroborou um aspecto intrínseco às relações familiares e principalmente às paterno-filiais. Como afirmado anteriormente, a função paterna é de suma importância para o desenvolvimento da criança, pois o pai representa a lei, o limite, a segurança e a proteção¹⁶⁰.

Todo esse entendimento, além de ser um reflexo da evolução da sociedade, foi abraçado ainda pela ordem jurídica pátria, onde os princípios constitucionais refletem em todos os Códigos vigentes, não sendo diferente com o atual Código Civil, estando este também constitucionalizado, “afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista do século passado”¹⁶¹.

Nesse sentido, novamente Lôbo¹⁶² nos diz que:

Por fim, cabe lembrar que o princípio fundamental, em sede de direito de família, é o afeto e a proteção dos direitos dos seus membros – reciprocamente

¹⁵⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de família*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, p. 155, jun./jul. 2004, p.8-9.

¹⁶⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Autoridade parental é responsabilidade social*. Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família nº 34, Belo Horizonte, 2005.

¹⁶¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Das Relações de Parentesco*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.27.

¹⁶² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 119.

considerados e ligados por um laço socioafetivo –, devendo se considerar, hodiernamente, que a manutenção de um rol de deveres conjugais é absolutamente inócua, tendo em vista que, durante a existência do vínculo conjugal, o qual é pautado, sobretudo, na afetividade, tais comandos mostram-se inoperantes. Prestam-se apenas a aparelhar uma separação litigiosa, quando a relação conjugal e, o afeto, já chegaram ao fim, o que deveria permanecer velado pela inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Com a evolução da sociedade e das legislações referentes ao assunto, a família torna-se nuclear, e o centro de preocupação agora são as relações entre os pais e filhos, ficando a sociedade em segundo plano. Neste contexto, objetivamente, o foco do presente estudo é a figura paterna.

Para Lara Anton¹⁶³, o pai representa para o filho a libertação. Segundo ela, quando a menina se sente valorizada pelo pai, aumenta a confiança, a autoestima e permite que ela venha a sentir atração pelos homens, tornando-se capaz de manter um relacionamento afetivo e sexual satisfatório.

Na visão de Luiz Edson Fachin¹⁶⁴, pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação socioafetiva, aquele, enfim, que, além de emprestar o nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social.

Conclui-se que o pai que convive com a criança, dando a ela carinho, amor e dedicando-se a educá-la e a sustenta-la, não é necessariamente o biológico. O filho pode ser adotado, pode ter apenas laços afetivos - tendo em certo momento da vida encontrado a criança e por algum motivo acabou se apegando à mesma -, este acaba se tornando verdadeiramente um pai, sendo considerado como os popularmente conhecidos ‘pais de criação’, ou advindo de uma fecundação artificial.

Do mesmo modo, o pai não é uma figura que apenas empresta seu nome para o menor, ou mesmo só tem obrigações de cunho financeiro com sua prole. Ele tem, como a mãe, obrigações financeiras e sociais com o menor, a fim de prover o melhor possível para ele e ao mesmo tempo criá-lo, educá-lo e tê-lo em sua guarda.

¹⁶³ ANTON, Lara. *A Escolha do Cônjuge: um entendimento sistêmico e psicodinâmico*. Porto Alegre: Artmed, 2000.

¹⁶⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p.169.

Dessa forma, aumenta a importância da presença do afeto que se configura através do respeito, do amor e do cuidado, despendido pelo pai para seu filho, para a sadia construção da personalidade, exigindo da figura paterna que as relações familiares sejam permeadas pela responsabilidade como dever de cuidado e de proteção recíprocos, numa dinâmica de vida em comum de membros comprometidos com os sólidos laços afetivos e a promoção do bem-estar de todos.

Disso resulta que se o pai, mesmo provendo as necessidades materiais de seu filho, não oferecer afeto, descumprirá sua função paterna, causando, via de regra, prejuízos à formação e ao desenvolvimento psíquico da criança.

Não obstante o exercício pleno da paternidade dependa da vontade paterna, uma vez que a paternidade é entendida como uma função, os vínculos biológicos continuam a ter importância no ordenamento jurídico ensejando, inclusive, responsabilidade civil.

2.2

Conceito de Abandono

O abandono pode ser entendido como a ausência de um dever, seja ele de guarda ou de proteção, legal ou moral, em relação a coisas ou a pessoas. O Dicionário da Língua Portuguesa¹⁶⁵, define o abandono como sendo

1 Ação ou efeito de abandonar. **2** Desamparo, desprezo. **3** Desistência, renúncia. **4** Imobilidade, indolência, moleza. *Antôn* (acepções 1 e 2): *amparo, proteção. A. de emprego, Dir trab:* descumprimento continuado e definitivo, por parte do empregado, da obrigação de prestar serviço; fato de deixar a relação de emprego sem qualquer comunicação ao empregador. *A. de serviço, Dir trab:* descumprimento da obrigação de trabalhar. Pode configurar-se tanto na ausência continuada ao serviço como na acintosa inexecução de trabalho a que esteja obrigado o empregado. *A. do lar, Dir:* afastamento voluntário de um dos cônjuges, por dois anos, um dos motivos de desquite. *Ao abandono:* sem amparo, sem cuidados.

No contexto do presente estudo, podemos dizer que o abandono aparece como a vontade de quem tem uma obrigação, no caso a figura paterna, para com

¹⁶⁵ DICIONÁRIO AURÉLIO DA LINGUA PORTUGUESA – Versão on line. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=abandono>>. Acesso em 15. dez. 2013.

outrem, no caso a criança ou o adolescente. A esse respeito, afirma Denise Damo Comel¹⁶⁶ que:

O abandono do filho é ato que implica desatendimento direto do dever de guarda, bem como do de criação e educação. Revela falta de aptidão para o exercício e justifica plenamente a privação, tendo em vista que coloca o filho em situação de grave perigo, seja quanto à segurança e integridade pessoal, seja quanto à saúde e à moralidade. É o ato que afronta um dos direitos mais caros dos filhos: o de estar sob os cuidados e vigilância dos pais. Traduz-se o abandono na falta de cuidado e atenção, na incúria, ausência absoluta de carinho e amor. O abandono que justifica a perda do poder familiar há que ser aquele em que o pai deixa o filho à mercê da própria sorte, ainda que com terceira pessoa ou com o outro pai, mas que não tenha condição alguma de atendê-lo. O abandono pode ser de aspecto material, intelectual e afetivo.

Cumprе salientar que tal ato é decorrente de vontade própria, pois aquele que abandona, assim o faz, não por imposição de terceiros, mas sim fruto de uma escolha.

Do abandono, só restará ao abandonado suportar os efeitos de tal escolha, pois a omissão dos pais em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, além de ir de encontro a toda a legislação protetiva da criança e do adolescente, produz danos emocionais que merecem reparação, ainda que exclusivamente morais.

2.2.1

Conflito de Interesses: Liberdade Paterna X Direito da Criança

A divergência em tela é a principal, e trata da controvérsia sobre a possibilidade de um pai ser responsabilizado civilmente pelo abandono afetivo de seu filho. Segundo o entendimento de Luiz Felipe Brasil Santos¹⁶⁷:

A matéria abandono afetivo é polêmica e alcançar-se uma solução não prescinde do enfrentamento de um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, qual seja determinar quais danos extra patrimoniais, dentre aqueles que ocorrem ordinariamente, são passíveis de reparação pecuniária. Isso porque a noção do que seja dano se altera com a dinâmica social, sendo ampliado a cada dia o conjunto dos eventos cuja repercussão é tirada daquilo que se considera inerente à existência humana e transferida ao autor do fato. Assim situações anteriormente tidas como "fatos da vida", hoje são tratadas como danos que

¹⁶⁶ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: RT, 2003, p.288-289.

¹⁶⁷ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Indenização por abandono afetivo*. ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas, n. 2, fev. 2005, p.25-26.

merecem a atenção do Poder Judiciário, a exemplo do dano à imagem e à intimidade da pessoa.

Paira na doutrina e na jurisprudência pátrias incessante discussão acerca deste tema. Bastaria um efetivo sustento material do filho, através da prestação alimentar, para que o pai se eximisse de qualquer tipo de responsabilidade, ou seria necessário o convívio familiar, dando subsistência emocional ao filho em sua fase de desenvolvimento físico e mental?

Para parte da doutrina, ninguém é obrigado a amar outrem, ou seja, o que se vislumbraria no ordenamento jurídico seria a liberdade de dar afeto. Assim, os pais só dariam afeto, zelo, atenção e carinho aos seus filhos como e quando bem entendessem.

Sendo assim, não haveria como se falar no afeto como sendo um direito do menor, uma vez que os deveres inerentes ao poder familiar não poderiam invadir o campo subjetivo do afeto.

Neste ponto, em decorrência do poder familiar, compete aos pais deveres, tais como educação, criação, direção, carinho, alimentos, direitos sucessórios podendo ser encontrados em *numerus apertus* no artigo 1.634 do Código Civil de 2002 e artigos 227 e 229 da Constituição Federal de 198, citados anteriormente.

Além disso, os princípios constitucionais, conforme afirmado anteriormente, são normas que podem ser cumpridas em diferentes graus, cuja aplicação se dará de acordo com a realidade fática e jurídica. Assim, é perfeitamente possível que, em determinado caso, um princípio não seja cumprido com exatidão sem que isso cause sua inobservância.

O fato de o princípio não exigir sua aplicação na íntegra permite que, em havendo conflito entre dois deles, o operador do direito lance mão do processo de ponderação para que consiga estabelecer qual cederá ante ao outro.

No entanto, para que tal ponderação seja eficaz, faz-se necessário o estabelecimento de certos critérios, sob pena de que a instituição do princípio prevalente se dê de forma arbitrária, de acordo com a convicção íntima de cada operador do direito.

No intento de se evitar uma ponderação de princípios desregrada, utiliza-se o princípio da proporcionalidade para que sejam harmonizadas a segurança jurídica e a justiça. De tal modo que, na resolução de conflitos entre princípios,

fazendo-se uso da referida proporcionalidade, reste configurado um resultado justo e seguro que possa ser aferido por qualquer outro operador.

Sobre a resolução de conflitos entre princípios constitucionais por meio da ponderação de interesses, Robert Alexy¹⁶⁸ defende que:

a ponderação como forma de aplicação exclusiva dos princípios, se trata de dois lados do mesmo objeto, sendo um de caráter metodológico e outro de caráter teórico-normativo, ou seja, quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação.

Tal concepção defendida por Alexy recebe inúmeras críticas, inclusive algumas fundamentadas na própria teoria do autor, uma vez que o mesmo garante que as possibilidades jurídicas concernentes a determinado princípio, dependendo do conflito em questão, são resolvidas em análise da regra e princípio em oposição, aceitando que pode existir tal conflito entre estas espécies normativas, e conseqüentemente, as regras também poderiam ser ponderadas.

Humberto Ávila¹⁶⁹ defende que o conflito entre regras nem sempre se encerra na análise de sua validade, pois pode ser solucionado por meio da ponderação dos motivos e circunstâncias, existentes em uma situação concreta

Para, Luís Roberto Barroso¹⁷⁰:

Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios (...).

Além disso, a posição majoritária no ordenamento jurídico brasileiro é da solução mais adequada para qualquer conflito normativo através da hermenêutica constitucional.

Neste contexto, o princípio da proporcionalidade acaba constituindo-se em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade *stricto sensu*.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.64.

¹⁶⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p.30.

¹⁷⁰ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.68.

Pelo primeiro, verifica-se o meio escolhido e adequado para atingir o objetivo que se deseja alcançar, impondo que o princípio escolhido seja capaz de atingir o fim colimado.

Já o segundo subprincípio, o da necessidade, também denominado princípio da escolha do meio mais suave, alude que o meio escolhido seja realmente necessário ante a falta de outro menos gravoso. De todas as medidas que servem à realização de um fim, deve-se adotar aquela que se desdobre como menos lesiva aos interesses do cidadão.

Por último, tem-se o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, através do qual se objetiva aferir-se as vantagens apresentadas pela adoção de uma medida se sobrepõe aos ônus, ou seja, se tal medida é justificável por trazer mais benefícios do que sacrifícios ao particular.

No que tange às relações paterno-filiais pode-se vislumbrar o estabelecimento de contraposição entre a liberdade paterna e o direito da criança ao afeto. De fato, o princípio da liberdade permite que o pai faça opção por exercer a paternidade em sua forma ampla, para além dos aspectos materiais, englobando o afeto dedicado ao filho, ou por não exercê-la desta forma.

