

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP

**DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO NAS
RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS**

Maryana Chott de Freitas

Presidente Prudente/SP
2014

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP

**DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO NAS
RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS**

Maryana Chott de Freitas

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Caíque Tomaz Leite da Silva.

DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Caíque Tomaz Leite da Silva.
Orientador

Gisele Caversan Beltrami Marcato
Examinador

Silvia Helena Luz Camargo
Examinador

Presidente Prudente/SP, dia 07 de Novembro de 2014

"Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. Amar é faculdade, cuidar é dever."

Ministra Nancy Andriahi,

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus por sempre se fazer presente em minha vida, me guiando, me guardando, me iluminando, enfim, concedendo bênçãos inenarráveis e livrando-me sempre do mal.

Aos meus pais Evandro e Roberta, que nunca mediram esforços para concretizar meus sonhos e sempre me apoiaram para que eu pudesse alcançar meus objetivos, sendo meu esteio, minha base, para que eu pudesse crescer e me tornar um ser humano melhor a cada dia. Sou muito orgulhosa e grata a Deus por ter me dado uma família tão maravilhosa e neste agradecimento incluo meus irmãos Junior e Vitória.

Ao meu avô Roberto, que hoje não se faz mais presente, mas que com certeza do céu, continua sendo o meu maior incentivador, velando pelo meu sucesso.

Aos meus familiares, em especial à minha avó Dirce, que sempre se preocupou com o meu desempenho e orou para que eu conseguisse atingir minhas metas.

Ao meu namorado Marcelo, por ser meu grande companheiro, estando ao meu lado em todos os momentos, sejam eles de alegrias ou de adversidades, acreditando sempre no meu potencial.

À minha amiga Ana Beatriz, que foi uma das minhas grandes inspirações para escolha do presente tema e que, apesar de ter sido abandonada afetivamente pelo seu pai, Deus a compensou com uma mãe que lhe deu amor e atenção em dobro e mesmo não estando mais no nosso meio, espero que ela sinta a minha gratidão.

Agradeço a todos os meus amigos e colegas, em especial à Carla, Beatriz e Raphaela, que são minhas companheiras diárias nesta jornada acadêmica.

À psicóloga Fernanda Cavalheiro e à psiquiatra doutora Lauanda Hamano Ferreira por concederem excelentes e importantes entrevistas.

De uma maneira especial, gostaria de agradecer ao meu professor e orientador Caíque Tomaz Leite da Silva, por ter aceito o convite para instruir o meu trabalho, com seu respeitável e notório saber jurídico e por dedicar-se de forma diligente na busca incessante pela excelência. MUITÍSSIMO OBRIGADA!

À professora e mestre Gisele Caversan Beltrami Marcato, por ter aceito compor a banca e por sempre ser prestativa com seu exímio saber jurídico. Obrigada por fazer parte deste momento importante da minha vida.

E finalmente, à doutora Silvia Helena Luz Camargo, por ter aceito compor a banca examinadora, por compartilhar comigo seu vasto conhecimento jurídico, por sanar todas as dúvidas que surgem no decorrer da minha trajetória acadêmica, por sempre estar presente, por ser esse exemplo de profissional sempre em busca da efetiva justiça e por ser este ser humano excepcional, dotado de um caráter ímpar. Muito obrigada por fazer parte deste momento especial da minha vida.

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar a significativa evolução do direito de família, especialmente, no que diz respeito ao poder familiar. A Constituição Federal de 1988 revolucionou ao trazer princípios para nortear as relações familiares, ratificando que os paradigmas que regem essas relações modificaram e que os pais passaram a ter um “poder dever” em relação aos filhos, devendo, desta forma, respeitar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção integral e da afetividade, assim como as normas constitucionais e infraconstitucionais que regem o direito de família. Dentre as principais obrigações atribuídas aos pais, estão o dever de educar, criar, cuidar, amparar, e de modo geral, proporcionar total suporte para que seu filho possa se desenvolver de forma plena e construir sua personalidade de maneira saudável. Atualmente, nos deparamos com uma realidade bem diferente da idealizada, onde os pais deixam de cumprir com seus deveres e dão ensejo para o que denominamos de abandono afetivo. Desta maneira, o objetivo central do presente trabalho é imputar responsabilidade civil ao pai que abandona o filho afetivamente, e neste contexto, oportunizar ao filho o direito de pleitear a devida indenização pelos danos morais decorrentes desta grave negligência do pai. Assim, procura-se, na doutrina e jurisprudência demonstrar a relevante importância da convivência familiar e as dolorosas consequências do abandono afetivo. Comprova, através de entrevistas com profissionais da área da psicologia e da psiquiatria, a existência de graves danos psicológicos decorrentes da ausência de afeto. E por fim, faz uma análise dos julgados referente ao tema.

Palavras-chave: Relação familiar. Dever. Abandono. Afeto. Dano. Responsabilidade civil. Indenização.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate the significant evolution of family law, especially with regard to family power. The Federal Constitution of 1988 revolutionized the principles to bring guided family relationships, confirming that the paradigms that govern these relationships changed and that parents now have a "duty power" in relation to children and should thus respect the constitutional principles of dignity of the human person, of full protection and affection, as well as constitutional and infra-constitutional norms governing family law. The main obligations assigned to the parents, are the duty of educating, creating, caring, finally, bolster to provide full support for your child can develop fully and build your personality in a healthy way. It turns out that in contemporary times, we face a very different idealized, where parents fail to fulfill their duties and give rise to what we call affective abandon reality. Thus, the central aim of this work is to impute liability to the parent who acts with this unlawful conduct to abandon her child emotionally and in this context, opportunity the child the right to claim the moral damage caused due compensation this gross negligence of the father. So, looking through the doctrine and jurisprudence demonstrate the great importance of family and the painful consequences of emotional abandonment. Demonstrates, through interviews with professionals in the field of psychology and psychiatry, the existence De graves psychological damage resulting from the lack of affection. Finally, an analysis of the theme judged related.

Keywords: family relation. Duty. Abandonment. Affection. Damage. Liability. Indemnification.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DA RELAÇÃO DE PODER/DEVER ENTRE PAIS E FILHOS NO DIREITO BRASILEIRO: DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR	12
1.1 Do Pátrio Poder	12
1.2 Do Poder Familiar	19
1.3 Dos Princípios Constitucionais que Regem o Direito de Família	23
1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	23
1.3.2 Princípio da Proteção Especial à Família	23
1.3.3 Princípio da Igualdade Material	23
1.3.4 Princípio da Paternidade Responsável	24
1.3.5 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente	24
1.3.6 Princípio da Afetividade	24
1.3.7 Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares	25
2 DA EVOLUÇÃO E DAS ESPÉCIES DE FAMÍLIA	26
2.1 Da Formação da Família na Antiguidade	26
2.1.1 Babilônia	26
2.1.2 Roma	27
2.1.3 Direito Canônico	28
2.1.4 Brasil	29
2.2 Da formação da Família na atualidade	31
2.2.1 Da família advinda do Casamento	32
2.2.2 Da Família advinda da União Estável	35
2.2.3 Da família Monoparental	39
2.2.4 Da família advinda da relação homoafetiva	41
3 DA FILIAÇÃO	46
3.1 Da filiação e suas implicações	46
3.1 Filiação na Constituição Federal de 1988	49
3.2 Da filiação no Estatuto da Criança e do Adolescente	51
3.3 Filiação no Código Civil de 2002	53

3.4 Filiação na Convenção sobre o Direito das Crianças _____	55
4 DO AFETO: A IMPORTÂNCIA, AS CONSEQUÊNCIAS E AS IMPLICAÇÕES PELA AUSÊNCIA DO AFETO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS _____	59
4.1 Da importância da relação de afeto entre pai e filho _____	59
4.2 Das consequências e das implicações pela falta de afetividade paterna _____	62
5 DO ABANDONO AFETIVO E SUA REPARAÇÃO _____	65
5.1 Da Responsabilidade Civil _____	65
5.2 Do Dano Moral _____	71
5.2.1 Breves antecedentes históricos do dano moral _____	71
5.2.2 Conceito de Dano Moral _____	72
5.2.3 Previsão legal e aceitação do dano moral _____	73
5.3 A Responsabilidade Civil como meio de reparação do dano moral causado pelo abandono afetivo dos Pais em relação a seus filhos _____	76
5.3.1 Da Função da responsabilidade Civil no abandono afetivo _____	86
5.3.2 Da Mensuração do dano moral decorrente do abandono afetivo _____	88
5.3.3 Análise dos julgados existente acerca da responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo de seus filhos _____	91
CONCLUSÃO _____	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS _____	100
LISTA DE PRECEDENTES _____	104

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetivou analisar o cabimento do dano moral nos casos em que o genitor abandona afetivamente o seu filho, deixando de cumprir seus deveres e causando danos irreparáveis.

Desta forma, o estudo iniciou-se levando em consideração as modificações trazidas no âmbito das relações familiares, do direito pré-codificado até a entrada em vigência da Constituição Federal de 1988.

A primeira grande mudança observada, se deu em no tocante do poder dos pais em relação aos seus filhos, que no direito luso-brasileiro até a entrada em vigência da Constituição Federal de 1988 portava-se rígido, patriarcal e hierarquizado, concentrado nas mãos do pai, que detinha o poder em relação aos filhos e inclusive sobre a esposa, que deviam a ele obediência. Com a evolução da sociedade e com a inserção da mulher no mercado de trabalho, a mulher começou a ter espaço no âmbito do poder familiar, contribuindo na criação dos filhos, mas somente após a vigência da Constituição Federal de 1988, que a igualdade de poder foi outorgada à mulher.

Este novo poder familiar trazido pela constituição foi um marco na evolução da instituição familiar, uma vez que ela se preocupou com os direitos fundamentais inerentes ao ser humano, como o direito à dignidade, à proteção integral dos filhos, enfim, trouxe um 'poder-dever' dos pais em relação aos filhos, embasado na solidariedade, no afeto e na comunhão, evoluindo, desta maneira, do pátrio poder ao poder familiar.

Com essa mudança no paradigma do poder familiar trazido pela constituição e orientados pela afetividade, solidariedade e pela igualdade de poder entre o homem e a mulher, a Constituição colocou fim a qualquer distinção feita entre os filhos havidos ou não na constância do casamento, tratando-os de forma equiparada.

Também foi reconhecida constitucionalmente a união estável e a família monoparental, como entidades familiares.

Além das mudanças supramencionadas, a Constituição Federal previu no seu art.5º, X, a possibilidade de indenização de danos morais, toda vez que uma conduta ferir o íntimo da pessoa e por consequência seu direito de personalidade,

sendo este direito tutelado pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Assim, começaram a preocupar-se com as violações do direito de personalidade no âmbito familiar, como no caso do abandono afetivo, que é o tema central deste trabalho.

Desta forma, o presente estudo pretendeu demonstrar, que apesar de não existir nenhuma lei regulamentando o abandono afetivo, ele viola princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, e normas constitucionais (como o art. 227 e o 229 da CF) e infraconstitucionais (como Código Civil e o ECA), uma vez que caberá responsabilização civil pelos danos causados pelo abandono afetivo que serão pleiteados a título de danos morais.

Assim, este trabalho não objetivou dar valor ao afeto ou ao amor, mas sim, responsabilizar o pai pelo descumprimento dos deveres inerentes à sua função, como os de cuidar, de amparar, de criar, de educar, enfim, de auxiliar o seu filho na construção da personalidade e o seu desenvolvimento saudável.

O descumprimento dos deveres acima elencados, geram danos graves e irreparáveis, afetando diretamente a moral e o psicológico do filho, constituindo consequências negativas como por exemplo doenças psicológicas e problemas de comportamento. Assim, o trabalho visou dar suporte ao filho abandonado afetivamente por seu pai, no sentido de possibilitar a tutela jurisdicional necessária para compensar a dor sofrida, coibindo a conduta ilícita do pai e prevenindo que este ato seja repetido tanto pelo pai, quanto pela sociedade.

Este trabalho foi dividido em cinco capítulos, os quais buscaram elucidar de forma coerente e pertinente o controvertido tema.

O primeiro capítulo cuidou de analisar as principais transformações da relação de poder-dever dos pais em relação a sua prole, ou seja, mostrou a evolução do instituto do pátrio poder até o poder familiar.

O segundo capítulo tratou de elucidar a formação da família na antiguidade e na atualidade, elencando os tipos de entidade familiar existente em cada época.

O terceiro capítulo dedicou-se a analisar a filiação e sua previsão na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código Civil de 2002 e na Convenção sobre os direitos das Crianças.

O quarto capítulo tratou da importância do afeto nas relações paterno-filiais e das consequências advindas do abandono afetivo.

E para concluir o trabalho, o quinto capítulo tratou da responsabilidade civil como forma de reparação do dano moral decorrente do abandono afetivo nas relações paterno-filiais, estudando brevemente os antecedentes históricos, os elementos, as funções da responsabilidade civil e do dano moral. Em seguida estudou a aplicação da responsabilidade civil como meio de reparação do dano moral decorrente do abandono afetivo. E por fim, analisou a jurisprudência existente a respeito do tema.

Para elaboração do presente trabalho utilizamos a pesquisa bibliográfica, a pesquisa documental, a pesquisa eletrônica, assim como a pesquisa de campo e a jurisprudencial. Os métodos utilizados foram o dedutivo e o histórico.

1 DA RELAÇÃO DE PODER/DEVER ENTRE PAIS E FILHOS NO DIREITO BRASILEIRO: DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

Primeiramente, faz-se necessário atentar que o presente trabalho não almeja abordar toda modificação do poder familiar dos pais em relação a sua prole desde sua origem até os dias atuais, tomando como ponto de partida a chegada do instituto do pátrio poder no ordenamento brasileiro através do direito Luso-brasileiro e prosseguindo com os aspectos essenciais da tutela jurídica atinente ao tema.

1.1 Do Pátrio Poder

O instituto do pátrio poder chegou ao Brasil por intermédio das Ordenações Filipinas, quando ainda perpetuava no Brasil o direito Luso-brasileiro, direito este que sofreu grande influência do direito romano no tocante ao direito de família. Neste sentido, cumpre ressaltar que as Ordenações Filipinas podem ser consideradas como direito pré-codificado, haja vista que imperou no direito pátrio mesmo após a Proclamação da República, até a edição do primeiro Código Civil brasileiro, em 1916.¹

Nos termos do direito lusófono aplicado às relações jurídicas materiais vigentes no Brasil, o pátrio poder era desempenhado pelo pai que tinha o poder de escolha e controle sobre a vida e a morte de todos aqueles que estavam sob seu poder, como sua esposa, seus filhos, escravos, entre outros.¹ Seguindo esta perspectiva, ressalta-se duas peculiaridades romanas importantes: “Em primeiro lugar, o pátrio poder é tido como prerrogativa exclusiva do varão. Outrossim, tal poder é perpétuo para o pai. Durará enquanto este viver, a não ser que sobrevenha uma das causas específicas da extinção” (NETO, 1994, p.40).

George Long pontua que “o *pater familias* tinha *vitae necisque potestas* - o "poder da vida e da morte" - sobre os seus filhos, a sua esposa (nalguns casos apenas), e os seus escravos, todos os quais estavam *sub manu*, "sobre a sua mão". (LONG, 1875, pp. 873-875)

Neste sentido, é interessante ressaltar que neste período a mãe não desempenhava o pátrio poder em nenhuma hipótese, ocupando o mesmo posto que

seu filho, ou seja, ostentava condição de inferioridade e obediência ao marido, detentor, com exclusividade, do Pátrio Poder. Ressalta-se que apenas com o advento do decreto nº 181, de 24 de Janeiro de 1890, a mulher que se encontrava viúva começa a desempenhar o pátrio poder sobre seus filhos. Assim, com a morte do pai e desde que a mulher viúva não contraísse novo matrimônio, a mãe, a partir do advento do decreto supracitado, poderia exercer livremente e com todas as prerrogativas o pátrio poder. Tal decreto foi um importante marco em relação à independência das mulheres na sociedade, assim como dispõe Denise Comel, pois “veio conceder à viúva o direito de exercer o pátrio poder, desde que não contraísse novas núpcias. Regra de significativa importância e que consistiu num marco da evolução do pátrio poder, por deixar de considerá-lo como prerrogativa exclusivamente masculina, ainda que o jugo do homem somente viesse a ser definitivamente superado quase cem anos depois.” (2003, p. 25).

Com esta prerrogativa conferida à mulher, o direito pátrio se afastou da tradição romana e das fontes portuguesas, segundo dispõe José V. Castelo Branco (1960, p. 42): “O direito Pátrio, como se vê, afastou-se gradativamente da tradição romana e das fontes portuguesas, que não admitiam fosse confiado o Pátrio Poder à mãe, a quem apenas se concedia a prerrogativa de servir de tutora aos filhos menores, se lhes não fossem deixado, em testamento, tutor ou curador.”

Quando se trata do pátrio poder em relação aos filhos é importante ressaltar que apenas os filhos tidos como legítimos e os legitimados eram alcançados pelo direito civil pátrio. Filho legítimo é gerado na constância do casamento, e filho legitimado é aquele gerado antes do casamento e que logo após o nascimento da criança, era legitimado pelo casamento com a mãe.

São excluídos do pátrio poder os filhos denominados ilegítimos, sejam eles naturais ou espúrios. Neste aspecto, o direito civil brasileiro da época dispunha que os filhos ilegítimos eram divididos em dois grupos: os naturais e os espúrios. Os filhos ilegítimos naturais provêm da relação entre homem e mulher que podem contrair matrimônio, não tendo para tanto nenhum impedimento, e os filhos ilegítimos espúrios quando possuem impedimentos para o matrimônio. Os espúrios, por sua vez, se subdividem em filhos contraídos por uma relação adúltera ou incestuosa; os filhos adúlteros advêm de uma concepção entre homem e mulher onde um dos dois ou os dois já são casados; os incestuosos advêm da concepção

entre homem e mulher da mesma família, ou seja, que tenha um grau de parentesco.

Observa-se ainda que, neste período, a maioria iniciava-se com 25 anos, o que não era, contudo, suficiente para extinção do pátrio poder sobre o filho, haja vista que se o filho permanecesse dependente do pai continuava sujeito ao pátrio poder. Em 31 de Outubro de 1831, a maioria foi reduzida para 21 anos, e trouxe a prerrogativa de emancipar os filhos para todos os propósitos.

Os deveres do pai sobre os filhos, àquela época, segundo Castelo Branco Rocha (1960, p. 39) competia em:

- a) educá-los e dar-lhes profissão, de acordo com sua condição e posses;
- b) castigá-los moderadamente, e, se incorrigíveis, entregá-los aos magistrados de polícia para os fazer recolher à cadeia por tempo razoável, obrigando-se a sustentá-los;
- c) repeti-los de quem lh'os subtraísse e proceder contra os que os pervertessem ou concorressem para isso;
- d) exigir e aproveitar seus serviços, sem obrigação de soldada ou salário, salvo se lh'os prometeu;
- e) nomear-lhes tutor testamentário e designar as pessoas, que hão de compor o Conselho de Família;
- f) substituí-los pupilarmente;
- g) defendê-los em juízo ou fora dele;
- h) contratar em nome do filho impúbere, quando do contrato puder vir proveito, e intervir com sua autoridade nos contratos do filho impúbere.

A extinção do Pátrio Poder no direito Luso-brasileiro, segundo ainda José V. Castelo Branco Rocha (1960, pp. 40-41), se dava da seguinte maneira:

- a) pela morte do pai ou do filho;
- b) pelo banimento;
- c) pelo casamento do filho;
- d) pela carta de emancipação do filho, passada por juiz de órfãos, em virtude de escritura de demissão do Pátrio Poder, voluntariamente concedida pelo Pai em favor do filho, quer fosse maior, quer menor;
- e) pelo exercício de cargos Públicos, se o filho fosse maior de 21 anos;
- f) pela colação de grau acadêmico;
- g) pela entrada do pai, ou do filho, em religião aprovada;
- h) por ato do pai que abandonasse os filhos, ou tratasse com crueldade ou induzisse a maus costumes;
- i) pela investidura de ordens sacras maiores;
- j) se o pai aceitasse legado ou herança com a condição de emancipar o filho;
- k) quando o pai expusesse o filho, que passaria a ser criado por outrem;
- l) por sentença passada em julgado, nos casos em que o pai é compelido a emancipar o filho.

O Pátrio Poder vigente no Brasil em pleno século XIX mostrava-se inadequado. Com isso, a evolução natural da sociedade ocasionou mudanças nas relações familiares e sociais, tendo em vista que o arcaico sistema das Ordenações já não mais satisfazia as necessidades da época. Assim, surgiu o Código Civil de 1916, conduzido pela brilhante visão de Clóvis Beviláqua (1928, p. 540), que asseverava: “O Pátrio Poder, segundo o que organiza o nosso Código Civil, não é um poder discricionário, a que se não oponham os imperativos da moral, as exigências da vida social orientadas pelos ideais da civilização, e os conselhos da higiene, que a sociedade moderna erige em normas obrigatórias do proceder”; completando logo em seguida: “ O Pátrio Poder há de exercer-se dentro das normas éticas, e no interesse da moral do filho”. O Pátrio Poder veio elencado no artigo 384, no Código Civil de 1916, *in verbis*:

Art. 384 - Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I- dirigir-lhes a criação e educação;
II- tê-los em sua companhia e guarda;
III- conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV- nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercitar o pátrio poder;
V- representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI- reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e
VII- exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O dispositivo acima elencado deixou evidente que as ideias da sociedade haviam mudado. Assim, os doutrinadores perceberam que deveriam modificar o conceito de pátrio poder, transformando-o em conjunto de deveres que o pai deveria exercer em favor do filho com fundamento na ideia de proteção ao filho. Diante disto, nos deparamos com o surgimento da valorização da relação social paterno-filial, o que caracterizou um marco na evolução das relações familiares porque inverteu a relação de cuidado de perigo existente entre o pai e a prole.

Mostra-se pertinente tecer alguns comentários acerca das principais mudanças trazidas pelo artigo 384, e seus incisos, do C.C. de 1916.

Em relação ao inciso I, ressalta-se a responsabilidade de ambos, pai e mãe, no exercício do poder de educar e criar. Assim, o dispositivo nos traz: compete aos “pais” e não apenas ao “pai”. Vale enfatizar que a educação descrita no inciso I,

deve ser compreendida em sentido amplo, compreendendo a educação intelectual, moral e social da criança.

Ratificando a ideia acima elencada, Castelo Branco Rocha dispõe: “No dever de educar, que a lei impõe ao pai ou tutor, estão compreendidos: a) a fiscalização da conduta; b) o direito de admitir ou proibir, de acordo com a conveniência do filho as amizades ou companhias acaso preferidas por ele; c) a orientação religiosa; d) a instrução, inclusive a escolha dos mestres e colégios; e) a persuasão decorrente do bom exemplo; f) a eleição do ofício socialmente útil.” (1960, p. 137).

Apesar do poder dos pais perante seus filhos, no que tange a educação, ser compartilhada, o pátrio poder em 1916 ainda era exercido pelo homem, uma vez que as mulheres eram consideradas submissas aos maridos. Isso fica evidente pelo que dispõe o art. 380, do C.C de 1916:

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.
Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

Prosseguindo com a leitura do art. 384, o inciso II refere-se ao dever dos pais de companhia e guarda de seus filhos. Assim podemos entender que o poder de guarda e da companhia dos pais pressupõe cuidado, amparo, proteção, de modo que, para ter a guarda, os pais têm que dar assistência e fiscalizar os atos de seus filhos. Conforme Castelo Branco Rocha nos dispõe “a guarda tem por finalidade: a) proteger a inexperiência do filho; b) acautelar a sua pessoa e vida contra eventuais perigos; c) premuni-lo de más influências; d) impedir que o filho cause danos a outrem”. (1960, p. 140).

Neste sentido, é importante realçar que para exercer o pátrio poder não se fazia necessário ter a guarda, pois esta poderia, excepcionalmente, ser delegada a outra pessoa, enquanto o pátrio poder continuaria como prerrogativa do pai. Ressalta-se também que houve uma grande mudança no que diz respeito a filiação que se submete ao pátrio poder, uma vez que, enquanto no período luso-brasileiro apenas os filhos legítimos e legitimados eram submetidos ao pátrio poder, com o

advento do C.C. de 1916, os filhos que eram legalmente reconhecidos e os filhos adotivos foram inseridos no rol, como podemos observar o que dispõe:

Art.379- Os filhos legítimos, ou legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

Os filhos não reconhecidos ficavam sob o poder familiar da mãe.

O pátrio poder é um instituto de ordem pública, por isto o estado tem o encargo de fiscalizar e conter os atos e abusos dos pais em relação a seus filhos.

Nesse sentido, Castelo Branco Rocha:

O pátrio poder tem vinculações com a ordem social, porque o Estado não pode ser indiferente a sorte daqueles que ainda não atingiram o desenvolvimento e a maturidade de espírito, que lhes permitam cuidar, por si mesmos, de suas pessoas e bens. É um instituto de proteção aos que, por sua pouca idade e inexperiência, reclamam a assistência de um órgão tutelar. [...] Daí, a legitimidade da interferência do poder público na tutela das relações familiares, ressalvadas, porém, a liberdade e a iniciativa individuais. A autoridade do Estado não pode substituir a autoridade do chefe de família, mas esta é supervisionada pelo poder público. (1960, p. 48).