Além disso, ao se obrigar um pai a conviver com o filho, meramente por medo de sofrer uma punição pecuniária, teremos pais que estarão fisicamente com seus filhos, mas não têm afeto pelos mesmos, situação que, em algum momento, será compreendida pela criança, gerando um trauma que pode vir a ser muito maior que a mera ausência do pai.

Tornando-se esta convivência com o pai nociva para a criança, a mãe irá pedir a guarda exclusiva da criança, um direito previsto pelo ordenamento brasileiro. De outro lado, tem-se o direito da criança a receber afeto de seu genitor como consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, mais precisamente do direito à integridade psicofísica, baseado no dever dos pais de conviver com os filhos, na importância do afeto como valor jurídico, enfim, nos deveres parentais de assistência material e moral.

Assim, havendo situação concreta de conflitos entre estes dois direitos, o magistrado deverá analisar a demanda, lançando mão do princípio da proporcionalidade como técnica para viabilizar uma ponderação de interesses regrada, de tal modo que se confira legitimidade à decisão prolatada.

Deste modo, como nota Giselda Hironaka¹⁷¹:

não é possível se exigir de ninguém demonstrações de amor e carinho, porém o que se cobra dos pais é o seu perfeito desempenho em suas funções familiares para que haja o pleno desenvolvimento de seus filhos. Para que não reste configurado o abandono afetivo, tornar-se-ia necessário o cumprimento de tais funções paternas pelo menos no que diz respeito ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, perpassando por atitudes permeadas de afeto, atenção, cuidado, e desvelo.

Nota-se, assim, que a consciência acerca do papel da família foi ampliada, além de sua responsabilidade no cuidado e amparo dos menores. Essa obrigação dos genitores de dar assistência emocional encontra fundamento no art. 229 do texto constitucional, interpretado extensivamente. Tal assistência imaterial “traduz-se no apoio, no cuidado, na participação na vida do filho e no respeito por seus direitos da personalidade como o direito de conviver no âmbito da família”¹⁷².

Ainda segundo Sérgio Resende de Barros¹⁷³:

Não se deve confundir a relação de afeto, considerada em si mesma, com as relações patrimoniais que a cercam no âmbito da família. Entre os membros de uma entidade familiar, por exemplo, entre os pais, ou entre estes e os filhos, a quebra do afeto se manifesta por diversas formas: aversão pessoal, quebra do respeito ou da fidelidade, ausência intermitente ou afastamento definitivo do lar, falta ou desleixo nas visitas e na convivência, etc. Mas nenhuma forma de desafeto faz nascer o direito à indenização por danos morais. Mesmo porque, muitas vezes, o ofendido é o acusado, cuja conduta reage à ação ou omissão do outro.

De outro modo, também não se pode afastar a responsabilidade civil dos pais no que concerne à educação e à formação de seus filhos. Neste diapasão, as responsabilidades paternas não se restringem às prestações de caráter alimentício, mas também envolvem o dever de possibilitar o desenvolvimento dos filhos, sempre com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁷¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. IBDFAM, São Paulo, 23 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 05/12/2013.

¹⁷² MACIEL, Katia (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.103.

¹⁷³ BARROS, Sérgio Resende de. *A ideologia do afeto*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 9, jul./set. 2002.

2.2.2

Transtornos decorrentes do abandono afetivo

O papel do pai na vida da criança é de suma importância e a interação entre pai e filho é considerada um dos fatores decisivos para o desenvolvimento cognitivo e social do indivíduo, visado à interação da criança à sua área de vivência e de conhecimento.

Ao se considerar o universo no qual a criança ou o adolescente se inserem, a figura paterna aparece como um elemento de apoio e de ensinamento. À mãe é resguardado o papel de mediadora entre os conflitos emergentes da relação pai – filho, ao mesmo tempo em que a convivência harmônica entre pai, mãe e filho favorece a sua afirmação como indivíduo inserido na sociedade em que vive.

Nesse sentido, podemos dizer que o pai assume uma posição de referência, por meio da qual transmitirá toda a sua experiência e sabedoria ao filho e, a partir daí, passará a submeter-se a críticas, elogios, restrições e proibições.

Em contraponto a essa situação, a ausência da figura paterna leva o indivíduo a duas síndromes psiquiátricas e a duas espécies de sintomas associados que são precedidas de uma elevada incidência de vínculos afetivos desfeitos durante a infância. As síndromes são a personalidade psicopática (ou sociopática) e a depressão; os sintomas persistentes são a delinquência e o suicídio¹⁷⁴.

Jonh Bowlby¹⁷⁵ ainda afirma que:

Outra condição, que está associada às perdas na infância, é a depressão. Entretanto, é importante salientar que essas perdas não se devem frequentemente por ilegitimidade ou divórcio dos pais, mas com mais incidência por morte de um deles. A orfandade tende a ser maior dos cinco aos dez anos de idade e em alguns casos no terceiro quinquênio da infância. Segundo as pesquisas, as indicações são de que a perda por um dos pais por morte ocorre com frequência duas vezes maior num grupo de depressivos do que na população em geral.

As ideias de incapacidade, provenientes do abandono ou da orfandade, além de exporem a criança a sentimentos de tristeza, traduzem-se, em muitos casos, pelas dificuldades de aprendizado e por quadros psicossomáticos que, se não atendidos, evoluem para as dificuldades e transtornos na adolescência. Outras

¹⁷⁴ BOWLBY, John. *Formação e Rompimento dos Laços Afetivos*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Martins Fontes São Paulo, 2001.

¹⁷⁵ Idem.

crianças respondem com manifestações de raiva com que fazem frente à autodepreciação, podendo ainda projetar sobre a mãe as responsabilidades pela ausência paterna¹⁷⁶.

Diante do que se afirmou sobre a atuação paterna deve-se salientar que sua ausência pode gerar prejuízos psicológicos em menor ou maior grau, dependendo da análise de cada caso concreto.

Por fim, Rodrigo da Cunha Pereira¹⁷⁷ assegura que:

é essa função paterna exercida por um pai que é determinante e estruturante dos sujeitos. Portanto o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que fez a adoção..., enfim, aquele que exerce uma função de pai.

Logo, a responsabilidade pelo filho não é somente a do dever de alimentar, mas também a de garantir e de possibilitar desenvolvimento humano aos filhos, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, com todas as pontuações feitas pela doutrina, pode-se entender que, atualmente, não há de se falar apenas nas ofensas materiais em relação aos filhos. A importância crescente e o reconhecimento do afeto garantem que, em sua ausência, se produz um dano, gerador de diversos traumas de natureza psicológica no menor.

Na busca por meios de minimizar esses prejuízos sociais e psicológicos causados à criança abandonada afetivamente, tem-se falado em indenização como forma de ressarcimento, em aspecto compensatório. Diante desse fato, muitos têm sido os casos em que os pais se veem obrigados a pagar, a título de dano moral, valores estabelecidos em sentenças proferidas no âmbito judiciário, pelo fato de terem abandonado seus filhos quando na infância dos mesmos, caracterizando-se, assim, a Responsabilidade Civil por abandono afetivo.

¹⁷⁶ SOUZA, Ivone M. Cândido Coelho de. *Dano Moral por Abandono: Monetizando o Afeto*, 2010, p.66.

¹⁷⁷ BOWLBY, John. *Formação e Rompimento dos Laços Afetivos*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Martins Fontes São Paulo, 2001.

3

A Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo nas Relações Paterno-Filiais

Neste ponto, chegamos ao cerne do presente estudo, tendo por base a busca e o entendimento acerca da possibilidade de aplicação do dano moral nas relações paterno-filiais e sua consequente reparação, buscando soluções para questionamentos tais como a possibilidade de um filho exigir reparação pelo fato de ter sido abandonado afetivamente por seu genitor.

Antes de buscarmos respostas a fim de satisfazer as questões que envolvem o complexo tema acerca da relação parental, se faz mister entender como funciona este mecanismo de reparação de danos e em que momento se torna possível a associação entre a ausência de afeto decorrente do abandono e a necessidade de reparação através de critérios¹⁷⁸ que sejam capazes de determinar um *quantum* indenizatório ideal, na medida em que a parte hipossuficiente da relação, qual seja a criança ou o adolescente, foi lesada, diante dos transtornos psicológicos causados.

Depois de feitas as devidas considerações doutrinárias, trataremos de analisar a jurisprudência pátria acerca do assunto, para um total esclarecimento sobre o abandono afetivo como ensejador de indenização por danos morais.

3.1

A Responsabilidade Civil

Na realidade em que vivemos, a ordem jurídica constitucional avocou para as relações de Direito Privado a dignidade da pessoa humana como valor central e, nesse contexto, insere-se a Responsabilidade Civil que, ao longo do tempo, tem-se transformado e se adaptado ao mundo atual, ao modo e às necessidades das sociedades modernas, estando em constante mutação de acordo com as alterações sociais ocorridas.

¹⁷⁸ Alguns critérios que auxiliam os magistrados a quantificar o dano são: a análise de jurisprudências de casos semelhantes, observância do caso concreto, correntes doutrinárias, teorias como enriquecimento ilícito, fatores subjetivos e objetivos.

De acordo com De Plácito e Silva¹⁷⁹, a expressão responsabilidade civil “designa a obrigação de reparar o dano ou de ressarcir o dano, quando injustamente causado a outrem.” E continua o autor, afirmando que “resulta da ofensa ou da violação de direito, que redundam em dano ou prejuízo a outrem.”

Ocorre que a responsabilidade civil, devido a sua expansão no direito moderno e a seus reflexos nas atividades humanas, abrangendo os mais variados fatos da vida, é um dos temas mais complexos da atualidade, na seara jurídica.

Fruto disso é o seu conceito, que se encontra em contínua construção, adaptando-se às mudanças do mundo. Nesse sentido, Caio Mario da Silva Pereira¹⁸⁰ esclarece:

Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico.

No entendimento de Carlos Bittar¹⁸¹:

O lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado.

Dessa forma, observa-se que tais autores fornecem conceitos de responsabilidade civil e todos, em comum, defendem a previsão legal de que o indivíduo que causar um prejuízo a outrem, um dano, terá também o dever de reparar ou ressarcir o prejudicado¹⁸².

A responsabilidade civil, quanto ao seu fundamento, poderá ser subjetiva ou objetiva. A responsabilidade subjetiva se caracteriza imprescindivelmente pela comprovação da culpa. A vítima tem que provar a culpa do agente do ato ilícito,

¹⁷⁹ SILVA, de Plácito e. *Vocabulário Jurídico*. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 713.

¹⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 02.

¹⁸¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 561.

¹⁸² O Código Civil de 2002 prevê, em seu art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

sem a qual não estará caracterizada a responsabilidade. Caio Mário da Silva Pereira esclarece¹⁸³ que:

A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta, que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características.

Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposo do agente, ou simplesmente a culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente.

Já o fundamento da responsabilidade objetiva se encontra na teoria do risco que, numa linha evolutiva, atribui o dever de indenizar àquele cuja atividade gera um risco, pois que o mesmo não deve ser suportado por terceiro não responsável pelo perigo. Do mesmo modo, está configurada quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, conforme disposição explícita trazida pelo o parágrafo único do art. 927 do CC.

As principais modalidades de risco, teorias fruto da criação doutrinária são apontadas por Fábio Vieira Figueiredo e Brunno Pandori Giancoli¹⁸⁴, como sendo a do risco proveito, do risco profissional e do risco criado.

O risco proveito é uma teoria que determina que a reparação do dano deve ser feita por aquele cuja atividade, proveitosa ou vantajosa, gerou o risco.

Já, o risco profissional é uma teoria desenvolvida no sentido de que a reparação se dará de forma objetiva, visto que o dano é resultante do risco inerente ao exercício da profissão do agente.

Por fim, o risco criado é a ampliação do que se entende como risco proveito e neste caso o encargo do agente é maior, sendo mais justa para a vítima. Aqui não há necessidade em se comprovar que o dano foi proveniente de uma atividade proveitosa ou vantajosa¹⁸⁵.

¹⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 35.

¹⁸⁴ FIGUEIREDO, Fábio Vieira e GIANCOLI, Bruno, *Direito Civil*. 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 170.

¹⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 24.

Assim, em linhas gerais, entende-se que a responsabilidade civil consiste na imputação de um evento danoso, seja de natureza material ou moral, a um sujeito determinado que estará obrigado a repará-lo, ou seja, restituir o bem que foi lesado, ao estado anterior ao dano ou, na impossibilidade deste, ressarcir-lo, que significa o pagamento em pecúnia ou através de troca por um bem equivalente ao lesado, quando no seu estado inicial.