Promulgado o Código Civil de 1916, a realidade do pátrio poder foi mudada, pois os direitos dos pais sobre seus filhos passaram a ser acompanhado de deveres, observando sempre, em primeiro lugar, a proteção aos filhos. Após esta ideia trazida pelo C.C. de 1916, a Constituição Federal de 1937 reservou um capítulo exclusivo para tratar da família, enfatizando a fiscalização e a proteção do estado sobre esta entidade. A Constituição de 1937 enfatizou que a educação é dever primordial dos pais e de significativo interesse do estado, que garante dar suporte para colaborar com o desenvolvimento da criança e do adolescente, com base no art. 127, da CF de 1937:

Art.127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

A preocupação do estado com a instituição familiar veio crescendo conforme a evolução da sociedade de modo a refletir no ordenamento jurídico pátrio. A Constituição Federal de 1946 também preocupou-se com a família, como podemos observar nos artigos 163 e 164 a seguir expostos:

Art.163- A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§ 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Art.164- É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.

A partir da década de 50, especialmente na década de 70, houve uma visível modificação nas relações familiares, uma vez que o instituto do pátrio poder já não estava condizendo com as necessidades da época, pois o pátrio poder enfatiza um sistema familiar muito rígido, devendo, desta forma, ser superado por um sistema familiar que deixe de ser concentrado, hierarquizado, patriarcal, matrimonializado e passe para um sistema em que o poder familiar é exercido de forma compartilhada, horizontal, de forma igual entre o pai e a mãe, passando a valorizar a solidariedade e o afeto.

Mesmo observando os anseios de mudança no sistema familiar, a Constituição Federal de 1967 e a Constituição Federal de 1969 suspenderam direitos dos cidadãos e os direitos da família, em razão do regime militar.

Porém, com a chegada do movimento “Diretas Já”, a democracia voltou a imperar no país e houve, assim, a necessidade de uma redemocratização, reformando suas instituições e oportunizando uma nova ordem constitucional, ou seja, a promulgação de uma nova Constituição Federal que atendesse às necessidades e aos anseios dos cidadãos e da família brasileira.

José Sebastião Oliveira ratifica da seguinte maneira: “diante das marcantes mudanças ocorridas na sociedade, como a inserção das mulheres no mercado de trabalho, o expressivo aumento do número de casamento, entre outros fatores que modificam a realidade da sociedade, requer-se uma adaptação do estado através de novas normas” (2002, p. 77).

Neste sentido, é promulgada a Constituição Federal de 1988, que colocou o Código Civil de 1916 em posição secundária, de forma residual, em relação ao direito de família, tendo por fundamento a chegada dos princípios fundamentais e constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade material entre homem e mulher e também da chegada do princípio da proteção integral da criança e do adolescente posteriormente trazido pelo ECA (Lei n. 8.069/90). A respeito do instituto do pátrio poder, a Constituição Federal de 1988 e o ECA, modificaram de forma significativa seu teor, embora a nomenclatura tenha sido mantida, substituída apenas com o advento do Código Civil de 2002.

1.2 Do Poder Familiar

A mudança substancial ocorrida no instituto familiar, chegou ao direito pátrio com a promulgação da Constituição Federal de 1988, Denise Comel (2003, p. 39-40) explica que:

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em cinco de outubro de 1988, atendendo ao que já vinha sendo preconizado pela doutrina, causou uma revolução no Direito de Família de tal envergadura que bastaram três de seus artigos, quais sejam, o art. 5º, inc. I, o art. 226 nos §§ 3º, 4º, 5º e 6º, e o art. 227, nos dois últimos parágrafos, para fazer com que mais de cem dispositivos do Código Civil de 1916 e de outras leis esparsas deixassem de ser recepcionadas.

Com base no disposto acima, houve um enorme conflito na doutrina sobre a questão da recepção ou não dos dispositivos do Código Civil de 1916, e a doutrina majoritária posicionou-se em favor da não recepção, em relação àqueles dispositivos que não deixavam homem e mulher em condição de igualdade. Os dispositivos que eram compatíveis com a Constituição Federal continuaram a produzir efeitos jurídicos, em razão de sua recepção pelo texto constitucional.

No que diz respeito ao pátrio poder, os doutrinadores verificaram uma lacuna na lei, assim como dispõe Denise Comel: "A rigor, então, se estava diante de uma lacuna na lei, uma vez que não havia legislação civil dispondo a respeito de como deveria ser exercido o pátrio poder em igualdade de condições pelo homem e pela mulher. (2003, p. 45).

Ao observar o novo caráter das relações familiares percebemos que o conceito de pátrio poder foi superado, uma vez que o que dispunha este instituto, com toda sua rigidez e patriarcalismo, não condizia com a realidade trazida pela Constituição Federal de 1988. Assim, trataremos deste instituto como poder familiar, uma vez sustentado pela igualdade material entre homem e mulher.

Passados dois anos desde a entrada em vigência da Constituição Federal de 1988, finalmente a lacuna foi preenchida por meio da promulgação da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e assim foi disciplinado o instituto do poder familiar, ainda, sob nomenclatura de pátrio poder. Também deve ser observado, neste contexto, a chegada do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, trazida pelo ECA em seu artigo 4º, com base e fundamento no art. 227 da CF/88, que oferece suporte ao princípio da proteção integral. Podemos observar que o estado juntamente com a família assumiu responsabilidades para assegurar os direitos fundamentais às crianças e aos adolescentes.

O art. 21 do ECA deixa claro a igualdade de condições e posições ocupadas e exercidas pelo pai e pela mãe, esclarecendo todas as questões que circundavam este tema:

Art. 21. O pátrio poder (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 divergência.

Embora o ECA tenha esclarecido a omissão deixada pela CF/88 em relação ao pátrio poder (poder familiar), apenas com a promulgação do Código Civil de 2002 estas lacunas foram superadas. Uma das mudanças observadas com o advento do C.C. de 2002, foi a esperada mudança da nomenclatura do instituto 'pátrio poder' para o que agora denominamos 'poder familiar', uma vez que a filosofia pregada pelo instituto do pátrio poder não era condizente com a realidade social vivida. A nomenclatura é, contudo, ainda hoje objeto de divergências doutrinárias, uma vez que alguns entendem que o mais apropriado seria "poder parental", enquanto outros defendem a utilização de "autoridade parental".

Ainda que o Código Civil de 2002 tenha aproveitado grande parte do dispositivo elencado no Código Civil de 1916, no que diz respeito ao instituto do

pátrio poder, adaptando-o a realidade, isto não é suficiente para afirmar que o instituto familiar é o mesmo, como evidencia Denise Damo Comel (2003, p. 54):

Assim, o que se tem é que o código Civil evoluiu da denominação *pátrio poder* para *poder familiar*, sendo certo que não criou uma nova figura jurídica, mas sim o fez compatibilizar a tradicional e secular existente aos novos conceitos jurídicos e valores sociais, em especial para que não evidenciasse qualquer discriminação entre os filhos a ele sujeitos, também entre o casal de pais com relação ao encargo de criar e educar os filhos, destacando o caráter instrumental da função.

Em relação ao conceito de poder familiar, tendo em vista que o C.C. de 2002 não o conceituou, este foi objetivamente definido pelos doutrinadores, como podemos observar no que dispõe Maria Helena Diniz (2002, p. 439): “O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho”.

Nesta perspectiva, podemos afirmar que o poder familiar é a responsabilidade que os pais têm sobre os filhos de assegurar-lhes os direitos familiares fundamentais devidamente dispostos nos artigos 227 e 229 da CF/88, que nada mais elencam que a criação e a educação de seus filhos, em igualdade de posições entre o pai e a mãe, visando sempre o melhor interesse do filho.

Ressalta-se que dentro do instituto poder familiar, cabe ao filho o dever de obedecer e respeitar seus pais, possibilitando, neste sentido, as condições necessárias para que os pais realizem seus deveres acima elencados, quais sejam: o de criação, o de educação e o da assistência a seus filhos. Em relação às características do poder familiar, ressalta-se sua irrenunciabilidade, intransmissibilidade e imprescritibilidade, como bem relata Denise Damo Comel:

O poder familiar é irrenunciável porque se trata de poder instrumental de evidente interesse público e social, de exercício obrigatório e de interesse alheio ao titular. Não se reconhece aos pais o direito de abrir mão do poder familiar segundo conveniências ou em proveito próprio. (...) é intransmissível pois somente pode ser atribuído aos que ostentam a qualidade de pai e de mãe - daí o caráter personalíssimo - não se admitindo sua outorga ou transferência a terceiros, seja a que título que for. Trata-se de uma qualidade ínsita à condição de pai, da qual não se pode apartar por trata-se de um interesse transubjetivo (...) Imprescritível, então, o poder familiar, não se extinguindo com o não-exercício. (COMEL, 2003, pp. 75-76)

É necessário sobrelevar que caso os pais não exerçam de forma adequada o poder familiar, cabe sanção penal, administrativa e civil. A responsabilização administrativa se dá conforme disposto nos art. 249 e 24, do ECA:

Art.249- Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder (poder familiar) ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar.

Pena: multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Art.24- A perda e a suspensão do pátrio poder (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.

Podemos encontrar a responsabilização penal pelos crimes de perigo dispostos nos artigos 244 e 247 do CP, que descrevem o abandono material, o abandono intelectual, e o abandono moral, não havendo a necessidade de ocorrer dano para que haja a efetiva responsabilização dos pais, cabendo, neste contexto, o que aduz PENTEADO (1998, p. 60), em relação ao abandono material "diz respeito ao apoio material, sem o que, evidentemente, ela [sua família] não pode permanecer ou subsistir".

No que diz respeito ao abandono intelectual, podemos afirmar que os pais deixaram de prover instrução a seus filhos, deixando de ampará-lo no sentido de lhes promover o ensino, o que resulta na tipificação. Por fim, o abandono moral tutela a construção do caráter do menor, ou seja, quando seus pais não lhes proporcionam condições propícias de afeto para contribuir na construção moral do menor.

Afora as reponsabilidades administrativas e penal, existe ainda uma discussão que diz respeito à responsabilização civil, quando há o abandono afetivo do(s) pai(s), hipótese em que os pais não dão carinho, cuidado, devendo o(s) pai(s) ser responsabilizados quando ocorre este e todos os outros tipos de abandonos supracitados.

1.3 Dos Princípios Constitucionais que Regem o Direito de Família

Trataremos de forma sucinta, a aplicação dos princípios constitucionais nas relações familiares.

1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

No âmbito familiar este princípio propõe-se no sentido de originar o respeito e a igualdade entre seus membros, proporcionando uma convivência digna e possibilitando, assim, o desenvolvimento saudável da personalidade daqueles que integram a família.

1.3.2 Princípio da Proteção Especial à Família

Este princípio encontra-se amparado no art. 226, caput, da CF/88, que dispõe que todos os esforços serão tomados e facilitados para manter e zelar pela instituição familiar. Este princípio traz na sua essência a preocupação do Estado de proteger o instituto familiar.

1.3.3 Princípio da Igualdade Material

Este princípio encontra-se no art. 5º, I, da CF/88 e representa o grande marco da história do direito familiar, uma vez que trouxe a igualdade material entre homens e mulheres nas relações familiares, sejam elas matrimoniais ou convencionais, e também igualdade entre os filhos concebidos ou não na constância do casamento, respeitando sempre as diferenças naturais e culturais que existem entre as pessoas, podendo os pais tomarem medidas diferentes para cada filho, respeitando sempre sua particularidade.

1.3.4 Princípio da Paternidade Responsável

Este princípio limita-se ao disposto no art. 226, § 7º, da CF, dispondo que os pais tem que saber das responsabilidades advindas da paternidade e da maternidade e quando optam por terem filhos tem que conseqüentemente assumir estas responsabilidades, assegurando à criança o bem-estar e todos os direitos de uma infância saudável.

1.3.5 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O presente princípio encontra-se fundado no art. 227 da CF/88, surgindo no decorrer do planejamento familiar, mostrando a importância de se ter um filho, uma vez que não se trata de um objeto e sim de um sujeito de direitos, merecedor de todas as tutelas garantidas pela Constituição Federal. Este princípio encontra respaldo no art. 3º do ECA.