3.1.1

Elementos da Responsabilidade Civil

O Código Civil de 2002 institui que comete ato ilícito “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”¹⁸⁶ e também “o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”¹⁸⁷.

No entendimento de Rolf Madaleno¹⁸⁸:

Prescreve o art. 927 do Código Civil a obrigação de reparar o dano causado a outrem por ato ilícito decorrente de omissão voluntária, negligência ou imprudência (art.186) ou por abuso (art.187), representado pelo exercício de atividade que, inicialmente lícita, termina por gerar elementos configurativos de um abuso.

Nesse sentido, a omissão voluntária, negligência ou imprudência, nas relações familiares, se configura como o afastamento voluntário do genitor, ocasionando a proposital impossibilidade de convivência entre pais e filhos, e/ou ausência de afeto pelo menor, de acompanhamento e de participação em sua vida social, escolar.

O abuso pode ser percebido, como exemplo, em casos de pais divorciados, cujo ascendente que não possui a guarda, em seus dias de visitação deixa seu filho sob o cuidado de pessoas que não fazem parte de seu convívio familiar, de forma que a criança ou adolescente se veem impossibilitados de aproveitar os poucos momentos que lhes são conferidos com seu pai/mãe, ou, nas palavras de

¹⁸⁶ Cf. Art. 186 CC/02.

¹⁸⁷ Cf. Art. 187 CC/02.

¹⁸⁸ MADALENO, Rolf. *O Preço do Afeto*. In: A ética a convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Coordenadores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 165.

Madaleno¹⁸⁹, quando o genitor que possui a guarda do menor “em resposta aos seus sentimentos feridos pela separação, exerce o controle sobre a criança e subsidiariamente sobre seu ex-consorte, como destinatário final das manobras de controle sobre o menor”, por meio da alienação parental¹⁹⁰.

Subentende-se, assim, que a responsabilidade civil implica ato praticado que tenha ocasionado dano a terceiros e em contrariedade à lei. E para que se caracterize tal fenômeno jurídico, se faz necessária a observância de fatores de atribuição de responsabilidade, sendo eles, o dano, a culpa ou conduta e o nexo de causalidade.

Tais elementos terão seus principais aspectos gerais traçados para que seja possível analisar todo o seu encaixe com o direito de família contemporâneo.

3.1.1.1

O dano

O primeiro elemento essencial da responsabilidade civil a ter seus traços gerais apresentados é o dano. O dano é pressuposto para a configuração da responsabilidade civil, sendo elemento caracterizador da mesma, podendo ser de ordem patrimonial/material ou moral.

O dano patrimonial é uma lesão ao patrimônio material da vítima, gerando uma desvalorização ou destruição deste, sendo passível de avaliação pecuniária e de indenização. É calculado pela diferença entre o real valor do bem e a deterioração sofrida pelo mesmo¹⁹¹.

O dano material engloba tanto o dano emergente, ou seja, a diminuição do patrimônio do titular do bem atingido pela deterioração ou destruição, quanto o lucro cessante, sendo aquilo que o titular do bem deixou de ganhar com a ocorrência do dano, ambos previstos no Código Civil.

¹⁸⁹ MADALENO, Rolf. *op. cit.*, p. 162.

¹⁹⁰ A lei 12.318/10 dispõe sobre a alienação parental:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

¹⁹¹ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

O dano emergente¹⁹² é tudo aquilo que efetivamente se perdeu. Já lucro cessante é aquilo que razoavelmente se deixou de ganhar e, para calcular o valor a ser ressarcido, verificar-se o valor de seu patrimônio antes da ocorrência do dano, e do lucro cessante¹⁹³, que é a compensação ao lesado pelo lucro que ele deixou de obter, efetivamente, em razão do dano sofrido.

Já o dano moral, previsto também na Constituição Federal¹⁹⁴, ainda não possui um conceito sólido, visto que há divergência de entendimentos na doutrina, trazendo, também, inconstância nas decisões judiciais no que tange a estabelecer o que de fato enseja o dano moral. Sua valoração consiste numa problemática, uma vez que é difícil averiguar seu dimensionamento. A sua problemática envolve a incerteza da real existência do dano, sua amplitude, o valor ideal para o ressarcimento da vítima, as pessoas afetadas pelo evento danoso e o grau da lesão sofrida por cada uma.¹⁹⁵

Segundo Caio Mario¹⁹⁶, “qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária e abrange todo o atentado à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições”.

No entendimento de Yussef Cahali¹⁹⁷, o dano moral se caracteriza como sendo

a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral(honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio

¹⁹² Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

¹⁹³ Cf. Art. 402 e Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

¹⁹⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹⁹⁵ Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

¹⁹⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.54.

¹⁹⁷ CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, 2ª ed., p. 20.

moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)

Carlos Bittar¹⁹⁸ defende que "são morais os danos e atributos valorativos (virtudes) da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade (como, v.g., a honra, a reputação e as manifestações do intelecto)".

Diante de conceitos diversos acerca do que se entende por dano moral, verifica-se um ponto em comum que é a configuração de tal dano através da lesão do sentimento pessoal do indivíduo.

Anteriormente à constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro, a reparação de danos nas relações familiares era de caráter meramente patrimonial, não existindo a figura do dano moral e, embora o Código Civil de 1916 tratasse da negligência e da imprudência como causas geradoras de reparação¹⁹⁹, ensejava dano moral somente os fatos praticados por terceiros a um membro da família que acarretasse o falecimento do ente querido²⁰⁰, ou seja, "quando alguém causa danos a uma pessoa e a família se torna vítima desses danos".²⁰¹

Maria Celina Bodin de Moraes nos ensina que "até relativamente pouco tempo atrás todo e qualquer pagamento indenizatório em caso de lesão de natureza unicamente extrapatrimonial era tido por imoral e, por conseguinte, contrário ao Direito nos ordenamentos de tradição romano-germânica, excetuados os casos expressamente previstos em lei."²⁰²

No entanto, seria um erro se pensássemos que a família está em um plano imune aos princípios da reparação civil. Responsabilidade Civil, como se sabe, é a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra. E é dentro desta concepção que se tem falado em responsabilidade civil parental.

¹⁹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, p. 24.

¹⁹⁹ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

²⁰⁰ STF, RE nº59.940, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, julg. Em 26.04.1966, publicado no DJ de 30.11.1966.

²⁰¹ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil*. In: A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais. Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 173.

²⁰² BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 145.

Sendo assim, aplicar a Responsabilidade Civil ao genitor que não assiste ao filho através do afeto é uma realidade possível e necessária. Não se trata, portanto, de monetarizar o afeto, e sim, fazer com que os genitores arquem com o dano causado pelo descumprimento de seus deveres estabelecidos em lei, fato este que lesionou a integridade psicofísica da criança ou adolescente e contribuiu para o desequilíbrio na formação de sua dignidade como pessoa humana.

3.1.1.2

A culpa

A culpa ou conduta pode se configurar num comportamento comissivo, num agir positivo ou numa omissão, num agir negativo, voluntário, contrário às disposições legais, relevante quando a lei determina o dever de agir.

Em relação à ação ou à omissão, o Código Civil, em seu artigo 927, elenca a responsabilidade por ato próprio, por ato ou fato de terceiro²⁰³, e ainda por dano causado por animais ou coisas que lhe pertençam ou que estejam sob sua guarda²⁰⁴. Ou seja, o agente deve ter cometido algum ato, ou ter-se absterido de praticá-lo, a fim de que possa dar ensejo à reparação civil dos possíveis danos que venham a ser causados à vítima.

Para que se faça a devida análise quanto ao cabimento de reparação civil, é necessária a análise do elemento culpa em sentido amplo, englobando tanto a culpa propriamente dita quanto o dolo.

²⁰³ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

- I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
- II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
- III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
- IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
- V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

²⁰⁴ Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Fábio Viera Figueiredo²⁰⁵ aponta que, enquanto "no dolo a conduta nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico", na culpa "a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados".

Nesse sentido, o dolo seria a violação proposital, intencional, consciente e manifestamente deliberada de um dever jurídico, já a culpa, em sentido estrito, incide numa violação ao dever de cuidado por parte do agente.

A menção à culpa em sentido estrito nos remete ao Direito de Família, onde as causas pelas quais a figura paterna se exime da responsabilidade de atuar diretamente na vida de seu filho, de cumprir com os deveres entabulados na lei e, principalmente, por negar-lhe afeto, encontram-se relacionadas ao aspecto subjetivo, tanto no que concerne ao fato que ocasionou a conduta do pai, quanto ao resultado produzido no filho, decorrente de tal conduta. Questão que será abordada em momento oportuno.

O Código Civil vigente adotou como regra, a responsabilidade subjetiva, verificada em seu artigo 186, embora não impeça a aplicação da reparação por responsabilidade objetiva. E da mesma forma ocorre com a responsabilidade parental, que segue os pressupostos da quebra do dever estabelecido por lei de forma voluntária por parte do genitor que abandona, a caracterização de dolo ou culpa, o dano à vítima, neste caso, criança ou adolescente e o nexo causal entre o abandono afetivo e o sofrimento do filho lesado.

3.1.1.3

O nexo de causalidade

O nexo de causalidade trata-se do liame ou elemento de ligação que existe entre a ação e o dano ou efeito da conduta. Para Caio Mario da Silva Pereira²⁰⁶, nexo de causalidade:

é estabelecer, em face do direito positivo, que houve uma violação do direito alheio e um dano, e que existe um nexo causal, ainda que presumido entre uma e

²⁰⁵ FIGUEIREDO, Fábio Vieira; GIANCOLI, Bruno Pandori. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169.

²⁰⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil de Acordo com a Constituição de 1988*. Forense, 1999, p. 76.

outro. Ao juiz cumpre decidir com base nas provas que ao demandante incumbe produzir.

Conclui-se que o dano deve ser originário da conduta do lesante, devendo ser resultado de sua ação ou omissão, sendo que, de outra forma, não teria ocorrido. O nexo que liga os dois elementos, ação e dano, é imprescindível para a caracterização da responsabilidade. Assim, o lesante responderá na exata medida das consequências de sua ação.

Outrossim, caso exista um dano gerado à vítima, mas que não tenha sido decorrente da ação ou omissão culposa do agente, não haverá o necessário nexo entre tais elementos, ou seja, não haverá que se falar em relação de causalidade, e, por conseguinte, em dever de indenizar.

Ocorre que, no que tange à relação familiar, a verificação desse elemento que se coloca entre a conduta do pai de não cumprir com seus deveres e o dano, que é o resultado da ação, ou seja, o sofrimento causado ao filho, se torna mais complexa devido ao caráter subjetivo que envolve a situação.

Nas palavras de Giselda Hironaka, para que seja possível a verificação da ocorrência ou não do dano na criança e sua dimensão, a “prova deve ser feita por perícia técnica, determinada pelo juízo, com o intuito de analisar o dano real e sua efetiva extensão”²⁰⁷. E, exatamente neste momento, a complexidade se torna evidente, posto que, ainda no entendimento da autora, se torna necessária “a fixação, em caráter retrospectivo, da época em que os sintomas do dano sofrido pela criança começaram a se manifestar, pois não se poderá imputar ao pai um dano que tenha se manifestado em época anterior ao abandono”²⁰⁸.

Desta forma, torna-se imprescindível o cuidado na análise do caso concreto pelos juristas para que se verifique a configuração ou não de dano moral por abandono afetivo, para que haja uma tentativa de impor limites ao dever de indenizar e não se estabeleça, no âmbito jurídico, um mercado de indenizações por afeto.

²⁰⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo*. In: A ética a convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Coordenadores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 141.

²⁰⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *op. cit.*, p. 144.

3.2

O Dano Moral

Conforme já foi demonstrado anteriormente neste trabalho de pesquisa, o dano é um elemento essencial para se configurar a responsabilidade civil, que acarreta o dever de indenizar, e ele pode ser dividido em dano patrimonial e dano moral.

O dano moral tem uma enorme importância para a compreensão do presente tema, e já estava presente no ordenamento brasileiro desde o Código Civil de 1916, que possuía artigos que garantiam, por exemplo, indenização por deformidade, e de forma expressa em seu artigo 1.543²⁰⁹, segundo o qual, para se indenizar a vítima pela coisa deteriorada, além de seu valor patrimonial, ser-lhe-ia devida uma parcela adicional correspondente a seu valor de afeição.