1.3.6 Princípio da Afetividade

Tal princípio é considerado princípio constitucional implícito, uma vez que pode ser extraído da interpretação sistemática e teleológica dos artigos 226, §§ 3º e 6º, e 227, caput, e § 1º da CF/88, nos trazendo como pressuposto para uma relação de convivência a afetividade, ou seja, o elemento anímico da *affectio* nas relações familiares, onde só se manterá a entidade familiar enquanto existir o afeto entre seus membros, sendo este sentimento fundamental na formação do caráter do indivíduo.

1.3.7 Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares

Previsto no art. 226, §§1º, 3º e 4º, da CF, este princípio reafirma o princípio geral do pluralismo democrático, no sentido de tutelar outras espécies de entidade familiar e não somente àquelas advindas do casamento, deixando, assim, a critério de cada pessoa, exercer seu poder de escolha no momento de constituir sua família.

2 DA EVOLUÇÃO E DAS ESPÉCIES DE FAMÍLIA

Desde os primórdios da humanidade o homem sempre teve necessidade de viver em comunidade, uma vez que o ser humano apresenta dificuldade de viver de forma isolada, sendo de essencial importância para sua sobrevivência, para a continuidade de sua espécie e para a sua formação psicossocial, a interação intersubjetiva e o compartilhamento da vida e das coisas. A entidade “Família” antecedeu ao Estado, a Igreja, e os Códigos, sendo de relevante influência para a formação destes, uma vez que é através da mudança nas relações familiares que ocorrem as maiores transformações da sociedade e uma evidente evolução da cultura.

2.1 Da Formação da Família na Antiguidade

2.1.1 Babilônia

Em aproximadamente 1700 a.C., com o advento do Código de Hammurabi na Babilônia, as famílias eram formadas através de um contrato de casamento monogâmico, realizado em razão de um acordo feito entre o futuro marido ou seus pais e os pais da futura esposa. Assim, confirma Azevedo, (2002, p.30):

Bem comprovava a existência desse contrato privado o Código de Hamurabi, em seu §128, nestes termos: Se um homem tomou sua esposa e não redigiu seu contrato, essa mulher não é sua esposa.

Nesta época era possível o casamento entre diferentes estratos sociais e o código também trazia a regulamentação sobre a herança dos filhos nascidos deste casamento.

O divórcio também era admitido sempre que o marido “reprovasse” sua esposa, nos casos em que ela não cumpria com seus deveres de esposa e os

deveres da casa. A mulher, quando possuísse conduta ilibada, também poderia abdicar de seu casamento.

O adultério era proibido e o Código decretava pena de morte ao adúltero, exceto nos casos de perdão. Assim como podemos observar a cláusula de número 129º do Código de Hammurabi:

129º - Se a esposa de alguém é encontrada em contato sexual com um outro, se deverá amarrá-los e lançá-los nágua, salvo se o marido perdoar à sua mulher e o rei a seu escravo.

Admitia-se o concubinato, que não era, contudo, considerado legítimo, assim não era provido de prerrogativas simétricas às conferidas ao casamento.

2.1.2 Roma

Em Roma, a Família era uma entidade que se organizava em torno do *Pater Famílias*, onde imperava o autoritarismo e a supressão de direitos da esposa e dos filhos. Ao se tratar do direito romano, veremos que o termo “família” poderia ser empregado tanto em relação às coisas, quando se referia ao patrimônio familiar, como em relação às pessoas, quando queria se referir ao parentesco, ou seja, independente da relação, todos estavam sob o poder de um *Pater Famílias*.

No direito romano existiam duas espécies de casamento: O *cum manu*, que era o casamento onde a mulher deixava a submissão ao poder de seu *Pater Famílias* e passava para o poder do *Pater Famílias* de seu marido; e o *sine manu* que representava o casamento o qual a esposa continua sob poder de seu próprio *Pater Famílias*, conservando seu direito sucessório. Como bem pontua, AZEVEDO (2002, p. 44):

O casamento civil romano, conhecido como *matrimonium iustum* ou *iustae nuptiae*, podia implicar ou não a submissão da mulher à autoridade do *pater familias* da casa de seu marido, ou deste, se fosse *pater*, conforme se fizesse ou não acompanhar da *conventio in manum*.

O casamento era um ato de comum acordo, de contínua convivência e da *affectio*, sentimento de afeto entre os cônjuges, como dispõe AZEVEDO (2002, p.

40): “Desse modo, o casamento romano exteriorizava-se, à vista dos parentes, dos amigos e da sociedade, como verdadeiro fato, do conhecimento público e com a durabilidade convivencial dos esposos, animada pela recíproca afeição de serem marido e mulher.”

O direito romano previa o divórcio, desde que não mais houvesse a continuidade da *affectio*, ou seja, o amor entre os cônjuges. A princípio, só podia ocorrer pela vontade do marido, com o passar dos anos e com a evolução da sociedade essa possibilidade se estendeu às mulheres.

2.1.3 Direito Canônico

O direito canônico, na Idade Média, teve considerável importância no que diz respeito à sociedade, contribuindo diretamente na formação familiar, tendo em vista o domínio da Igreja Católica neste período.

Diante da decadência do poder real, houve uma transferência do poder para as mãos do chefe da Igreja, sendo atribuído a ele competência para julgar assuntos atinentes ao casamento, divórcio, filhos, entre outros.

O casamento que antes era realizado através de um contrato, neste momento é tido como sacramento, se tornando, assim, indissolúvel, uma vez que acreditava-se que os homens não poderiam dissolver a união realizada por Deus, como bem pontua Azevedo (2002, p.56-57):

De ver-se, entretanto, que, consistindo o casamento canônico, como visto, em um acordo de vontade, uma vez contraído, permanecerá para toda a vida, explicando José Maldonado que, por essa razão, o casamento cristão se apresenta sob um ‘conceito jurídico novo em relação ao matrimônio romano anterior’. Isso porque este “era simplesmente o reconhecimento pelo Direito de um estado de fato integrado pela vida em comum de um homem e de uma mulher com uma certa ‘*maritalis affectio*’, resultando daí ser tão facilmente constituível e dissolúvel. Em contrapartida, aduz, ‘os cônjuges cristãos continuam como tais, mesmo que estejam separados’.

Vale enfatizar, que o direito canônico objetivou combater os casamentos clandestinos, forçando, de certa forma, o sacramento do matrimônio, assim como destaca Azevedo (2002, p.57):

Contudo, embora válidos, registra Antonio Boggiano Pico que a Igreja combateu, desde os primórdios, esses casamentos clandestinos, citando, em favor de seus argumentos, muitos textos antigos.

Devemos, por fim, ressaltar, que o direito canônico influencia e reflete seus conceitos básicos até a atualidade, como veremos adiante.

2.1.4 Brasil

Quando os portugueses chegaram no Brasil em 22 de abril de 1500, vigorava em Portugal o direito canônico, onde o casamento era realizado sob os moldes da Igreja Católica sendo considerado um sacramento.

O casamento religioso foi incorporado no Brasil pelo Bispado de São Salvador da Bahia, em 28 de janeiro, de 1550, tendo como legado o sacramento do matrimônio. Quem descumprisse esta regra estava sujeito a excomunhão, como ressalta Azevedo (2002, p. 122):

O casamento foi considerado exclusivamente como um sacramento, sendo aplicada a pena de excomunhão a quem tal negasse. Esse cânone foi adotado em Portugal, pelo decreto de 12 de Novembro de 1564 e pela Lei de 8 de Abril de 1569 e, no Brasil, pelo Bispado da Bahia, criado em 28 de janeiro de 1550. Com isso, o casamento religioso penetrou nas instituições brasileiras desde os primeiros tempos de sua existência.

Em 7 de Setembro de 1822, o Brasil proclamou a emancipação política de seu território, o que não afastou o postulado lusitano, uma vez que foi escolhido para viger no Brasil as Ordenações Filipinas, através da Lei Imperial de 20 de Outubro de 1823, mantendo fortemente os dogmas do direito canônico no que diz respeito ao casamento e, logo depois, oficializou em sua Constituição Imperial, de 25 de março de 1824, a religião católica como religião do império.

A lei de 11 de Setembro de 1861, que foi regulamentada pelo decreto de 17 de abril de 1863, trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a validação do casamento entre pessoas adeptas ao cristianismo porém, não necessariamente católicas, podendo, essas pessoas, unir-se conforme os ditames da sua religião e não conforme as regras da igreja católica, como bem destaca Lafayette Rodrigues Pereira (1889, p. 17):

No estado atual de Direito Civil brasileiro, só são recebidas, como válidas e capazes de efeitos civis, as três seguintes formas de casamento: 1ª) o casamento católico, celebrado conforme o concílio Tridentino e a constituição do acerbispado da Bahia; 2ª) o casamento misto, isto é, entre católicos e pessoa que professa religião dissidente, contraído segundo as formalidades do Direito Canônico; 3ª) finalmente, o casamento entre pessoas pertencentes às seitas dissidentes, celebrado em harmonia com as prescrições das religiões respectivas.

Neste período, o casamento se dava somente mediante cerimônia religiosa, mas com a mudança trazida pela nova lei, a aptidão para regulamentar e julgar a validade deste “novo” casamento passou a ser de competência da autoridade civil e não da igreja católica, ainda LAFAYETTE (1899, p. 18):

Prevalece, pois, entre nós, doutrina que atribui à religião exclusiva competência para regular as condições e a forma do casamento e para julgar da validade do ato. Todavia, a recente lei, acerca do casamento entre membros das seitas dissidentes, consagrou uma inovação que cumpre assinalar: passou para a autoridade civil a faculdade de dispensar os impedimentos e a de julgar da nulidade desta forma de casamento.

Esta obrigatoriedade da formação da família, exclusivamente, através do casamento religioso, perdurou até o final do século XIX.

Em 1916, foi elaborado, por Clóvis Beviláqua, o primeiro Código Civil brasileiro, que admitiu o casamento civil como único meio de formação familiar, apesar de já existente, neste período, o reconhecimento da união estável por parte da doutrina e da jurisprudência.

A Constituição Federal de 1934 preocupou-se com a indissolubilidade do casamento, eximindo desta condição apenas nos casos de desquite ou anulação do casamento. Vale ressaltar que referida Constituição foi um marco no cenário feminino, uma vez que foi reconhecido o direito da mulher de votar. Já a Constituição Federal de 1937, trouxe ao ordenamento pátrio um direito de filiação em que os filhos legítimos (aqueles havidos na constância do casamento) e os filhos naturais (aqueles havidos fora do casamento) passaram a ter os mesmos direitos e deveres de filho.

Em 1977, em plena ditadura, foi sancionada a lei do divórcio, permitindo aos casais que estivessem insatisfeitos com seu casamento, a requisição

perante o juiz do divórcio. Esta lei mudou os paradigmas daquilo que anteriormente era indissolúvel, e teve um reflexo significativo na sociedade ao conferir uma conotação social de maior naturalidade ao desfazimento do matrimônio

Por fim, a Constituição Federal de 1988 inovou ao admitir a existência de novas espécies de família, especialmente quando elencou de forma expressa a união estável e a família monoparental como entidades familiares.

2.2 Da formação da Família na atualidade

As transformações ocorridas na sociedade refletem diretamente nas mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988, principalmente no que diz respeito às entidades familiares e à formação da família na atualidade, trazendo para o âmbito constitucional outros tipos de convivência entre pessoas, apoiados muito mais numa relação afetiva, de carinho, de cuidado e de educação, do que somente oriunda do casamento.

É importante ressaltar que, além das entidades elencadas na Constituição Federal de 1988, existem outros tipos de entidades familiares, que de uma forma implícita ao rol exemplificativo pontuado nos parágrafos do art. 226 da CF/88, coexistem, flexibilizando, portanto, o conceito de família, tendo como fator determinante o afeto e não a genética.

As entidades familiares admitidas pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 226 e parágrafos são: o casamento, a união estável e a comunidade formada por um dos pais e seus descendentes, que hoje recebe a denominação de família monoparental:

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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. (Regulamento)

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

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

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 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. Regulamento

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Além das entidades familiares supracitadas, também encontramos a família homoafetiva, que é aquela formada por duas pessoas do mesmo sexo e que, ainda, não é regulamentada pelas leis pátria, sendo aplicada até o momento regulamentação análoga à união estável.

2.2.1 Da família Advinda do Casamento

A família advinda do casamento é a forma tradicional e popular de constituir família e, apesar de parecer arcaica, por ser a primeira entidade familiar oficial que se conhece no mundo, o casamento ainda é a forma mais e utilizada pela humanidade quando decidem constituir família.

Quando nos deparamos com o dispositivo constitucional que se refere às entidades familiares (o art. 226 e seus parágrafos), veremos que o legislador constituinte preservou o casamento como modelo ideal de relação familiar, induzindo, de certa forma, a escolha deste instituto, inclusive, em relação a união estável, quando expressamente facilita sua conversão em casamento, como bem destacado no art. 226, § 3º, que diz:

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.