Porém, foi a Constituição Federal de 1988, ao prever expressamente o dano moral, que introduziu no ordenamento brasileiro a obrigatoriedade de se ressarcir o sentimento de dor, injúria moral, vergonha e humilhação causados injustamente a alguém.

3.2.1

Conceito de Dano Moral

O dano moral no ordenamento jurídico tem-se mostrado com intrigante conceituação, havendo diversas tentativas de defini-lo.

Parte da doutrina e jurisprudência define o dano moral como sendo a dor, o vexame, a angústia ou a humilhação que, ao ultrapassarem a esfera da normalidade, interferem intensamente na condição psicológica do indivíduo, trazendo-lhe profunda consternação e desequilíbrio em seu bem-estar, ou seja, é o dano capaz de causar um mal evidente.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho²¹⁰ faz as seguintes observações:

²⁰⁹ Art. 1.543. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contando que este não se avanteje àquele.

²¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.83-84.

(...) só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência, e não causa.

O uso destas expressões, no entanto, não o conceitua efetivamente, pois apenas traduz sensações desagradáveis, que se não estiverem vinculadas a danos injustos²¹¹ não receberão tutela por parte do ordenamento.

Outra vertente sustenta que o dano moral seria ofensa aos direitos personalíssimos, que não possuem conotação econômica, integrantes da personalidade dos indivíduos. O dano moral corresponderia, pois, à infringência aos direitos da personalidade.

Nas palavras de Wald²¹², este seria:

Dano é a lesão sofrida por uma pessoa no seu patrimônio ou na sua integridade física, constituindo, pois, uma lesão causada a um bem jurídico, que pode ser material ou imaterial. O dano moral é o causado a alguém num dos seus direitos de personalidade, sendo possível à cumulação da responsabilidade pelo dano material e pelo dano moral.

Entretanto, para Maria Berenice Dias, o dano moral não advém da natureza do direito lesado, mas do efeito da lesão, ou seja, é uma posição doutrinária intermediária onde o dano não se configura quando for capaz de causar um mal evidente e, tampouco quando afeta os direitos personalíssimos do indivíduo. Logo, para a autora tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a bem não patrimonial, como dano moral por efeito de ofensa material²¹³.

²¹¹ *O elemento ensejador da indenização por dano moral não é mais o ato ilícito e sim o dano injusto. E o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida.* (MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos da pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 179).

²¹² WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 407.

²¹³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 740.

No que tange ao mal evidente mencionado por tal autora, o Ministro Francisco Rezek, em seu voto no Recurso Extraordinário nº 172.720 de 1996 do STF, define dano moral como “aquele dano que se pode depois neutralizar com uma indenização de índole civil, traduzida em dinheiro, embora sua própria configuração não seja material. Não é como incendiar-se um objeto ou tomar-se um bem da pessoa. È causar a ela um mal evidente”²¹⁴ e continua dizendo que

não é necessária uma agressão à personalidade moral do ser humano pra que se configure o dano moral, sobretudo porque a consequência não é nada de tão dramático: ela é, no plano civil, mera e prosaica indenização. Não se há de exigir, no plano ético, que o dano moral seja tão grave e funesto quando a consequência que a ordem jurídica lhe assinala se resume numa indenização compensatória.²¹⁵

Ocorre que, segundo o entendimento de Celina de Moraes, muitas vezes o dano não é tão evidente assim²¹⁶, o que ocorre nas relações paterno/materno-filiais, já que muitas vezes os problemas psicológicos ocasionados na criança não são demonstrados com tanta evidência e podem vir a se desenvolver posteriormente, o que dificulta detectar a lesão decorrente do abandono afetivo na criança.

Importa ressaltar que uma apurada definição de dano moral deve considerar a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana como ponto de partida, uma vez que esta, sendo o alicerce do ordenamento jurídico e determinante da unidade do mesmo, é de observância obrigatória.

Nesta esteira, o dano moral será sempre uma violação ao princípio da dignidade humana como aponta Maria Celina Bodin de Moraes²¹⁷:

A importância de conceituar o dano moral como lesão à dignidade humana pode ser medida pelas consequências que gera, a seguir enunciadas. Assim, em primeiro lugar, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que

²¹⁴ STF, 2ª T., RE nº 172720, Relator Ministro Marco Aurélio, julg. em 6.2.1996 *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil*. In: *A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais*. Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 178.

²¹⁵ *Idem*.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188.

negue sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado.

Deve-se salientar que o abandono afetivo, ao causar no filho prejuízos de ordem psíquica e social, ofende a dignidade da pessoa humana, mais precisamente o seu subprincípio da integridade psicofísica, ensejando a configuração de dano moral perpetrado pela conduta do pai ausente.

3.2.2

Configuração do Dano

O dano moral caracteriza-se por constituir ofensa que agride um interesse de natureza não patrimonial inerente à condição humana do ofendido, ou seja, atinge-o na qualidade de seu ser enquanto pessoa. Contudo, reside justamente no aspecto extrapatrimonial do dano a dificuldade em buscar um conceito que proporcione a sua exata compreensão, razão pela qual se revela árdua a tarefa de extrair da doutrina um entendimento pleno sobre a matéria.

Mas, o que configura dano moral? Esta pergunta vem atormentando a doutrina e a jurisprudência, levando o julgador à situação de perplexidade, já que meros aborrecimentos ou a mera sensibilidade são apresentados como dano moral.

Isso acontece devido ao caráter extrapatrimonial da lesão, onde não é possível mensurar um valor pecuniário que constitua a exata medida da reparação, motivo pelo qual o valor da indenização acaba por assumir uma função compensatória que visa atenuar os efeitos do dano, buscando restabelecer o equilíbrio rompido²¹⁸.

Definir o que configura dano moral é uma tarefa muito complexa, haja vista que cada indivíduo é único e o mesmo acontecimento pode lesionar de formas ou dimensões diversas. E no que diz respeito às relações familiares, por mais que os fatos danosos sejam idênticos, evidentemente que o dano sofrido por

²¹⁸ Todavia, se o pedido de indenização que constar na exordial se traduzir em obrigação diversa da pecuniária como, por exemplo, a reivindicação de retratação pública por parte do ofensor na mesma medida em que se deu a repercussão do dano, entendendo a vítima que esta manifestação lhe seja suficiente, nestes casos haverá reparação do dano moral sofrido e não mera compensação através de prestação pecuniária.

uma vítima é diferente do dano sofrido por qualquer outra, haja vista o seu caráter personalíssimo²¹⁹.

Quando se fala em direitos gerais de personalidade, embarcamos na esfera dos direitos fundamentais²²⁰, uma vez que ambos vêm a ser essenciais para a total realização do indivíduo. São direitos subjetivos não patrimoniais, embora tutelados pelo direito objetivo, uma vez que tal positivação é uma forma de confirmar a importância desses direitos e de assegurar que não sejam violados.

No entendimento de Gustavo Tepedino,

A tutela da personalidade não pode se conter em setores de estanques, de um lado os direitos humano e do outro as chamadas situações jurídicas de direito privado. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de proteção da dignidade humana²²¹.

Para Carlos Alberto Bittar:

Incursoes na vida privada, especialmente ditadas pela evolução da tecnologia e das comunicações, tem exigido o reconhecimento expresso desses direitos e a sua regulamentação, para garantir-lhes proteção no âmbito privado. O sancionamento pelo Estado, nesse plano, vem conferindo dignidade a esses direitos²²².

Também nesse sentido, do ponto de vista da hermenêutica constitucional surgiram no ordenamento jurídico novas concepções a respeito dos direitos da personalidade com a finalidade de resguardar os interesses individuais e coletivos, instaurando a tutela de interesses metaindividuais específicos²²³.

Como tutela geral da personalidade, atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana, na Constituição podemos encontrar o direito à vida, à liberdade, à

²¹⁹ Os direitos ditos personalíssimos são entendidos como aqueles referentes à essência do ser humano, à sua particularidade.

²²⁰ Segundo Canotilho: “Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos distintivos da personalidade (direito à intimidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como <<direito à pessoa ser e à pessoa devir>>, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.”. CANOTILHO, Joaquim Jose Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2.ed. Almedina: Coimbra, 1998, p. 362.

²²¹ TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro*. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 53.

²²² BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2006, p. 35.

²²³ Idem, p. 56.

integridade psicofísica, à privacidade, à honra e à identificação pessoal, em seu art. 5º, inciso X²²⁴.

O Código Civil, por sua vez, os tutela nos arts. 11 e ss., prevendo que, com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, ou seja, não são alienáveis e encontram-se fora do âmbito do comércio²²⁵.

No tocante a tais bens lesados, a enumeração das hipóteses previstas na Constituição Federal de 1988, quanto à configuração do dano moral, é meramente exemplificativa. Isto porque o operador do direito deve sempre estar pautado nas diretrizes por ela traçadas, haja vista, primordialmente, o já estudado princípio da dignidade da pessoa humana, positivado em seu art. 1º, III, como fundamento do Estado democrático de direito.

Outro aspecto relevante é que o dano sofrido deve ser reparado integralmente, visando recompor a violência sofrida em sua dignidade. No aspecto Legal, não devem ser usados critérios atinentes ao nível social da vítima ou a sua condição patrimonial para impor a reparação, uma vez que a Dignidade da Pessoa Humana é de caráter extra-patrimonial em sua essência. Porém, na prática acabam por ser utilizados, o que hoje em dia, desqualifica a figura do Dano Moral.

Isso acontece devido ao tipo de lesão, onde não é possível mensurar um valor pecuniário que constitua a exata medida da reparação, motivo pelo qual o valor da indenização acaba por assumir uma função compensatória que visa atenuar os efeitos do dano buscando restabelecer o equilíbrio rompido²²⁶.

²²⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

²²⁵ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

²²⁶ Todavia, se o pedido de indenização que constar na exordial se traduzir em obrigação diversa da pecuniária como, por exemplo, a reivindicação de retratação pública por parte do ofensor na mesma medida em que se deu a repercussão do dano, entendendo a vítima que esta manifestação lhe seja suficiente, nestes casos haverá reparação do dano moral sofrido e não mera compensação através de prestação pecuniária.

Deste modo, quando o dano moral é julgado, é decidida uma forma de quantificar esta reparação²²⁷, momento em que o juiz analisa o antes e o depois na vida da vítima, na tentativa de medir a gravidade da culpa por parte do ofensor. O certo é que para todo dano moral existe uma forma de ressarcimento.

No Brasil, é aplicado o sistema de aferição da indenização denominado de sistema aberto, no qual são atribuídos poderes ao magistrado para estabelecer o valor da indenização, numa avaliação subjetiva e proporcional à possível satisfação da lesão experimentada pelo ofendido.

Percebe-se, aqui, que a lei transfere ao juiz uma enorme responsabilidade, já que fica a seu cargo fazer essa medição para se chegar ao valor indenizatório. É dever do juiz se valer do bom-senso, do equilíbrio e da razoabilidade, de sorte a não deixar a vítima ao desamparo nem levar o autor do dano à insolvência.

O autor Sergio Cavaliere Filho²²⁸ nos traz a ideia do princípio da lógica do razoável como sendo a bússola norteadora do julgador, vejamos:

Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cortejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.

A orientação capitaneada pela doutrina e jurisprudência majoritárias no momento é no sentido de que o julgador há de considerar, em princípio: a extensão e gravidade do dano, as circunstâncias (objetivas e subjetivas) do caso, a situação pessoal e social do ofendido e a condição econômica do ofensor, na busca de relativa objetividade com relação à satisfação do direito atingido, preponderando, como orientação central, a ideia de sancionamento do ofensor, como forma de obstar a reiteração de casos futuros. Tudo isso sopesadas as circunstâncias concretas do caso, à luz da prudência e da razoabilidade.

²²⁷ Como exemplo, tem-se o caso onde ocorre dano contra a honra, no qual houve uma calúnia de uma pessoa física, pode caber uma reparação monetária, ou apenas uma retratação pública.

²²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.98.

Conforme julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de relatoria do Desembargador Sérgio Cavalieri Filho:

Responsabilidade civil – Dano moral – Arbitramento judicial – Princípio da razoabilidade – Dano material – Necessidade de prova. O arbitramento judicial é o mais eficiente meio para se fixar o dano moral. Embora nessa penosa tarefa não esteja o juiz subordinado a nenhum limite legal, nem a qualquer tabela prefixada, deve, todavia, atentando para o princípio da razoabilidade, estimar uma quantia compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita e a gravidade do dano por ela produzido. Se a reparação deve ser a mais ampla possível, não pode o dano transforma-se em fonte de lucro. Entre esses dois limites devem se situar a prudência e o bom senso do julgador²²⁹.

Portanto, a soma não deve ser tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.

Importante ressaltar que o dano moral é acumulável com o dano material, pois, um mesmo ato pode gerar danos que abrangem as duas esferas da vida da vítima.

Dessa forma, fica evidente a importância do dano moral no que diz respeito às relações parentais, pois a criança ou adolescente abandonado afetivamente por seus genitores, sofre lesões que ferem sua dignidade e integridade psicofísica, sendo tal dano passível de ressarcimento pelo dano sofrido devendo, o genitor, ser condenado a pagar e a reparar o dano praticado.

3.3

A Valoração do Afeto

O amor está desfazendo o conceito tradicional instituído por aquela antiga formação familiar de pai, mãe e filhos, como visto anteriormente, e passa a ocupar outra posição nessa nova estrutura, unindo pessoas por laços abstratos e com uma finalidade fraternal comum: o desenvolvimento pessoal, por meio do núcleo familiar.

A importância do afeto para a pessoa e para a sociedade é indiscutível, como se pode ver no presente trabalho. Entretanto, não se discutia, até pouco tempo atrás, sua relevância na seara jurídica. De uma forma ou de outra, o patrimônio sempre ocupou lugar de destaque na legislação codificada.

²²⁹ Nesse sentido: TJRJ, Ap. cível 1.622/95, Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho.

Hoje, no Direito de Família, a ordem pública tem demonstrado grande interesse do Estado no direcionamento da família como sua célula básica, dedicando-lhe proteção especial. Entretanto, ainda é comum no judiciário brasileiro, a aplicação do fator biológico como critério de valoração na sustentação da relação entre pai e filho, dando excessiva relevância aos laços sanguíneos, em detrimento do amor e do afeto.

Nesse sentido, a lição de Gustavo Tepedino²³⁰ defende que as relações de Direito Civil são postas a partir de relações de afeto, de amor e de solidariedade, e prossegue defendendo a presença das figuras materna e paterna:

(...) parecem insubstituíveis nessas relações de vida inseridas na família. Ao contrário de desenvolvermos técnicas que possam parecer destinadas a superar a realidade cultural em que vivemos, na verdade, temos técnicas terapêuticas para suprir deficiências humanas, para atender à pessoa para, excepcionalmente, prolongar e gerar vida, e não para suprir, pura e simplesmente, a falta de afeto e de amor que se dá no seio da família.

Maria Christina de Almeida²³¹ afirma que: "o elo entre pais e filhos é, principalmente, socioafetivo, moldado pelos laços de amor e de solidariedade, cujo significado é muito mais profundo do que o do elo biológico."

Corroborando esse entendimento, Rolf Madaleno²³² traz o seguinte ensinamento:

Os filhos são realmente conquistados pelo coração, obra de uma relação de afeto construída a cada dia, em ambiente de sólida e transparente demonstração de amor à pessoa gerada por indiferente origem genética, pois importa ter vindo ao mundo para ser acolhida como filho de adoção por afeição. Afeto para conferir tráfego de duas vias a realização e a felicidade da pessoa. Representa dividir conversas, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações; mostrar caminhos, aprender, receber e fornecer informação. Significa iluminar com a chama do afeto que sempre aqueceu o coração de pais e filhos socioafetivos, o espaço reservado por Deus na alma e nos desígnios de cada mortal, de acolher como filho aquele que foi gerado dentro do seu coração.

Reconhece-se, então, que afeto e amor não se dão por decreto, nem mesmo se compram, mas, sem dúvida, realizam-se com a convivência, seja com pais

²³⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Clonagem: pessoa e família nas relações do Direito Civil*. Revista CEJ, n. 16, Brasília, jan./mar. 2002, p.49-52.

²³¹ ALMEIDA, Maria Christina de. *Paternidade Biológica, Socioafetiva, Investigação de Paternidade e DNA*. In: Família e Cidadania. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, p. 459.

²³² MADALENO, Rolf. *Filhos do coração*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, n. 23, p.22.

biológicos ou não, e fazem parte das obrigações, sendo um dever jurídico que, quando violado, gera o dever secundário de indenizar.

Ressalta-se que em terreno permeado pela subjetividade, como é o caso das ações que envolvem danos morais por abandono afetivo, o rigor na contextualização das demandas e na utilização da racionalidade deve ser redobrado, bem como a avaliação do que se caracteriza como abandono afetivo em cada caso e o que fere o atendimento das necessidades essenciais da criança. Tem-se como exemplo de necessidade de tal rigor, a possibilidade de as razões que causam o afastamento do genitor não-guardião não serem provenientes da ação ou da omissão quanto à convivência familiar, ao afeto e a deveres em geral com a criança.

Giselda Hironaka enumera como hipóteses de fator alheio à vontade do ascendente não-guardião, o afastamento da mãe/guardiã, após um relacionamento desfeito, para outro estado ou país, de forma que impossibilite o constante acesso do genitor, ou no caso de formar outra família e querer que o novo companheiro se configure como pai. Outra possibilidade é a guardiã descobrir a gravidez em tempo posterior à separação de seu companheiro e não permitir que o genitor tome conhecimento da paternidade²³³.

Nos casos colocados pela autora, o abandono afetivo não se configuraria pela conduta do genitor não-guardião de se afastar do lar, seja por separação ou por terem vivido um rápido relacionamento, e sim, pela conduta daquele que se encontra responsável pela guarda da criança ou do adolescente, que priva o filho da presença do ascendente que não mais participa diariamente de sua rotina.

Observa-se, então, que o abandono afetivo evidencia um dano moral na vida do ser humano, e o que se pretende com a ação indenizatória é, principalmente, minimizar o prejuízo emocional e psicológico causado ao filho abandonado, por não ter os pais cumprido com todos os seus deveres legais em relação ao seu descendente e, embora seja descabida a tentativa de restabelecer o amor que deixou de ser oferecido ao filho ao longo do tempo em que o genitor se absteve de manter um contato afetivo, a indenização também possui um cunho

²³³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo*. In: *A ética a convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Coordenadores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 138/140.

punitivo, a fim de que os pais/mães ausentes ou aqueles que contribuem para a ausência do outro, tenham uma diminuição em seu patrimônio ao ressarcir o menor, através de pecúnia, devido à conduta lesiva que levou aos transtornos psicológicos ocasionados à criança ou ao adolescente²³⁴.

O fundamento para amparar a pretensão da reparação por abandono afetivo está circunscrito ao âmbito da responsabilidade civil, afastando-se a competência do juízo de família, mas utilizando-se dos princípios desse ramo do Direito para a fundamentação do dever de reparar, eis que não há previsão legal para o descumprimento do dever de convivência entre pais e filhos, além da suspensão ou extinção do poder familiar²³⁵.

A jurisprudência nesse sentido começa a fundar – se nessa teoria, como se segue:

APELAÇÃO CÍVEL EM SEDE DE AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. MANUTENÇÃO DO NOME DA DEVEDORA EM ÓRGÃO DE CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO APÓS O PAGAMENTO E DEVIDA QUITAÇÃO DA DÍVIDA. COMPROVAÇÃO DO DANO MORAL IN RE IPSA. **APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESESTÍMULO OU PUNITIVE DAMAGE.** CARÁTER PEDAGÓGICO E REPRESSIVO. JUROS DE MORA DEVIDOS DESDE A CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA DEVIDA DESDE A SENTENÇA/ACÓRDÃO. PRECEDENTES DO STJ. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 326 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO À UNANIMIDADE²³⁶.

Ainda que o Judiciário não possa impor aos pais que amem seu filho, deve exigir o cumprimento de deveres que, aqui, não se restringem a materiais como

²³⁴ Teoria do desestímulo. Cf. Carlos Alberto Bittar (1994, p.234-5), adotada a reparação pecuniária – que, aliás, é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos -, vem – se cristalizando orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americano e inglês. É a da fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos *punitive* ou *exemplary damages* da jurisprudência daqueles países. Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo – se, de modo expressivo, no patrimônio do

lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.

²³⁵ Cf. Arts. 1635, 1637 e 1638 do Código Civil de 2002.

²³⁶ TJ-PA - AC: 200730086045 PA 2007300-86045, Relator: CLAUDIO AUGUSTO MONTALVAO DAS NEVES, Data de Julgamento: 11/02/2008, Data de Publicação: 13/02/2008 Disponível em: <http://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5544529/apelacao-civel-ac-200730086045-pa-2007300-86045>. Acesso em: 04 jun. 2014.

moradia, alimentação, vestuário, lazer, mas também englobam a convivência familiar, a assistência ao filho, criação e educação, proporcionando o desenvolvimento psicológico e moral do menor.

3.3.1

Abandono afetivo como hipótese de dano moral

No tocante ao Dano Moral proveniente de abandono afetivo, devemos levar em conta todo o sistema jurídico moderno de tutela à dignidade humana, que veio a ser encampado pela Carta Magna de 1988, sendo inegável seu cabimento.

Todos os consectários modernos do direito de família, sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais, levam à conclusão de que o abandono afetivo veio a ser tutelado pelo ordenamento pátrio. Parte da doutrina se posiciona favoravelmente à reparação civil do dano moral decorrente do abandono afetivo na filiação. Para Rui Stoco²³⁷:

“o que se põe em relevo e exsurge como causa de responsabilização por dano moral é o abandono afetivo, decorrente do distanciamento físico e da omissão sentimental, ou seja, a negação de carinho, de atenção, de amor e de consideração, através do afastamento, do desinteresse, do desprezo e falta de apoio e, às vezes, da completa ausência de relacionamento entre pai (ou mãe) e filho.”.

No mesmo sentido Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka²³⁸ ressalta que:

Atualmente, entende-se que o dano moral ocorre quando há lesão aos denominados direitos da personalidade, dentre os quais enumera-se, exemplificativamente, o direito à incolumidade corporal, à imagem, ao bom nome, à reputação, aos sentimentos, às relações afetivas, hábitos, gostos, convicções político filosóficas e religiosas.

Por fim, corrobora esse entendimento Priscilla Menezes da Silva da seguinte forma:

“O que se deveria tutelar com a teoria do abandono afetivo é o dever legal de convivência. Não se trata aqui da convivência diária, física, já que muitos pais se

²³⁷ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 946.

²³⁸ HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. *Responsabilidade civil*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 92.

separaram ou nem chegam a viver juntos, mas da efetiva participação na vida dos filhos, a fim de realmente exercer o dever legal do poder familiar.”

Ocorre que, parcela da doutrina entende pelo não cabimento da indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo, pois o operador do direito estaria dando preço ao amor e, ademais, poderia ser frustrada para sempre a possibilidade de uma correlação afetiva entre pai e filho, além da indenização não os aproximar.

Nesse sentido, Danielle Alheiros Diniz²³⁹ entende que:

“o descumprimento desse dever de convivência familiar deve ser analisado somente na seara do direito de família, sendo o caso para perda do poder familiar. Esse entendimento defende o melhor interesse da criança, pois um pai ou uma mãe que não convive com o filho não merece ter sobre ele qualquer tipo de direito”.

Compartilha do mesmo entendimento Bernardo Castelo Branco²⁴⁰, onde o mesmo afirma que:

“[...] a particularidade que cerca a relação paterno-filial, eis que fundada essencialmente na afetividade entre os sujeitos que dela participam, não permite a aplicação integral dos princípios que regem a responsabilidade civil. Logo, mesmo no campo específico do dano moral, cabe aferir em que medida o comportamento adotado foi capaz de romper os eventuais laços de afeto entre pais e filhos, uma vez que a admissibilidade da reparação não pode servir de estopim a provocar a desagregação da família ou o desfazimento dos vínculos que devem existir entre os sujeitos daquela relação”.

Por fim, para Lizete Peixoto Xavier Schuh²⁴¹, na questão do afeto:

“É dificultoso cogitar-se a possibilidade de determinada pessoa postular amor em juízo, visto que a capacidade de dar e de receber carinho faz parte do íntimo do ser humano, necessitando apenas de oportunidades para que aflore um sentimento que já lhe faz parte, não podendo o amor, em que pese tais conceitos, sofrer alterações histórico-culturais, ser criado ou concedido pelo Poder Judiciário.”

²³⁹ DINIZ, Danielle Alheiros. *A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12987>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

²⁴⁰ BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no Direito de Família*. São Paulo: Método, 2006, p. 194.