Ao tratar do casamento no Brasil, veremos que ele se realiza através da cerimônia civil e/ou através da cerimônia religiosa, ficando a critério do casal optar pela forma que achar adequada, inclusive pelas duas cerimônias. Ambos, o

casamento religioso e o casamento civil, são protegidos constitucionalmente, e ao analisarmos o dispositivo Constitucional veremos que o legislador tratou os dois de forma equiparada, como podemos notar:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.
§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

O casamento civil entrou em vigor no Brasil em 24 de janeiro de 1890, através da promulgação feita por Marechal Deodoro da Fonseca, do decreto nº 181. A partir desta data, o casamento tornou-se um contrato bilateral e solene, pactuado entre as partes interessadas, sendo elas, marido e mulher, com a finalidade de constituir família, mediante comunhão de vida e, se optarem, mediante comunhão de bens, devendo observar as regras do regime de bens.

Antes da realização da cerimônia civil, deverão ser analisados, pelo cartorário responsável, alguns requisitos e formalidades necessárias ao casamento, são eles: 1) pedido de habilitação, sendo este um processo de análise, o qual os noivos, deverão comprovar que estão livres e desimpedidos para casar-se, evitando, assim, casamentos nulos ou anuláveis; 2) deverão apresentar certidão de nascimento e R.G. ; 3) quando um dos noivos possuir acima de 60 anos o regime de bens será o de separação total de bens; 4) no caso de casamento de um menor de idade, deverá colher de seus representantes legais, a autorização por escrito, vale ressaltar, que a concordância por parte de seus pais é realizada por ambos e nos casos de discórdia, o juiz resolve; 4) as partes declararão o estado civil atual; em se tratando de divorciado, deverá apresentar a certidão do casamento realizado anteriormente, com competente averbação do divórcio; já nos casos de viuvez deverão ser apresentados a certidão de casamento juntamente com a certidão de óbito do cônjuge falecido.

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.

O código Civil de 2002, nos trouxe as formas de dissolução do casamento em seu art. 1571, e elenca:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:
I - pela morte de um dos cônjuges;
II – pela nulidade ou anulação do casamento;
III - pela separação judicial;
IV - pelo divórcio.

Ao tratar da separação judicial, veremos que ela representa a separação de corpos e de bens, mas não representa o fim do vínculo matrimonial, ou seja, a separação ocorre quando há violações dos deveres impostos pelo casamento, tornando a vida comum insustentável, o que leva um dos cônjuges (separação judicial litigiosa) ou ambos (separação judicial consensual) requisitarem perante o juiz, a separação judicial, para que possam refletir se é conveniente manter o matrimônio.

O legislador estabeleceu o procedimento nos artigos 1572 e 1573 do CC: 1) poderá promover ação judicial após 1 ano, qualquer um dos cônjuges, quando ocorrer uma violação dos deveres do casamento, tornando a vida em comum insustentável, conforme art.1572, § 1º, do CC; 2) após 2 anos, quando um dos cônjuges estiver acometido de doença mental grave incurável, manifestada após o casamento, art.1572,§ 2º do CC, 3) poderá a qualquer momento requerer a separação, quando houver por parte de um dos cônjuges o adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal durante um ano contínuo, condenação por crime infamante, conduta desonrosa, dentre outros fatos, que o juiz entender impossível a convivência conjugal, segundo art. 1573 e seu parágrafo único, do CC.

Se, após o pedido de separação, o cônjuge optar por desfazer o vínculo matrimonial, poderá requerer, perante o juiz, a convolação da separação judicial em divórcio, respeitando o que impõe o art. 1580 do CC:

Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

O divórcio é a decisão judicial que promove, definitivamente, o encerramento do vínculo matrimonial, ou seja, que decreta o fim do casamento, de modo que ficam os antigos cônjuges livres e desimpedidos para contrair, se desejarem, novo matrimônio.

Convêm enfatizar que o divórcio não desobriga os pais de seus deveres e suas responsabilidades perante seus filhos, e também não desobriga os filhos de seus deveres e responsabilidades para com seus pais, como bem ressalta o art.1579 do CC:

Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.

Por fim, nosso ordenamento jurídico também consagra o casamento religioso, que é uma celebração religiosa, conforme os dogmas de uma determinada religião, que estabelece vínculo matrimonial entre os noivos, podendo, caso os cônjuges desejem, ser registrado em âmbito civil, uma vez que a Constituição Federal de 1988 deu ao casamento religioso os mesmos efeitos do casamento civil, nos termos do art. 226, § 2º da CF: “Atualmente, a Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, estabelece, no art.226, que o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. Portanto, o casamento continua ser civil, só a ele se equiparando o religioso, se forem cumpridas as exigências legais. Não só o celebrando religioso, como qualquer pessoa interessada, poderá providenciar seu registro.” (VILLAÇA, 2002 p.141)

2.2.2 Da Família Advinda da União Estável

União estável é o novo termo, trazido pelo código civil de 2002, para o que antigamente era definido como concubinato puro. O concubinato tem sua origem no direito romano e surgiu justamente para facilitar a união entre duas pessoas continuamente, de forma duradoura e pública, com intuito de constituir

família, porém, sem o desejo de submeter-se às formalidades impostas pelo estado. Assim, surgiram dois tipos de concubinato: o puro, que é a união feita por duas pessoas livres e desimpedidas, e o impuro, que é a união entre duas pessoas com impedimento. No Brasil, só é reconhecido e aceito o concubinato puro, que hoje recebe o tratamento constitucional de União Estável.

Devemos, todavia, abordar a questão da nomenclatura “união estável” e “concubinato”. Antes do Código Civil de 2002 entrar em vigor, existiam o concubinato puro e o concubinato impuro. O primeiro era o nome dado às uniões entre pessoas desimpedidas e o segundo era o nome dado àquelas uniões em que havia algum impedimento. (SCALQUETTE, 2009 p.7)

O código civil de 2002 tratou de definir a união estável em seu artigo 1723, caput, como podemos observar:

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

Ao analisarmos o dispositivo supra mencionado, nos deparamos com alguns requisitos necessários para configuração da união estável, são eles: diversidade de sexo, convivência pública, durabilidade e continuidade da relação, inexistência de impedimento matrimonial e por fim, objetivo de constituir família (*affectio maritalis*).

O requisito diversidade de sexo, é motivo de notória divergência na doutrina, uma vez que os relacionamentos homoafetivos vêm sendo defendidos pela doutrina (minoritária) e pela jurisprudência, como união estável, com a justificativa de que trata-se de rol exemplificativo, diante da ausência de legislação sobre o tema. A doutrina majoritária ainda é resistente ao afirmar que o legislador foi claro e de maneira expressa restringiu os legitimados para a união estável, sendo eles o homem e a mulher.

Em relação a convivência, deve ser pública, ou seja, a relação de comunhão da vida deverá ser notória e durável. Há divergência na doutrina em relação ao período mínimo para caracterizar união estável: uns alegam que será de cinco anos, uma vez que uma relação, para ser considerada estável, exige perseverança, companheirismo, dedicação, superação e assistência, e essas características levam tempo para se consolidarem, especialmente no tocante a

criação e educação de seus filhos; outros alegam que dois anos é tempo suficiente, uma vez que, em comparação com o casamento, este curto período autoriza o divórcio. Vale ressaltar que o mais importante não é o lapso temporal da união, mas sim a presença de todos os requisitos concomitantemente, devendo o juiz decidir em casos concretos, levando em conta a unicidade dos requisitos no interstício temporal que entender oportuno.

É difícil determinar, isoladamente, o que significa durabilidade. Para muitos um ano de vida compartilhada pode significar um longo período, e para outros não. O que merece ser ressaltado é que este requisito deve ser demonstrado em conjunto com todos os demais, e, acima de tudo, diante do caso concreto. (SCALQUETTE, p.9)

Outro requisito que merece destaque é a inexistência de impedimentos matrimoniais, que são aqueles impedimentos que, quando presentes, impedem tanto a realização do casamento, quanto a união estável, e encontram-se elencados no art.1723, § 1º, do Código Civil.

Assim, a pessoa estará impedida de constituir união estável toda vez que apresentar um impedimento, nos termos da lei: ascendentes com seus descendentes, adotado ou natural; os parentes por afinidade (parentes do cônjuge) em linha reta; os pais adotivos com os cônjuges dos filhos adotados; os filhos adotados com os cônjuges dos pais adotivos; entre irmãos (sejam eles unilaterais ou bilaterais) e demais colaterais até o terceiro grau; o adotado com filho do adotante (irmão); pessoas que já estão casadas ou que já possuem outra união estável (a legislação brasileira só aceita casamento monogâmico); e finalmente, o cônjuge sobrevivente com aquele que foi condenado por matar ou tentar matar seu consorte.

E, para finalizar os requisitos, deveremos tratar do *Affectio maritalis*, ou seja, do objetivo comum de constituir família. Este é um requisito subjetivo essencial para qualquer união familiar, consistente no desejo livre e consciente de conviver como marido e mulher, compartilhando vida, sonhos, alegrias, tristezas, e principalmente, compartilhando a educação dos filhos e seus deveres familiar:

É a vontade de estar ligado a alguém com laços familiares, ou seja, é o próprio objetivo de constituir família. É exatamente essa união que deve ser considerada como entidade familiar da forma prevista como na Constituição Federal de 1988 e na legislação ordinária vigente. (CAVALCANTI, p. 138)

No que diz respeito aos bens do casal, a regra geral quanto ao regime de bens na união estável é o da comunhão parcial de bens, sendo passível de partilha e pertencente a ambos os bens onerosos adquiridos na constância da união estável, estando livres da partilha aqueles bens adquiridos anteriormente à união e aqueles advindos de herança e doação.

Vale ressaltar, neste contexto, que o dever dos pais de guarda, sustento e educação perante seus filhos compete a ambos, inclusive se houver dissolução da união estável, equiparando-se, assim, ao casamento.

E por fim, devemos pontuar que a Constituição Federal facilita a conversão da união estável em casamento, por que apesar das duas entidades serem semelhantes, o casamento é a entidade familiar por excelência, uma vez que recebe total amparo jurídico e religioso. Porém, ao analisarmos os dispositivos referentes à conversão, vamos nos deparar com uma contradição entre a Lei Maior, e o Código Civil, uma vez que a primeira, em seu art. 226, § 3º, fala em facilitar, e o art.1726, § 2º, impõe requisitos a serem seguidos para se chegar à conversão, como podemos notar:

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.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil

O que podemos concluir, com a leitura dos dispositivos acima, é que o constituinte, ao regulamentar a facilitação da conversão, a fez com eficácia limitada, uma vez que deixou para o legislador infraconstitucional, o dever de regulamentá-la. Porém, ao invés de facilitar, o legislador infraconstitucional impôs obstáculos, dificultando a conversão.

Assim, confirma GONÇALVES: “A exigência do novel legislador desatende o comando do art. 226, § 3º, da Constituição Federal de que deve a lei facilitar a conversão da união estável em casamento, isto é, estabelecer modos mais ágeis de se alcançar semelhante propósito. Em vez de recorrer ao judiciário, mais fácil será simplesmente casar, com observância das formalidades exigidas para a celebração civil, máxime considerando-se que referida conversão não produz efeitos

pretéritos, valendo apenas a partir da data em que se realizar o ato de seu registro.” (GOLÇALVES, 2006 pp. 564-565).

Diante dessa intempérie, a doutrina aduz que seria mais fácil a celebração do casamento, atendendo-se as formalidades exigidas, que requerer a conversão.

2.2.3 Da família Monoparental

A família monoparental é a unidade familiar formada, por opção ou condição, por um dos genitores e seus filhos, sejam eles naturais ou adotados. Ela pode decorrer do celibato, do divórcio, da adoção, da viuvez, da solteirice, dentre outras situações que, seja por opção ou condição, caracterizam a unidade familiar.

Ao analisar o contexto familiar, veremos que a família monoparental não é um fato novo, uma vez que sempre existiram mães e pais viúvos, solteiros, separados e crianças abandonadas. Porém, o que podemos observar que a constituição deste tipo familiar é uma tendência na modernidade.

Na atualidade, os solteiros têm optado pela realização profissional e financeira em primeiro lugar, envolvendo-se em relacionamentos passageiros, denominado, por muitos, de celibato, o que contribui significativamente para a formação de famílias monoparentais, sempre que, destas relações resulta o nascimento de um filho, tornando, desta maneira, pais e mães solteiros, que na prática é uma condição ou uma faculdade que traz mais responsabilidades, pois os encargos atinentes aos deveres paterno-materno filiais são suportados exclusivamente de forma unipessoal, como bem pontua Eduardo de Oliveira Leite (2003, pp. 33-34):

Os levantamentos estatísticos comprovam que o acesso ao casamento – parâmetro ideal das gerações anteriores aos anos 60 – deixou de ser uma meta em si mesma. Tanto homens quanto mulheres oriundos de camadas econômicas mais favorecidas (profissionais liberais, altos cargos empresariais, funções executivas etc.) têm optado, sem vacilações, pelo celibato como “novo modelo” de vida sentimental. À união duradoura e ininterrupta do casamento escolhem-se as uniões passageiras, sem compromissos e obrigações.

Outro fator significativo para a formação desta unidade familiar é o aumento do divórcio. Esta tendência iniciou-se nos anos 70. Após o divórcio, há o desfazimento do matrimônio e a extinção dos efeitos do casamento, aumentando, assim, o número de pais e mães solteiros, e por consequência, o número das famílias monoparentais.

A situação de monoparentalidade consecutiva do divórcio tende a se perpetuar, se levarmos em consideração duas tendências atuais. A primeira é a precocidade do casamento cada vez maior (...) a segunda é uma diminuição de frequência de novos casamentos ou "recomposição" dos divorciados, a grande maioria preferindo a situação mais cômoda do concubinato. (LEITE, 2003 pp. 37-38)

O ECA, em seu art. 42, trouxe para a pessoa solteira, com objetivo de ter um filho e constituir família, o direito de adotar, desde que seja maior de 18 anos e preencha outros requisitos legais, como podemos observar:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

E, finalmente, devemos ressaltar o caso da viuvez, que é uma condição e não uma opção de família monoparental, uma vez que depende da morte de um dos cônjuges para caracterização dessa unidade familiar. A formação de família pela viuvez é uma das formações familiares mais precárias, porque pode ocorrer

repentinamente, o que muitas vezes deixa o cônjuge desamparado e com dificuldades de assumir as responsabilidades da família de forma individual.

O problema maior das viúvas é decorrente da inaptidão ao trabalho e, conseqüentemente, não acesso ao mercado do trabalho, o que as torna vulneráveis, considerando o baixo rendimento garantido pelas pensões estatais ou pecúlios de natureza particular. (LEITE, 2003 p. 60)

Por fim, vale salientar que encontramos a família monoparental em todas as classes sociais.

O constituinte, no art. 226, § 4º, reconhece a família monoparental como entidade familiar:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A proteção do estado, nestes casos, deve ser dada de forma integral, levando sempre em consideração a sobrecarga do genitor perante sua prole.

Apesar de ser uma realidade, no Brasil não existe nenhum programa específico de apoio à essas famílias, uma vez que a responsabilidade de sustento é privativa dos pais, tanto o guardião, como o que não possui a guarda. O fato do pai não possuir a guarda não isenta de contribuir para o sustento de seu filho.

2.2.4 Da família advinda da relação homoafetiva

A família advinda da relação homoafetiva é aquela formada por duas pessoas do mesmo sexo, com intenção de constituir família, tendo por base uma relação pública e duradoura.

Esta relação homoafetiva é alvo de grandes embates doutrinários e jurisprudenciais, uma vez que não existe lei regulamentando e nem tutelando essas relações tão frequentes na sociedade brasileira, que merecem amparo jurídico e estatal, principalmente quando diz respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o da não discriminação.

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 fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*(grifo nosso)*

Em âmbito geral, tanto a doutrina como a jurisprudência majoritária entendem que não é possível o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo e, embora não haja nenhuma regulamentação expressa, o casamento civil e religioso acolhe a diversidade de sexo como pressuposto de existência, justificando-se na regulamentação expressa sobre os deveres do marido e os deveres da mulher, dispostos tanto na Constituição quanto no Código Civil, definindo estes marido e mulher como sujeitos do casamento, como reafirma Villaça (2002, p.465):

Esse posicionamento decorre, principalmente, da expressa menção, no Código Civil de 1916, aos direitos e deveres do marido (art.233 a 239; arts. 1567 aa 1569, principalmente, do novo Código) e da mulher (arts. 240 a 251; arts. 1565 a 1570 do novo Código), sendo eles, portanto, os sujeitos da relação jurídica matrimonial. A todo momento, nesse Estatuto Civil, existem referências a cônjuges ou a marido e mulher.

Na atualidade, a família é regida pelo princípio da afetividade, que descende do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, elencado no art. 1º, III da CF, e, neste contexto, deverá ser aplicado no sentido de que, numa relação familiar, deverá prevalecer o afeto, o companheirismo, o respeito, tendo os membros da família o direito de serem livres e felizes, independente da opção sexual.

Hoje, apesar da omissão legislativa, a doutrina e principalmente a jurisprudência, que se portou proativa com a decisão da ADPF 132 e da ADI 4277 (vide abaixo), são pacíficas e entendem que as uniões homoafetivas deverão

receber o mesmo tratamento da união estável, sendo denominada de união estável homoafetiva, desde que presentes os requisitos caracterizadores desta entidade familiar, que são: convivência pública, durabilidade, continuidade da relação e objetivo de constituir família.

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria

Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito

segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Da mesma forma, Roger R. Rios (2003, p. 191) assevera:

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela analogia, implica a consideração da presença de vínculos formais e a presença de uma comunidade de vida duradoura entre os companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre com os companheiros de sexo diferentes, valorizando sempre, e principalmente, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da não discriminação em virtude de sexo ou orientação sexual.

Desta maneira, podemos concluir, que deverão ser dados a esta entidade familiar, tratamento e tutela análogos ao da união estável entre homem e mulher, aplicando todos os direitos e deveres estudados no item 2.2.2, exceto, por enquanto, o direito de conversão da união estável homoafetiva em casamento.

3 DA FILIAÇÃO

3.1 Da Filiação e Suas Implicações

Filiação é a relação de parentesco natural (consanguíneo) ou civil (por adoção, inseminação artificial e fertilização *in vitro*), em primeiro grau e em linha reta, que liga os filhos a seus pais. É considerada filiação toda vez que os direitos e deveres referirem-se aos filhos.

Ao analisarmos o conceito acima elencado, forçosamente concluímos que a filiação não decorre exclusivamente de um vínculo biológico, consanguíneo, mas também, de um parentesco civil. A filiação civil se dá através: 1) da adoção, que é o ato jurídico civil em que uma pessoa ou um casal assume permanentemente os direitos e deveres de pai e/ou mãe perante um indivíduo que, agora, será seu filho; 2) da inseminação artificial, que pode ser àquela realizada em mulheres casadas ou em união estável, desde que o sêmen seja de seu marido ou companheiro sendo denominada de inseminação artificial homóloga e, àquela em que o sêmen é de um doador e não do marido ou do companheiro, desde que tenha expressa autorização deste, sendo denominada de heteróloga. Admite-se, neste caso, diante da aceitação da família monoparental pela Constituição Federal de 1988, a inseminação heteróloga de pessoas solteiras que querem constituir família, desde que respeite o princípio constitucional da dignidade da pessoa; 3) da fertilização *in vitro*, que é a fecundação realizada fora do corpo humano, sendo colhido o óvulo da mulher com o espermatozoide do homem e depois de fecundado, ele será introduzido no útero da mulher.

Porém, ao nos depararmos com o art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, e com o art. 1596 do Código Civil, veremos que referentes dispositivos elencaram apenas a adoção como parentesco civil, não abrangendo a inseminação e nem a fertilização *in vitro*, que deverão ser interpretadas de forma análoga à adoção, como ressalta Guilherme C. N. da Gama (2001, p. 105):

(...). O artigo 1596 do Código Civil de 2002, tem a seguinte redação: “Os filhos havidos ou não na relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. A redação do dispositivo somente abrangeu a filiação adotiva no âmbito do parentesco civil, não atentando para a filiação resultante de reprodução assistida heteróloga na linha

paterna (e/ou materna). O equívoco decorre da própria redação do parágrafo 6º, do art. 227, da Constituição Federal que, em 1988, se baseou na assimilação do parentesco civil à adoção (com fundamento no revogado art. 332, do código Civil de 1916). Assim, para que haja harmonia com o artigo 1593, do Código de 2002, o artigo 1596 deverá ser interpretado como referindo-se à adoção apenas a título exemplificativo. A melhor redação seria o seguinte: *“Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por origem civil, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.*

Além dos tipos de filiação supracitadas, existe uma modalidade de filiação que está tornando-se tendência mundial, causando uma revolução no direito de família pátrio. Trata-se da filiação socioafetiva, que é uma relação familiar com base no afeto, na convivência diária, na dedicação, no companheirismo, no cuidado, enfim, da posse de estado de filho, que independe do liame biológico e dá espaço para o liame afetivo. Como bem conceitua Maria Cristina Almeida (2001, pp.159-160):

O novo posicionamento acerca da verdadeira paternidade não despreza o liame biológico da relação paterno-filial, mas dá notícia do incremento da paternidade socioafetiva, da qual surge um novo personagem a desempenhar o importante papel de pai: o pai social, que é pai de afeto, aquele que constrói uma relação com o filho, seja biológica ou não, moldada pelo amor, dedicação e carinho constantes.

Mesmo diante da omissão do legislador à respeito da filiação e da paternidade socioafetiva, a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo esta relação, principalmente com base no princípio da proteção integral, que conduz à legalização e ao reconhecimento da paternidade e filiação socioafetiva diante da posse de estado de filho.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO DE PATERNIDADE - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - APELADO QUE REGISTROU FILHA SABENDO QUE NÃO ERA SUA - INEXISTÊNCIA DE ERRO - ADOÇÃO À BRASILEIRA - IRREVOGABILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.609 DO CÓDIGO CIVIL - CARACTERIZAÇÃO DE PATERNIDADE "SÓCIO-AFETIVA" - ARREPENDIMENTO INADMISSÍVEL - RECURSO PROVIDO.

1. "O reconhecimento espontâneo da paternidade por quem sabe não ser o pai biológico tipifica verdadeira adoção (adoção à brasileira), que é irrevogável, descabendo postular-se a anulação do registro de nascimento, salvo se demonstrada de forma convincente a existência de vício de consentimento, o que ocorreu no caso em tela." (TJPR, Apelação Cível nº 180203-7, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Mário Rau, pub. 18/11/2005).

2. "A paternidade sócio-afetiva prevalece em detrimento da paternidade biológica, especialmente quando inexistem provas de que tenha havido erro, dolo ou coação." (TJPR, Apelação Cível nº 171329-7, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Accácio Cambi, pub. 04/11/2005).

Por fim, ainda existe a filiação ocasionada pela adoção de uma criança por casais homoafetivos, seja ela filha de terceiros à relação, seja ela fruto de inseminação de um dos companheiros. O que vêm sendo defendido pela doutrina e pela jurisprudência é a total equiparação no que diz respeito ao instituto da união estável, com todos os direitos e deveres que os pais têm sobre seu filho adotivo. Nesse sentido caminha a jurisprudência pátria:

STJ - RECURSO ESPECIAL :REsp 1281093 SP 2011/0201685-2
CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO
HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE.
ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA.

I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V.II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexista um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta- onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado. III.A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min.Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando". VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas"(...) têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo". (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia Jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75-76). VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos

gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos. VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. Recurso especial NÃO PROVIDO.

Diante das filiações, acima elencadas, analisaremos a seguir, quais são as tutelas trazidas, em relação aos direitos e deveres dos filhos, pela Constituição Federal de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), pelo Código Civil de 2002 e finalmente, pela Convenção sobre os Direitos das Crianças.

3.1 Filiação na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 trouxe mudanças significativas para o instituto da filiação, nos termos do art. 227, § 6º:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

TJ-SC - Agravo de Instrumento: AG 20120815783 SC 2012.081578-3 (Acórdão)AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. FILHA MENOR DE IDADE. QUANTUM ARBITRADO. IRRESIGNAÇÃO. PROLE. PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE TRATAMENTO. ARTIGO 227, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE O CASAL. PONDERAÇÃO DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO. ARTIGO 1.694, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO."O princípio da igualdade de tratamento entre os filhos, insculpido no art. 227, § 6º, da Constituição da República de 1988, pressupõe que a obrigação alimentar será prestada isonomicamente em relação a toda a prole, de modo a impedir qualquer diferenciação injustificada" (TJSC, Ag n. 2012.039623-8, de Lages, rel. Des. Henry Petry Junior, j. em 12-9-2012). "Os alimentos devem ser prestados na justa necessidade da criança alimentanda, não se podendo esquecer que a maternidade traz, em si, obrigação de prover a prole do conforto material de que necessita, nas medidas de suas forças. Impôr-se este ônus somente sobre os ombros do pai é esquecer-se da igualdade constitucional entre

homens e mulheres" (TJSC, Ag n. 2011.057919-0, da Capital, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. em 26-4-2012)

Primeiramente e principalmente devemos destacara igualdade entre os filhos. Esta foi a maior transformação trazida pela Constituição de 1988, uma vez que antes de sua vigência fazia-se diferenciação e discriminação entre os filhos havidos ou não do casamento, considerando-os legítimos (os havidos na constância do casamento) e ilegítimos (os havidos fora do casamento). Hoje, todos os filhos (sejam eles biológicos, adotivos, afetivos, etc), são equiparados em direitos e deveres, sendo vedada qualquer discriminação, de acordo com os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

A Constituição de 1988 (art. 227, § 6º) estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima ou ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no Código Civil de 1916. Hoje, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações." (GONÇALVES, 2011 p. 109)

Em sede de direitos, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu art. 229, o direito de ser assistido, cuidado e educado por seus pais. Em contrapartida, trouxe o dever de ajudar e amparar os pais na velhice.