²⁴¹ SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. *Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 35, abril/maio 2006, p. 75.

Para quem opta por este entendimento, ninguém seria obrigado a amar nem manter relacionamento afetivo com outrem, não havendo espaço no mundo jurídico, para se restar configurado o dano moral afetivo.

Entretanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, anteriormente analisado, colocou o ser humano no centro protetor do direito, e acabou por estabelecer a família como sendo a base formadora do caráter e da personalidade dos indivíduos e, por isso, merecedora da tutela jurídica mais ampla possível.

Desta forma, todos os membros das entidades familiares devem ter seus direitos da personalidade assegurados, principalmente as crianças e os adolescentes, que estão em formação física e psicológica e, assim, têm necessidade maior ainda de uma base familiar sólida.

Dentro desta concepção mais humana dentro do direito de família, encontram-se o princípio da afetividade e o direito à convivência familiar. O primeiro não está positivado na CF/88, mas dela não está excluído; já o segundo, como já visto, veio previsto e expresso no art. 227 da Carta Política. A partir de tais conceitos, pode-se extrair que o afeto passou a ser, sob um enfoque moderno, indispensável aos filhos, e, até mesmo, um direito seu²⁴². Sendo assim, os pais, no exercício do poder familiar, devem cuidar de seus descendentes, não apenas sob a ótica do sustento material, mas também com cuidado, zelo, compaixão, atenção, carinho e dedicação.

Daí pode-se depreender que:

No momento em que o ordenamento jurídico reconhece o princípio do melhor interesse da criança como norteador da convivência familiar e base especial de proteção da família, infância e juventude, seu reflexo dar-se-á, inevitavelmente, no âmbito da responsabilidade civil²⁴³.

Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “o interesse da criança, na qualidade de pessoa em desenvolvimento, protegido com prioridade pela Constituição da República, deve ser interpretado como um dos aspectos mais fundamentais das relações familiares em sua configuração contemporânea”²⁴⁴.

²⁴² CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito civil: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 209.

²⁴³ TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 981.

²⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil*. In: *A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos*

Gustavo Tepedino esclarece com perfeição que “a pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de proteção da dignidade humana”²⁴⁵.

Neste sentido, conclui-se ser muito mais correta a tutela da pessoa menor de idade, devido a suas peculiaridades, uma vez que a proteção à sua dignidade será essencial para uma boa formação psicológica e para sua segurança emocional quando maior. Sendo assim, independentemente do grau de compreensão da vítima, a ela deverá ser garantido o direito ao ressarcimento, no caso de lesão a um direito de sua personalidade²⁴⁶.

Para, Rolf Madaleno²⁴⁷:

Não é o grau de entendimento na percepção da ofensa pelo incapaz argumento que lhe retire o sagrado direito à honra, tanto que a Constituição Federal, como de igual o Estatuto da Criança e do Adolescente, asseguram à criança e ao adolescente o direito à dignidade e ao respeito e, certamente, não estariam tutelando tão preciosos valores que respeitam à personalidade moral de cada pessoa, acaso a Justiça pudesse, ao cabo, desconhecer e inimputar a desonra, porque o menor não pôde captar e bem compreender a ofensa, nem mesmo a extensão do dano sofrido.

Portanto, é notável que, no campo do direito de família, a doutrina não poupa avanços, mas a jurisprudência ainda resiste à aceitação da responsabilização civil decorrente do citado abandono, sendo poucos (ainda) os julgados a consagrarem a tese, como veremos a seguir.

3.4

O Afeto nos tribunais

Recentemente o Judiciário tem-se deparado com questões que discutem o exercício do poder familiar de uma forma até então inexistente. De fato, as causas

Tribunais. Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 201..

²⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 50.

²⁴⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. *Dano moral à criança e ao adolescente; responsabilidade dos pais ou responsável nas relações familiares*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 981.

²⁴⁷ MADALENO, Rolf. *O Dano Moral na Investigação de Paternidade*. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Rolf_Madaleno/Danomoral.pdf>. Acesso em: 15/12/2013.

que tratavam sobre a relação paterno-filial versavam anteriormente sobre questões de índole material, principalmente sobre prestação alimentícia e herança.

No entanto, uma nova abordagem do poder familiar, consoante ao princípio da dignidade humana – alicerce do ordenamento jurídico – permite que se vislumbre a existência de deveres morais dos pais com os filhos.

Esta nova compreensão do poder familiar, que vai além de aspectos materiais, ensejou uma série de ações que compeliram o Poder Judiciário a enfrentar a análise sobre a possibilidade de se indenizar ou não o filho que tenha sido submetido ao abandono afetivo.

A primeira decisão nesse sentido foi proferida na Comarca de Capão da Canoa/RS, nos autos do Processo n.º 141/1030012032-0²⁴⁸, onde o juiz Mário Romano Maggioni, condenou um pai a pagar uma indenização por danos morais no valor equivalente a duzentos salários mínimos a sua filha, por abandono afetivo.

No ano de 2002, o pai ajuizou uma ação revisional de alimentos pretendendo reduzir o valor pago à sua filha. Esta diminuição foi aceita pela mãe, sob a condição de que o pai se comprometesse a visitar a criança quinzenalmente e acompanhá-la nas férias de verão. Tal acordo foi cumprido no primeiro ano e depois deste período o pai passou a se ausentar, submetendo a filha ao abandono afetivo.

Diante desta postura paterna, a mãe, representando os interesses da filha, ingressou, em maio de 2003, com uma ação pleiteando indenização por dano moral. A sentença foi prolatada em agosto de 2003 e já transitou em julgado, devido à inércia do pai ao não recorrer da decisão.

Outro caso considerado relevante, ao menos para quem defende a existência do abandono afetivo, ocorreu no Estado de Minas Gerais, onde a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada²⁴⁹ decidiu pela procedência do pedido, condenando o pai, a indenizar o filho por abandono no valor de R\$ 44 mil reais²⁵⁰,

²⁴⁸ Conforme noticiado no site <http://www.correioforense.com.br/direito-de-familia/pai-tem-de-pagar-indenizacao-por-abandono-de-filha/> Acesso em 14 dez. 2013.

²⁴⁹ *Os Tribunais de Alçada foram extintos após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004.*

²⁵⁰ TJMG. Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000, Relator (a): Des.(a) Unias Silva, julgamento em 01/04/2004, publicação da súmula em 29/04/2004. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 14 dez. 2013

após o juiz de primeira instância ter julgado improcedente o pedido inicial, fundamentando que não existia nexos causal entre o abandono do pai e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos no autor. Pelo relator, que teve seu voto acompanhado por todos ou outros julgadores, foi dito que:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave. Esclareço, desde já, que a responsabilidade em comento deve cingir-se à civil e, sob este aspecto, deve decorrer dos laços familiares que matizam a relação paterno-filial, levando-se em consideração os conceitos da urgência da reparação do dano, da re-harmonização patrimonial da vítima, do interesse jurídico desta, sempre prevalente, mesmo à face de circunstâncias danosas oriundas de atos dos juridicamente inimputáveis.

Esta decisão não foi a primeira que ocorreu no Brasil, nem é a mais vinculante, pois já existe entendimento do Superior Tribunal de Justiça²⁵¹ sobre o tema, mas foi uma das que gerou maior repercussão no sentido de se trazer o abandono afetivo à tona.

O Ministro Barros Monteiro²⁵² também se mostrou favorável à condenação de um pai em caso de abandono afetivo. Sua defesa pode ser demonstrada através do seguinte pensamento:

Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto. Como se sabe, na norma do art. 159 do Código Civil de 1916 está subentendido o prejuízo de cunho moral, que agora está explícito no Código novo. Leio o art. 186: *"Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."* Creio que é essa a hipótese dos autos. Haveria, sim, uma excludente de responsabilidade se o réu, no caso o progenitor, demonstrasse a ocorrência de força maior, o que me parece não ter sequer sido cogitado no acórdão recorrido. De maneira que, no caso, ocorreram a conduta ilícita, o dano e o nexos de causalidade. O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo.

²⁵¹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.411 - MG (2005/0085464-3). 4ª Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Data de Julgamento: 29/11/2005. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3/inteiro-teor-12899597>>. Acesso em 14 dez. 2013.

²⁵² Raphael de Barros Monteiro Filho foi presidente do Superior Tribunal de Justiça de 2006 a 2008.

Mas como marco acerca das discussões sobre o dano moral decorrente das relações parentais, trazemos à baila, decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, no Resp. 1.159.242 – SP, julgado em 24/04/2012.

A decisão afirma a possibilidade de reparação civil, mas coloca como principal causa o dever de cuidar, e não a obrigação de amar, assim como foram as palavras da relatora do processo, Nancy Andrighi: ‘Amar é faculdade. Cuidar é dever’.²⁵³

Segundo o acórdão:

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, 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.

Consoante com tais decisões, entendemos que a responsabilidade dos pais em relação aos filhos, ao se configurar o dano moral, é de caráter subjetivo, uma vez que não se pode imputar aos pais o dever de dar afeto sem se observar o princípio da razoabilidade, que vai se atrelar às necessidades da coletividade, à

²⁵³ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012>. Acesso em 14 dez. 2013.

legitimidade, à economicidade, assim como nos diz Maria Lúcia do Vale Figueiredo²⁵⁴.

Os pais certamente deverão utilizar de todos os meios possíveis para trazer afeto aos filhos, e se assim não o for, para o ensejo de reparação civil por abandono afetivo, o dano deverá ser provado sob a pena de não se considerar a conduta paterna suficiente para o convencimento do julgador. E diante de tal comprovação, haverá uma conduta omissiva por parte desse familiar e, é na conduta omissiva deste dever de afeto, em sentido amplo, tangido de educação, cuidado e atenção, que se configura o abandono afetivo.

A omissão é uma atividade negativa, ou seja, é um não fazer que, em tese, não poderia produzir resultado algum. No entanto, a omissão adquire relevância jurídica quando o omissor tem o dever legal de agir. E esse dever consiste na prática de atos que impediriam o resultado que provém do abandono afetivo.

Outro fator a ser lembrado é acerca da demonstração do nexo causal entre o comportamento culposo do genitor e o dano apresentado pela vítima. Não estaria o Judiciário fazendo verdadeira justiça se porventura instituísse indenização por dano moral a uma criança, sendo a origem deste dano causa externa à relação jurídica parental. Estaríamos dessa forma criando um ambiente de total insegurança jurídica, onde o pai acabaria arcando com prejuízos aos quais este não deu causa.

Por todo o exposto, percebe-se que, na atualidade, a função paterna tem sido alvo de muitas considerações, não só pelo reconhecimento de sua importância, mas também pelo elevado número de casos que vêm sendo negligenciados. A despeito de a função paterna ter adquirido uma nova feição a partir da colaboração da psicanálise, que demonstrou a sua influência na formação psicológica e na educação da criança, ela não tem sido exercida em sua completude, tanto pelo desconhecimento de sua relevância quanto pela irresponsabilidade no seu exercício.

Inúmeras são as hipóteses em que tal função não é desempenhada ou o é de forma imperfeita, assim, apresentam-se casos em que o pai se ausenta inteiramente, não provendo os meios materiais garantidores da manutenção da vida

²⁵⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2002, p. 356.

da criança, tampouco os imateriais, aí compreendidos os laços afetivos e a convivência, necessários à plena formação psicológica da criança. Como também há casos em que, apesar de fornecer pensão alimentícia, o genitor ausente provoca o abandono afetivo.

Em relação à segunda hipótese, importa dizer que existem situações em que o pai, apesar de proporcionar o sustento material da criança, descuida de seu papel de formador, na medida em que, ao não oferecer afeto, atenção, autoridade e convivência, não cumpre com o seu importante papel na formação moral da criança, que, por sua vez, não terá garantido o seu pleno desenvolvimento psíquico, podendo ser alvo de diversos traumas e prejuízos psicológicos.

Seguramente, a análise das consequências advindas deste descuido paterno se dará à luz do caso concreto, haja vista que a paternidade como função efetivamente vinculada ao desejo de ser pai, pode ser exercida por outra pessoa que não tenha vínculo biológico.

Portanto, ao se constatar a presença de um indivíduo que desempenhe o papel reservado ao pai – tio, avô, irmão – não há, *a priori*, que se cogitar prejuízos de ordem psicológica, e essa pessoa poderá, com afeto, cuidado, atenção e estímulo, ocupar o lugar de pai. Daí a importância da observação de cada caso em concreto para aferir se há ocorrência de eventual dano psíquico à criança ou ofensa a qualquer outro direito da personalidade.

Conclui-se, diante da abordagem presente neste trabalho, que a perda do poder familiar, como única forma de punição, se revela, nesses casos, ineficaz, já que o filho não tem mais a companhia do pai, e este não se interessa pelo filho. Na prática, o pai já não exerce tal poder. Decretá-lo como a única punição pela conduta ilícita do genitor que abandona o seu descendente é favorecer esse tipo de comportamento, amplamente reprovado, seja no campo do Direito, seja na esfera social.

Desta forma, o que se pretende em uma ação de indenização por dano moral, decorrente do abandono afetivo do pai, é a comprovação de que houve um descumprimento de um dever paterno, o que violaria o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Afetividade, ante a comprovação do dano emocional e psíquico sofrido pelo filho.

4

Conclusão

Surgiu nas relações familiares contemporâneas a figura do afeto, que mudou até mesmo os conceitos do que seria a família. Esta mudança foi aceita pelo mundo jurídico e ao ganhar força foi introduzida no ordenamento brasileiro. Porém existem diversos aspectos do afeto que não foram traduzidos ainda para os códigos vigentes.

É inquestionável que a família tem uma grande interferência no desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes. Uma família desestruturada e negligente pode gerar repercussões graves na personalidade de uma criança e levá-la a ter comportamentos inadequados, conforme vimos no decorrer do presente estudo.

Nossa Carta Magna diz que a família é base da sociedade, e esta deve ser capaz de oferecer às crianças e adolescentes uma boa formação intelectual e psíquica. Os direitos fundamentais destes devem ser respeitados independentemente da forma como os membros desta família se aglutinem, haja vista as novas configurações familiares atualmente.

Nos dias atuais o conceito de família pluralizou-se, e se apresenta sob as mais diversas formas que vão desde a constituição da família monoparental, reconhecida constitucionalmente, até o estabelecimento da família homoafetiva, já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como união estável.

A família é o primeiro ambiente com o qual a criança tem contato, e é no seio deste grupo que o indivíduo nasce e se desenvolve, moldando sua personalidade ao mesmo tempo em que se integra ao meio social.

Com a grande evolução social e econômica do mundo atual, resquícios atingiram enormemente a família, trazendo-nos uma incontestável realidade: muitos filhos são educados e criados sem a presença de, ao menos, um dos pais. O número de separações conjugais está mais frequente do que nunca, juntamente com o surgimento da possibilidade da formação de uma nova família.

Essa lacuna acabou gerando um grande problema ao se discutir o caso da responsabilidade civil por abandono afetivo, pois ao mesmo tempo que este afeto

é protegido e claramente passível de punição, não se estabelece de forma expressa qual seria a punição adequada, nem quando ela seria cabível, deixando estas questões inteiramente nas mãos dos julgadores, que devem avaliar cada caso com muito cuidado pelos detalhes extremamente subjetivos presentes neles.

A possibilidade de se falar em dano derivado do abandono afetivo surge da evolução no Direito das Famílias, e no instituto da responsabilidade civil, devido à consequente interdisciplinaridade entre estas matérias. A responsabilidade civil no Direito das Famílias objetiva tutelar os direitos fundamentais de cada um de seus membros e de forma mais enfática as responsabilidades dos pais com a assistência integral a seus filhos, e não apenas com o seu sustento.

Com toda essa evolução, a legislação pátria se viu obrigada a criar mecanismos que viessem a assegurar tais fundamentos desse novo conceito de família, como a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que passaram a tratar incisivamente das questões familiares, sobretudo acerca da relação de responsabilidade que se dá entre pais e filhos, pautados nos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da paternidade/maternidade responsável e do melhor interesse do menor e da criança e do adolescente.

Isso se deve ao fato de que a família, conforme o exposto anteriormente deixou de ser tutelada, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, como instituição e passou a merecer proteção na medida em que é o local de promoção da dignidade de seus membros.

O afeto passou a ser o elemento agregador da família, sendo de primordial importância a defesa de seus membros, que devem ter nesta entidade o ambiente para o desenvolvimento de sua personalidade e a promoção de sua dignidade. No tocante aos filhos, cabe ressaltar que isso só ocorrerá mediante assistência material e imaterial por parte de seus genitores.

Assim, em havendo abandono afetivo por parte do pai, a família não estará cumprindo seu objetivo primordial, pois em seu seio o filho não estará recebendo uma adequada formação física, psicológica e social. Neste caso, sendo confirmada a ofensa à integridade psicofísica cria-se a possibilidade de indenizar o filho por ocorrência de dano moral.

A obrigação de prestar assistência imaterial através do afeto e da convivência decorre do poder familiar que impõe aos pais um conjunto de deveres-poderes que deve ser exercido sob a ótica do melhor interesse da criança no intuito de garantir o pleno desenvolvimento dos filhos. Deste modo, o objetivo do poder familiar é garantir a proteção e o profícuo desenvolvimento do filho, que deixou de ser visto como objeto de direito dos pais e passou a ser reconhecido como sujeito de direitos.

De fato, o poder familiar cria uma série de obrigações para os pais, tanto de índole material quanto imaterial, que se forem desrespeitadas ensejam a responsabilização dos mesmos. Então, em havendo inobservância de obrigações imateriais como a prestação de afeto, convivência e respeito à integridade psicofísica do filho, deve-se responsabilizar o pai negligente, para além da extinção do poder familiar, que de modo algum traz benefícios ao filho. A responsabilidade deve-se dar, portanto, através da obrigação de indenizá-lo pelo dano moral sofrido.

É dever dos pais ter os filhos em sua companhia, dirigir-lhes a criação e a educação, de acordo com o artigo 1.634, incisos I e II, do Código Civil. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 7º e 19, indentifica, entre os direitos fundamentais dos menores, seu desenvolvimento sadio e harmonioso. E a Constituição Federal, em seu artigo 227, ao dispor sobre direitos da criança e do adolescente, coloca dentre esses o direito à convivência familiar, atribuindo-o como dever da família, da sociedade e do Estado.

O pai ausente que promove o abandono afetivo provavelmente causa um dano moral ao filho, na medida em que, ao não oferecer carinho, afeto, convivência, autoridade e muitos outros direitos, ocasiona uma ofensa à dignidade humana, mais precisamente à integridade psicofísica do filho.

Daí surgindo o dever de indenizá-lo com o fito de promover uma compensação pelo sofrimento vivenciado, que, apesar de não apagar a dor decorrente do abandono e nem de compelir o genitor a ter afeto pelo filho, promove um conforto ao oferecer alegrias ou estados de bem-estar social e psíquico, de modo a compensar e equilibrar o dano, ainda que não pretenda anulá-lo.

Com a análise da doutrina pertinente ao assunto, entendemos que o abandono afetivo é um problema sério para o direito de família, que tenta proteger o menor da melhor maneira possível, e é imprescindível que se continue a discussão sobre o tema, até que se encontre uma forma satisfatória de garantir a segurança do menor e coibir este abandono. Porém cabe lembrar que existem casos em que a culpa do abandono não é do genitor que não se faz presente, foram apresentados casos em que a mãe não trouxe ao conhecimento do pai a existência do filho, ou o acusado se encontrava em outro país a serviço. O amparo que o pai pode prestar ao seu filho, nem sempre, é necessariamente uma convivência contínua por longos períodos de tempo.

O interesse, o contato, mesmo que não tão regular, até mesmo o acompanhamento de sua evolução acadêmica garantindo uma boa educação, são formas do pai se fazer presente na vida de seu filho, cumprindo desta forma suas obrigações.

Por ser ligado aos costumes, o Direito das Famílias é um ramo em constante evolução. Sendo assim, a lei não consegue acompanhar as mudanças na realidade social com a velocidade correspondente à agilidade do mundo moderno, sendo sempre retardatária. E, embora ainda não haja uma norma especificamente prevendo o cabimento da responsabilidade civil por abandono afetivo, é através de uma interpretação sistemática, alcançando todos os dispositivos que visam à proteção dos filhos, que se encontra a legitimidade da condenação dos pais.

Os argumentos usados para a aplicação imediata da responsabilidade por abandono afetivo, não tem no momento uma resposta de como se conseguirá melhorar a situação do menor. O dano já está feito, e com o ajuizamento da ação, se encerra a última chance de reconciliação entre pai e filho, de forma que a mágoa gerada pelo processo e seu trâmite, onde ao fim uma parte sairá como perdedora, dificilmente será esquecido. O valor em dinheiro não irá de forma alguma ressarcir o afeto que o menor deixou de receber, e para o mesmo não terá significado algum, vindo a ser de mais interesse do seu genitor que entrou com a ação.

Importa ressaltar que nem sempre o abandono afetivo ensejará dano moral ao filho, pois a paternidade como função pode ser exercida por outros indivíduos que não o pai biológico. De fato, somente a análise do caso concreto é que

viabilizará a identificação do dano, pois deve ser perquirido, via perícia judicial, como o filho elaborou a indiferença paterna, se houve ou não dano à sua integridade psicofísica.

Além do que devem ser analisados os motivos pelos quais o pai tornou-se ausente e descuidado com suas obrigações imateriais relativas à criação do filho. É cediço que, em muitas separações, a mãe, na maioria das vezes detentora da guarda da criança, cria uma série de obstáculos ao relacionamento entre pai e filho impondo inúmeras dificuldades à convivência entre os dois. Neste caso não seria justo que o pai fosse compelido a pagar a indenização, haja vista que não teria dado causa ao dano psíquico porventura sofrido pelo filho.

Entendemos que talvez não houvesse vínculo algum inicialmente, mas não pode se falar em uma ação que visa proteger um vínculo, mas já se inicia de forma a impedir que o mesmo jamais venha a acontecer. Assim estaria sendo apenas uma forma do genitor que detêm o menor tentar se vingar de seu ex-companheiro, ou auferir uma vantagem monetária através do mesmo.

Vimos que aos pais, não se limitam mais os deveres e obrigações de apenas alimentar, mas sim proporcionar aos filhos uma vida e sociedade que lhes dê força e capacidade de crescerem como indivíduos dignos, tendo sido desenvolvidas todas suas capacidades psicofísicas e sociais no seio familiar.

Dessa forma, crianças e adolescentes passaram a ter grande destaque no ordenamento pátrio, uma vez que são indivíduos que ainda não possuem desenvolvimento pleno de sua personalidade.

Todavia, mesmo considerando uma grande evolução no ordenamento jurídico pátrio, entendemos que o Judiciário acaba por receber uma grande responsabilidade ao julgar cada caso em específico, uma vez que poderá haver uma banalização do instituto do dano moral se este for reconhecido como toda e qualquer ofensa advinda de relações sociais.

Daí surgiriam dois pólos, onde de um lado, assistiríamos a uma incrível multiplicação de ações indenizatórias e, por outro, veríamos o instituto do dano moral, enquanto proteção à dignidade da pessoa humana, se tornar inócuo em função de sua banalização.

Infelizmente a banalização dessa ação, que surgiu como forma de se proteger o menor, faz com que haja situações como as já apresentadas no decorrer

do presente estudo, em que não se pode falar em abandono, pois muitas vezes o pai nem tinha conhecimento da existência do filho, ou o mesmo que por algum motivo, se nega a aceitar o pai.

Mas deve-se reconhecer a intenção nobre desta ação, que na prática visa defender o menor, e não se baseia na questão monetária, mas sim na tentativa de se conscientizar a família, e até mesmo, a sociedade como um todo, de que a filiação não é matéria leviana, e deve ser tratada com muito mais seriedade e compromisso do que vem acontecendo.

Não se pode simplesmente ignorar o fato de se possuir um filho, ter uma quantia mensalmente descontada da sua folha de pagamento e considerar que cumpriu todas suas obrigações de pai. É obrigação dos pais garantir que o menor possua de todas as formas possíveis as melhores condições para se desenvolver. Não o que se falar em quantia aqui, uma família humilde ainda pode da maneira que lhe couber dar um núcleo familiar ao menor, que o sustente e proteja.

E os filhos, enquanto pessoas, inseridos nessa nova ordem jurídica a qual estamos vivenciando, ordem esta baseada nos princípios da solidariedade, da integridade e da dignidade da pessoa humana, cada um, cada parte da família deverá ser tratada com respeito e qualquer ato que venha a diminuir o indivíduo enquanto pessoa deverá ser tratada como uma ofensa direta à dignidade humana a ele inerente.