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."

TJ-DF – Apelação Cível : APC 20130910195363 DF 0019083-52.2013.8.07.0009CIVIL E FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. ALIMENTOS FIXAÇÃO. BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. EQUILÍBRIO. DEVER DE SUSTENTO.1. Na fixação da verba alimentar observa-se o não comprometimento da subsistência do alimentante e a busca pelo atendimento das necessidades do alimentado.2. É dever dos pais o sustento dos filhos menores, conforme o compromisso social do artigo 229 da Constituição da República 3. Recurso não provido. TJ-RJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 00081610920148190000 RJ 0008161-09.2014.8.19.0000AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REVISÃO DE ALIMENTOS. TRINÔMIO POSSIBILIDADE - NECESSIDADE PROPORCIONALIDADE. A MODIFICAÇÃO DO VALOR DE PENSÃO ALIMENTÍCIA FIXADA SUBORDINA-SE À ALTERAÇÃO DA FORTUNA DAS PARTES. PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA QUE RESULTOU DE ACORDO PROPOSTO PELO ALIMENTANTE. POSSIBILIDADE. A FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS DEVE ATENTAR ÀS NECESSIDADES DE QUEM OS RECLAMA E ÀS POSSIBILIDADES DO OBRIGADO DE PRESTÁ-LOS. DECORRÊNCIA DO PODER FAMILIAR. DEVER DE SUSTENTO ESTATUÍDO A AMBOS OS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS. ART. 229, CRFB. COM O ADVENTO DA MODIFICAÇÃO NA SITUAÇÃO FINANCEIRA DO ALIMENTANTE, TORNA-SE LEGÍTIMA A

REVISÃO DO QUANTUM ALIMENTÍCIO. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO.

Além desses direitos e deveres entre pais e filhos, a Constituição Federal, em seu art. 227, assegurou direitos que deverão ser efetivados não só pela família, mas também pelo estado e pela sociedade, dando assim uma proteção integral às crianças e aos adolescentes para que tenham um desenvolvimento saudável. Assim, a família fica amparada pelo estado e pela sociedade em relação a esses direitos que a constituição elencou como prioritários, seja através de políticas públicas, entidades não-governamentais, enfim, sendo dever de todos e não só da família contribuir para o pleno desenvolvimento das crianças e dos adolescentes.

Por fim, concluímos que a Constituição trouxe de forma expressa a proteção das relações paterno-materno filiais prevendo, ainda, a responsabilidade da família, da sociedade e do estado, no que diz respeito a proteção integral das crianças, dos adolescentes, e dos jovens, em relação aos direitos fundamentais para o desenvolvimento saudável.

3.2 Da filiação no Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescentes, Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990, tratou da filiação expressamente em seu artigo 27, evidenciando que o direito de filiação é personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado a qualquer momento e sem nenhuma restrição contra os pais ou seus herdeiros. Nesse sentido, aduz a jurisprudência pátria:

STJ - RECURSO ESPECIAL :REsp 813604 SC 2006/0011178-7
Direito civil. Família. Investigação de paternidade. Pedido de alimentos. Assento de nascimento apenas com o nome da mãe biológica. Adoção efetivada unicamente por uma mulher. - O art. 27 do ECA qualifica o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, o qual pode ser exercitado por qualquer pessoa, em face dos pais ou seus herdeiros, sem restrição. - Nesses termos, não se deve impedir uma pessoa, qualquer que seja sua história de vida, tenha sido adotada ou não, de ter reconhecido o seu estado de filiação, porque subjaz a necessidade psicológica do conhecimento da verdade biológica, que deve ser respeitada. - Ao estabelecer o art. 41 do ECA que a adoção desliga o adotado de qualquer vínculo com pais ou parentes, por certo que não tem a pretensão de extinguir os laços naturais, de sangue, que perduram por expressa previsão legal no que concerne aos impedimentos matrimoniais, demonstrando, assim, que algum interesse jurídico subjaz. - O art. 27 do ECA não deve alcançar apenas aqueles que não foram adotados,

porque jamais a interpretação da lei pode dar ensanchas a decisões discriminatórias, excludentes de direitos, de cunho marcadamente indisponível e de caráter personalíssimo, sobre cujo exercício não pode recair nenhuma restrição, como ocorre com o Direito ao reconhecimento do estado de filiação. - Sob tal perspectiva, tampouco poder-se-á tolher ou eliminar o direito do filho de pleitear alimentos do pai assim reconhecido na investigatória, não obstante a letra do art. 41 do ECA. - Na hipótese, ressalte-se que não há vínculo anterior, com o pai biológico, para ser rompido, simplesmente porque jamais existiu tal ligação, notadamente, em momento anterior à adoção, porquanto a investigante teve anotado no assento de nascimento apenas o nome da mãe biológica e foi, posteriormente, adotada unicamente por uma mulher, razão pela qual não constou do seu registro de nascimento o nome do pai. Recurso especial conhecido pela alínea a e provido. (Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI, Julgamento:16/08/2007, 16Órgão Julgador:T3- TERCEIRA TURMA, Publicação: DJ 17.09.2007 p. 258, RB vol. 528 p. 23)

Cuidou também de assegurar a igualdade de direitos e qualificações entre todos os filhos, independente de havidos ou não na constância do casamento ou se foram adotados, sendo proibidas quais quaisquer forma de discriminação relativas a filiação, nos termos do art. 20 do ECA.

O art. 21 do ECA deu origem ao poder familiar, uma vez que dispôs que o pátrio poder será exercido, em igualdade, pelo pai e pela mãe, na forma em que dispuser a legislação civil. Assim, por se tratar de um instituto diferente do pátrio poder (cujo poder era exercido somente pelo pai), o Código Civil, em seu art. 1630, alterou a nomenclatura e denominou este novo instituto familiar de poder familiar, por ser exercido por ambos, pai e mãe.

Já o art. 26, do ECA, trata do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, consistindo numa grande inovação, uma vez que anteriormente esses filhos eram considerados ilegítimos e não eram tutelados legalmente. Este dispositivo foi inserido no Código Civil de 2002, em seu art. 1609.

O ECA também assegurou o direito da criança e do adolescente à criação e à educação no seio familiar, independentemente do tipo familiar, podendo ser tanto família natural (biológica) como família substituta (por guarda, tutela ou adoção) desde que haja uma convivência familiar saudável, observando, desta maneira, o disposto no art. 19 do ECA.

Por fim, ressalta-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, por se tratar de uma lei anterior ao Código Civil de 2002, e principalmente por inovar e conceituar matérias anteriormente não tuteladas, foi o grande vetor de inspiração para a criação das normas civis referentes à criança e ao adolescente, especialmente no que diz respeito à filiação.

3.3 Filiação no Código Civil de 2002

A primeira mudança significativa observada no Código Civil de 2002 em relação à filiação, foi a adequação ao texto constitucional no que diz respeito à igualdade entre os filhos. Assim, o Código Civil reafirmou a ideia trazida pelo princípio constitucional da igualdade de que todos os filhos têm os mesmos direitos e qualificações, sendo vedado qualquer tipo de discriminação, nos termos do artigo 1596 do CC.

Confirmando esta ideia, Rosana Fachin (2002, p. 122):

O capítulo da filiação explicita de modo expresso a transformação tácita decorrente do texto constitucional. O limite do Código foi o horizonte normativo constitucional. Basta ver o enunciado dos direitos iguais e da proibição das designações discriminatórias. Acolhe o princípio da igualdade já esculpido na Constituição, sem detalhamento ou novas configurações.

O Código Civil de 2002 trouxe uma evolução relevante no que diz respeito à filiação, introduzindo em seu art. 1597 o tratamento para os filhos advindos da fecundação artificial homóloga, inseminação artificial heteróloga e aos embriões excedentários, tutelando, desta maneira, filiações que, apesar de já existirem há alguns anos, eram excluídas do âmbito de proteção da norma. Sendo assim, apesar do legislador tratar de forma genérica o assunto, não restam dúvidas sobre os direitos à filiação dos filhos advindos destas fecundações artificiais, sendo tratados de forma equiparada para todos os efeitos, aos naturais e adotados.

Além de tratar das filiações por inseminações artificiais, o dispositivo supracitado refere-se também à presunção de maternidade e paternidade em geral, com o objetivo de proteger integralmente o nascituro. Sendo assim, a maternidade é presumida no momento da concepção no útero da mãe e a paternidade é determinada no momento do nascimento da criança, sendo garantido à criança todos os direitos e deveres de um filho, respeitando as situações e as regras do art. 1597, que expressamente diz como proceder nos determinados casos.

Em seus artigos 1607 ao 1617, o Código Civil de 2002 nos trouxe as regras atinentes ao reconhecimento dos filhos. O art. 1607 tratou dos filhos havidos fora do casamento, que poderão ser reconhecidos pelos pais conjunta ou separadamente, de forma voluntária ou judicial.

Já o art. 1609 tratou do reconhecimento voluntário do filho havido fora do casamento, que poderá se dar pelo registro do nascimento, por escritura pública, por escrito particular arquivado em cartório, por testamento e por manifestação direta e expressa feita ao juiz. Vale ressaltar que o reconhecimento é irrevogável e poderá preceder ao nascimento, bem como ser realizado posteriormente ao falecimento do filho que tenha deixado descendentes.

O filho reconhecido não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do cônjuge, nos termos do artigo 1611, do Código Civil.

Se ambos os pais reconhecem o filho, mas não convivem juntos, o filho menor deverá ficar sob guarda daquele que melhor atender seus interesses, é essa a inteligência do artigo 1612, do Código Civil.

E por fim, o art. 1614 do CC dispõe que o filho maior não será reconhecido sem o próprio consentimento; e o filho menor poderá impugnar o reconhecimento até quatro anos após sua maioridade ou sua emancipação.

O poder familiar, consistente nos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, compreende:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Porém, este poder familiar deverá ser exercido de forma adequada, sob pena de perda ou suspensão, nos termos dos artigos 1637 e 1638 do CC:

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.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

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.

Finalmente, o poder familiar é extinto: pela morte do pai ou do filho, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção ou por decisão judicial, observando as condições descritas no art. 1635 do CC.

Ressalta-se enfim que, apesar da perceptível evolução atinente ao tratamento legal da matéria, o legislador deixou de regulamentar algumas situações peculiares, como por exemplo a filiação por inseminações artificiais e a filiação sócioafetiva, que além de ser uma realidade frequente no Brasil é uma tendência mundial, uma vez que a doutrina e a jurisprudência tem preferido um vínculo de amor e de afeto em detrimento do vínculo meramente biológico, dentre outras matérias que carecem de tutela na atualidade.

3.4 Filiação na Convenção sobre o Direito das Crianças

A Convenção sobre os Direitos das Crianças é um instrumento de direitos humanos, sendo considerada mundialmente a Carta Magna dos direitos das crianças. Foi ratificada por 193 países em Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 20 de Novembro de 1989 e ficou famosa por ser o instrumento mais aceito entre os países das Nações Unidas, sendo que apenas Estados Unidos e Somália não a ratificaram.

Tendo como vetor o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a convenção tratou de reconhecer que o seio familiar, por ser o ambiente onde a criança cresce e se desenvolve, merece tutela e assistência especial, visando sempre um ambiente familiar pautado na educação, compreensão, felicidade e amor, objetivando o desenvolvimento saudável da criança.

No Brasil, a Convenção sobre os Direitos da Criança foi promulgada pelo decreto nº 99.710 de 21 de Novembro de 1990, revogando, desta maneira, qualquer disposição contrária a ela.

Em relação à filiação, a convenção assegurou em seu art. 7 § 1º, o direito da criança, ao nascer, de ter seu nome registrado, de conhecer seus pais e ser cuidado por eles, sempre que isto for possível.