Em relação a quantificação do valor do abandono é importante se ressaltar que não se pode configurar um enriquecimento desmedido por parte do autor, nem um empobrecimento demasiado pela parte ré. Somente com a cuidadosa análise do caso concreto se poderá chegar a um valor que seja realmente satisfatório para o caso. Servindo para amenizar o sofrimento do menor, e tentar reeducar o pai a respeito de seu abandono, pois caso o valor seja muito alto, ocorre o risco de gerar tamanha insatisfação pela parte ré, que acarretará outro abandono ao menor.

Este estudo teve por pressuposto a análise do debate acerca da possibilidade de aplicação do dano moral nas relações paterno-filiais, onde para chegarmos às respostas das questões propostas, passamos pela análise da família, da questão do afeto e a responsabilidade paterna sob a nova ordem constitucional.

Não existe nenhuma forma de se quantificar o afeto, ou qualquer outro sentimento, mas a razão do surgimento dessa ação, apesar do seu nome, não é o

afeto, ou simplesmente a falta do mesmo, é o descumprimento de deveres que se encontram expressos no ordenamento brasileiro, como o dever de cuidar, dar educação e ter o menor sobre sua guarda. O desrespeito a esses direitos do menor são uma ofensa a sua dignidade humana, e por isso, devem ser passíveis de reparação por dano moral.

Colocadas tais questões chegamos à conclusão de que dentro do novo paradigma ao qual está inserida a doutrina civilista, baseada esta nos princípios constitucionais da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, a figura do dano moral ganha novas feições, permitindo, dessa forma, a possibilidade de reparação pecuniária nas relações paterno-filiais.

Assim sendo, devemos entender que não é qualquer situação que ensejará uma reparação por danos morais, uma vez que apenas aqueles casos que representem um grande distúrbio na vida social do autor da ação deverão ser julgados procedentes. E grande parte da moralização do instituto do dano moral afetivo se dará por parte dos julgadores, que terão o condão de filtrar os casos que merecerão reparo indenizatório.

Diante de tudo que foi exposto nesta pesquisa, concluímos que é possível sim se falar em responsabilidade civil por abandono afetivos dos pais, e não só é possível, como se entende que é necessário se manter a discussão acerca do tema, até que sejam descobertas formas de se proteger todos os direitos do menor e as garantias já presentes no ordenamento, como um núcleo familiar, educação, e ter a companhia e guarda de seus genitores.

O que não pode haver é a absoluta falta de afeto uma vez que assim haverá a configuração de dano moral. De fato, a lei não possui meios de obrigar o pai a sentir afeto pelo filho, mas vai impingir-lhe responsabilidade.

Enquanto não existirem formas eficazes e aplicáveis de se garantir efetivamente esses direitos, a ação se configura como uma forma de demonstrar a sociedade que tal comportamento não será aceito, e de se tentar conscientizar os genitores que abandonam sua prole, que eles desempenham um papel fundamental na formação de seus filhos, negativamente no caso de sua ausência.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALMEIDA, Maria Christina de. **Paternidade Biológica, Socioafetiva, Investigação de Paternidade e DNA**. In: Família e Cidadania. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família.

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana**. Boletim Jurídico, Uberaba, MG, a. 4, n° 165. 2007. Disponível em: < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1066> >. Acesso em: 05/12/2013.

ANTON, Lara. **A Escolha do Cônjuge: um entendimento sistêmico e psicodinâmico**. Porto Alegre: Artmed, 2000.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARBOSA, Heloísa Helena. **O princípio do Melhor Interesse da criança e do Adolescente**. In: Direito de Família: a família na travessia do milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARROS, Sérgio Resende de. **A ideologia do afeto**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 9, jul./set. 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Antônio Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2006.

_____. **Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.

BOCK, Ana Mercês Bahia. **Psicologias: uma introdução ao estudo de Psicologia**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Malheiros, São Paulo, 1998.

BOWLBY, John. **Formação e Rompimento dos Laços Afetivos**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Martins Fontes São Paulo, 2001.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no Direito de Família**. São Paulo: Método, 2006.

BRASIL, **Vade Mecum**. Org. Néelson Nery Júnior. Franca: Lemos & Cruz, 2007.

CABRAL, Álvaro; NICK, Eva. **Dicionário Técnico de Psicologia** 14. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

CARDOSO, Simone Murta. **Responsabilidade Civil nas Relações Afetivas**. IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=729>>. Acesso em: 09/12/2013.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito civil: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** São Paulo: Malheiros, 2008.

CHODOROW, N. **The reproduction of mothering.** Los Angeles: Universidade da Califórnia, 1978.

CODO, W.; GAZZOTTI, A. A. **Trabalho e afetividade.** In: CODO, W. (Org.). **Educação: carinho e trabalho.** 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: RT, 2003.

DELINSKI, Julie Christine. **O novo Direito da Filiação.** São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos e paternidade responsável.** Disponível em <<http://www.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=9915>> Acesso em 05 jan. 2014.

_____. **Manual de direito das famílias.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Novos Rumos do Direito das Famílias.** Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/17_novos_rumos_do_direito_das_fam%EDlias.pdf. Acesso em: 01 dez. 2013.

_____. **Novos Tempos, Novos Rumos.** 2004. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2004/mariaberenicedias/novostempos.htm>. Acesso em: 01 dez. 2013.

DICIONÁRIO AURÉLIO DA LINGUA PORTUGUESA – Versão on line.
Disponível em:
<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=abandono>. Acesso em 15. dez. 2013.

DINIZ, Danielle Alheiros. **A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12987>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Em busca da família no novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992

_____. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Constitucional à Família (ou Famílias Sociológicas versus Famílias Reconhecidas pelo Direito: um Bosquejo para uma Aproximação Conceitual à Luz da Legalidade Constitucional)**. In: Temas Atuais de Direito e Processo de Família, Primeira Série, Cristiano Chaves de Farias (Coord.), IBDFAM/Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; GIANCOLI, Bruno Pandori. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova Filiação - O Biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

_____. **Das Relações de Parentesco**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Usucapião Especial Coletiva, Entidades Familiares e Acesso de Posses**. Revista da EMARF, Rio de Janeiro, v.14, n.1, p.1-316, nov. 2010.

GENOFRE, R. M. **Família: uma leitura jurídica. A família contemporânea em debate**. São Paulo: EDUC/Cortez, 1997.

GISCHKOW, Sérgio. **Algumas questões de direito de família na nova Constituição**. RT, n. 639, p. 231, jan. 1989.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Família e Dignidade Humana. in: O direito à Integridade Psíquica e o Livre Desenvolvimento da Personalidade**. Belo Horizonte: Linotec, 2005.

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material**. 2005. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=289> >. Acesso em 04/12/2013.

_____. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**, IBDFAM, São Paulo, 23 abr. 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288> . Acesso em: 05/12/2013.

_____. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LEMOS, Inez. Família. **Modernidade e Responsabilidade**. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, v. 12, p. 23-30, out./nov., 2009.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil: direito de família e das sucessões**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, p. 155, jun./jul. 2004.

_____. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, [ano 4, n. 33, 1 jul. 1999](http://jus.com.br/artigos/507). Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/507> >. Acesso em: 5 jan. 2014.

_____. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 15 de Dezembro de 2013.

_____. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil**. Jus Navigandi, Teresina, [ano 18, n. 3754, 11 out. 2013](http://jus.com.br/artigos/25361). Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/25361> >. Acesso em: 5 jan. 2014

_____. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao>. Acesso em: 01 dez. 2013.

LOTUFO, Renan. **Direito civil constitucional: caderno 3**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACIEL, Katia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família - Aspectos Polêmicos**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Filhos do coração**. In: Revista Brasileira de Direito de Família, n. 23.

_____ **O Dano Moral na Investigação de Paternidade.** Disponível em: <
[http://www.gontijo-
familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Rolf_Madaleno/Danomoral.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Rolf_Madaleno/Danomoral.pdf)>.

Acesso em: 15/12/2013.

_____ **O Preço do Afeto.** *In: A ética a convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Coordenadores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARQUES, João Benedito Azevedo. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** Coords. Cury, Amaral e Silva e Mendez. São Paulo: Malheiros, 2005.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **“Novas” Entidades Familiares e seus Efeitos Jurídicos.** *In: Família e Solidariedade: Teoria e Prática do Direito de Família.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil - Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil.** *In: A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais.* Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____ **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____ **O Princípio da Solidariedade.** 2000. Disponível em: <
<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>> Acesso em: 10 dez. 2013.

OLIVEIRA, Caroline Ramos de. **Afeto no âmbito jurídico.** DireitoNet. Sorocaba, 18 jan. 2006. Disponível em: <
<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/23/96/2396>>. Acesso em: 05/12/2013.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira Muniz. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OSORIO, Luiz Carlos. **Família hoje**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, vol. V**. 14. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

_____. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. **Responsabilidade Civil de Acordo com a Constituição de 1988**. Forense, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Autoridade parental é responsabilidade social**. Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família nº 34, Belo Horizonte, 2005.

_____. **Novas Configurações Familiares**. 2007. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI46327,71043-Novas+configuracoes+familiares> > Acesso em: 10 dez. 2013.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**. Uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **O Cuidado como Valor Jurídico**. In: **A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais**. Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2002.

PERROT, Michelle. **O nó e o ninho**, in *Veja 25*: reflexões para o futuro, São Paulo: Abril, 1993.

PINO, A. **Afetividade e vida de relação**. Campinas, Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, mimeo. 1997.

PUPO, I. **O papel do pai na família**. 2007. Disponível em: <http://pt.shvoong.com/humanities/1646481-papel-pai-na-familia/> Acesso em: 05 dez. 2013.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O Conceito de Família e suas implicações jurídicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Indenização por abandono afetivo**. ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas, n. 2, fev. 2005.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. **Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 35, abril/maio 2006.

SÊDA, Edson. **Construir o passado**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993.

SILVA, De Plácito e. **Vocabulário Jurídico**. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiro, 2006.

SOUZA, Ivone M. Cândido Coelho de. **Dano Moral por Abandono: Monetizando o Afeto**, 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1298129 SP 2011/ 0297270-0. Relator: Minist. Sidnei Beneti. Julg. em: 13/08/2013. T 3 Terceira Turma.

Publicado no DJe em: 05/09/2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24180453/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1298129-sp-2011-0297270-0-stj>. Acesso em: 04 jan. 2014.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.411 - MG (2005/0085464-3). 4ª Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Data de Julgamento: 29/11/2005. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3/inteiro-teor-12899597> >. Acesso em 14 dez. 2013.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012 >. Acesso em 14 dez. 2013.

Supremo Tribunal Federal. ADI: 2 DF, Relator: Min. PAULO BROSSARD, Data de Julgamento: 06/02/1992, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 21-11-1997 PP-60585 EMENT VOL-01892-01 PP-00001.

Supremo Tribunal Federal. RE n. 59.940, Relator: Min. Aliomar Baleeiro, julg. em 26.04.1966, publicado no DJ de 30.11.1966.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro> >. Acesso em: 01 dez. 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Autonomia Privada e Intervenção do Estado nas Relações de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____ **Clonagem:** pessoa e família nas relações do Direito Civil. Revista CEJ, n. 16, Brasília, jan./mar. 2002

_____ **Temas de direito civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEYBER, Edward. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio.** Tradução de Carmem Youssef. São Paulo: Nobel, 1995.

TJMG. Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000, Relator (a): Des.(a) Unias Silva, julgamento em 01/04/2004, publicação da súmula em 29/04/2004. Disponível em:

<

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> >. Acesso em 14 dez. 2013.

TJPE – AG: 169962 PE 0800153721, Relator: José Ivo de Paula Guimarães. Julg. em 28/01/2010, 8ª Câmara Cível, Publicado em: 30/01/2010. Disponível em: <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15312776/agravo-de-instrumento-ag-169962-pe-0800153721>. Acesso em: 04 jan. 2014.

TJSE – AC 2012207781, Relatora: Suzana Maria Carvalho Oliveira. Data de Julgamento: 04/06/2012, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 04/06/2012. Disponível em: <http://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21863753/apelacao-civel-ac-2012207781-se-tjse>. Acesso em: 04 jan. 2014.

TRF-2 – AMS: 62514 RJ 2004.51.01.023406-0, Relator: Desembargador Federal Poul Erik Dyrland. Julg. em: 02/05/2006, 8ª TURMA ESPECIALIZADA, publicação no DJU em 15/05/2006. Disponível em: <http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/909640/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-62514>. Acesso em: 29 dez. 2013.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

WINNICOTT, Donald. **A família e o desenvolvimento individual**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.