A convenção também se comprometeu em zelar pela relação entre pai e filho, ou seja, pela filiação, preservando, sempre que possível, a criança sob poder e cuidado dos pais, exceto nos casos de maus tratos, descuido e nos casos previsto em lei. O estado também intervêm nas situações em que os pais vivem separadamente e nos casos de adoção, visando sempre o maior e melhor interesse da criança, assim, dispostos no art. 9, §§ 1º, 2º e 3º. A jurisprudência pátria reconhece a convenção como um instrumento normativo imediatamente exequível, senão vejamos:

TJ-BA - Apelação: APL 00126323120098050001 BA 0012632-31.2009.8.05.0001

APELAÇÃO. ADOLESCENTE. GUARDA. MODIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE. CONVENÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA. BRASIL. RATIFICAÇÃO. SENTENÇA. OBSERVÂNCIA. JULGADO. CONFIRMAÇÃO. RECURSO. DESPROVIMENTO.

Tendo o Brasil subscrito e ratificado a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ocorrendo divergência entre os pais sobre a guarda de filhos, o caso deve ser solucionado com base no princípio do superior interesse da criança, daí porque mostrando os autos que o exercício da guarda por parte do pai apresenta-se mais conveniente para o adolescente, ratifica-se a sentença nesse sentido prolatada e nega-se provimento ao recurso interposto pela genitora do mesmo, observando-se a mesma linha conclusiva da Ilustrada Procuradoria de Justiça, preservando-se, no entanto, a visitação materna.

TJ-MG - Apelação Cível : AC 10342120078171001 MG

APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR - MÃE DROGATÍCIA E PAI DESCONHECIDO - MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - PRÉVIA INSCRIÇÃO NO CADASTRO NACIONAL DE ADOTANTES - PRESCINDÍVEL ANTE AS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- Por força da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Governo Brasileiro e promulgada pelo Decreto Federal n. 99.710/90, "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".

- E conforme estatuído na Constituição da República, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente compete aos pais garantir o pleno e sadio desenvolvimento do filho menor, responsabilizando-se por sua criação, proteção, educação, guarda e assistência material, moral e psíquica.

- O poder familiar pertence naturalmente aos pais biológicos, como decorrência da consanguinidade, sendo admitida, excepcionalmente, a sua

extinção caso constatado o descumprimento dos deveres e responsabilidades a eles inerentes, mormente à vista do periclitante estado da mãe biológica, usuária de drogas.

- A necessidade de prévia inscrição no Cadastro Nacional de adotantes, nos termos do art. 50 do ECA, cede ante as circunstâncias fáticas do caso concreto, e deve ser mitigada em razão, e por prestígio, a proteção integral e melhor interesse da criança.

TJ-DF - Apelação Cível : APL 228142220098070001 DF 0022814-22.2009.807.0001

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO - GUARDA E RESPONSABILIDADE - AVÓS MATERNS - PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DO MENOR - RECURSO PROVIDO.

1. O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PERMITE A ATRIBUIÇÃO DA GUARDA DO MENOR AOS AVÓS, UMA VEZ CONSTATADO QUE ESSA SITUAÇÃO ATENDE AOS INTERESSES DO INFANTE.

2. DEVE-SE OBSERVAR O PRINCÍPIO DO "MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA", CONSAGRADO PELA CONVENÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA, SEGUNDO O QUAL OS INTERESSES DO MENOR SOBREPÕEM-SE AOS DE OUTRAS PESSOAS OU INSTITUIÇÕES.

3. RECURSO PROVIDO.

O art. 18 da Convenção sobre os Direitos das Crianças assegura o reconhecimento do princípio da igualdade de responsabilidades entre pai e mãe em relação ao seu filho, evidenciando que ambos têm obrigações comuns no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seu filho, mitigando todo e qualquer tipo de discriminação e desigualdade entre os pais. Para que esta igualdade de responsabilidades seja efetivamente cumprida, os Estados-partes da Convenção comprometeram-se em dar assistência, aos pais ou aos representantes legais, para que eles possam desempenhar suas funções, garantindo de forma plena a educação das crianças.

Os estados-membros ao aderirem à convenção, comprometem-se, através do art. 19, §§ 1º e 2º, a adotar todas as medidas necessárias e eficazes para proteger a criança contra qualquer tipo de violência, maus tratos, exploração, abuso sexual, enquanto estiver sob o poder e os cuidados de seus pais ou representante legal.

TJ-SE - APELAÇÃO CRIMINAL: APR 2009302156 SE
APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE - ART. 214 C/C ART. 224, ALÍNEA a, TODOS DO CP - VÍTIMAS COM 11, 12 E 13 ANOS NA

DATA DO ABUSO SEXUAL - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA - MÉRITO - DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS - MAIOR RELEVÂNCIA NOS CRIMES SEXUAIS - PROVA IDÔNEA DA MATERIALIDADE DELITIVA E DA AUTORIA - PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA - ARTIGO 227, DA CF/88 E ARTIGO 3º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA - EXEGESE DO ARTIGO 34 DO DECRETO Nº 99.710 - COMPROMISSO DE COMBATE A TODA FORMA DE EXPLORAÇÃO E ABUSO SEXUAL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. I - As declarações prestadas pela vítima, no inquérito policial e em juízo, são coerentes e firmes ao relatar o abuso sexual e identificar o autor do delito, de maneira que, em consonância com os depoimentos prestados por suas amigas, revelam-se suficientes para a comprovação da materialidade e da autoria delitivas. II - O fato de ser a vítima criança ou adolescente não afasta de suas declarações a credibilidade necessária para embasar um juízo condenatório, quando se mostram coerentes e firmes, como no caso vertente. Acolher a tese da defesa de que o simples fato de ser a vítima uma criança ou adolescente excluiria desta a idoneidade probante, significaria negar vigência ao princípio constitucional da Proteção Integral destas, ainda mais quando se trata de crime sexual, atentado violento ao pudor, que não deixa vestígios e ocorre às escondidas, portanto sem testemunhas. III - Sentença mantida. Recurso improvido

E, finalmente, o art. 27 e seus parágrafos, dispõe que os estados-membros reconhecerão o direito da criança ao desenvolvimento completo e saudável, cabendo, deste modo, principalmente aos pais, o encargo de oferecer as condições necessárias, dentro de suas condições financeiras e, subsidiariamente cabe ao estado, por meio de medidas assistenciais à família, inclusive, colaborando para assegurar a pensão alimentícia devida, por parte dos pais ou responsável.

4 DO AFETO: A IMPORTÂNCIA, AS CONSEQUÊNCIAS E AS IMPLICAÇÕES PELA AUSÊNCIA DO AFETO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

4.1 Da Importância da Relação de Afeto Entre Pai e Filho

A Constituição Federal de 1988 para consolidar as mudanças sociais e familiares da contemporaneidade, trouxe como princípios fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade material entre o homem e a mulher, que proporcionaram para o âmbito familiar o respeito entre seus membros objetivando uma convivência digna e um desenvolvimento saudável de seus entes.

A partir desta premissa podemos notar, que a Constituição Federal preocupou-se com o lado social e afetivo da família, dando ensejo para o surgimento do Princípio da Afetividade, que é considerado um princípio constitucional implícito advindo da interpretação sistemática e teleológica dos artigos 226, §§ 3º e 6º, e 227, caput, e § 1º da CF/88, que nos traz como pressuposto para uma relação de convivência a afetividade, ou seja, o elemento anímico da *affectio*, que se porta fundamental na formação do caráter do indivíduo e na manutenção das relações familiares. Como bem dispõe NOGUEIRA (2001, p. 53):

Nesse íterim, o afeto está presente nas relações familiares, tanto na relação entre homem e mulher como na relação entre pais e filhos, todos unidos pelo sentimento, na felicidade e no prazer de estarem juntos. A presença do afeto na família patriarcal era presumido, podendo estar presente ou ausente. Na família atual o afeto é a razão de sua própria existência, o elemento responsável e indispensável para a sua formação, visibilidade e continuidade.”

A partir deste momento, houve um acréscimo na responsabilidade dos pais em relação aos filhos, uma vez que além de educar, manter e criar seus filhos, os pais têm a obrigação de dar suporte afetivo, cuidando, acompanhando seu filho, enfim, dando apoio material, sentimental e psicológico, para que ele possa se

desenvolver e construir sua personalidade de forma plena. Assim pontua FACHIN (1998, pp. 273):

O direito de família evoluiu para um estágio em que as relações familiares se impregnam de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade e realidade. Trata-se de afastar a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais.

Atualmente, com base nas informações supracitadas, o afeto tem prevalecido em todas as situações no âmbito familiar, seja ele na adoção, na guarda, no divórcio e até mesmo, no conflito entre a filiação biológica e afetiva, deste modo, a afetividade hoje porta-se mais importante do que o próprio vínculo biológico. Neste contexto assevera Aline Biasuz Suarez Karow (2012, pp. 123-124):

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

Esta família unida pelos laços de afetividade e pela busca da felicidade de cada membro, é denominada pela doutrina de família eudemonista e surgiu com base no art. 226 parágrafo 8º da CF, dispondo que o estado assegurará assistência a cada um da família, tendo cada um deles a liberdade de realizar-se e ser feliz no âmbito familiar com base no afeto.

Nessa concepção a família extrapola as composição meramente biológica, deparando-se com outros valores, afetivos, emotivos e até psicológicos. Surge a noção Eudemonista de família, dando relevo à paternidade de afeto." (DELINSKI, 1997 p.34)

Desta modo, concluímos que o afeto faz-se necessário nas relações paterno-filiais, prevalecendo, inclusive, à consanguinidade, uma vez que é através do afeto que os pais desempenham sua importante função de educar, criar, amar, acompanhar, cuidar e orientar seus filhos, contribuindo diretamente para o desenvolvimento saudável, seja ele físico, moral ou psicológico do filho, colaborando sempre para a formação da personalidade que depende de fato desse cuidado,

desse amor, que cura, que faz crescer, que é único e que faz a criança sentir-se segura e desejada; e de uma convivência tranquila e harmoniosa entre todos os membros da entidade familiar.

Para findar e ilustrar a relação de afeto de forma prática e real, faz-se necessário a transcrição da história denominada Nó de Afeto, narrada por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2005, p.16):

Em uma reunião de Pais, numa Escola da Periferia, a Diretora ressaltava o apoio que os pais devem dar aos filhos. Pedia-lhes, também, que se fizessem presentes o máximo de tempo possível. Ela entendia que, embora a maioria dos pais e mães daquela comunidade trabalhasse fora, deveriam achar um tempinho para se dedicar a entender as crianças. Mas a diretora ficou muito surpresa quando um pai se levantou e explicou, com seu jeito humilde, que ele não tinha tempo de falar com o filho, nem de vê-lo durante a semana. Quando ele saía para trabalhar, era muito cedo e o filho ainda estava dormindo. Quando ele voltava do serviço era muito tarde e o garoto não estava mais acordado. Explicou, ainda, que tinha de trabalhar assim para prover o sustento da família. Mas ele contou, também, que isso o deixava angustiado por não ter tempo para o filho a que tentava se redimir indo beijá-lo todas as noites quando chegava em casa. E, para que o filho soubesse da sua presença, ele dava um nó na ponta do lençol que o cobria. Isso acontecia, religiosamente, todas as noites quando ia beijá-lo. Quando o filho acordava e via o nó, sabia, através dele, que o pai tinha estado ali e o havia beijado. O nó era o meio de comunicação entre eles. A diretora ficou emocionada com aquela história singela e emocionante. E ficou surpresa quando constatou que o filho desse pai era um dos melhores alunos da escola. O fato nos faz refletir sobre as muitas maneiras de um pai ou uma mãe se fazerem presentes, de se comunicarem com o filho. Aquele pai encontrou a sua, simples, mas eficiente. E o mais importante é que o filho percebia, através do nó afetivo, o que o pai estava lhe dizendo. Por vezes, nos importamos tanto com a forma de dizer as coisas e esquecemos o principal, que é a comunicação através do sentimento. Simples gestos como um beijo a um nó na ponta do lençol, valiam, para aquele filho, muito mais que presentes ou desculpas vazias. É válido que nos preocupemos com nossos filhos, mas é importante que eles saibam, que eles sintam isso. Para que haja a comunicação, é preciso que os filhos "ouçam" a linguagem do nosso coração, pois em matéria de afeto, os sentimentos sempre falam mais alto que as palavras. É por essa razão que um beijo, revestido do mais puro afeto, cura a dor de cabeça, o arranhão no joelho, o ciúme do bebê que roubou o colo, o medo do escuro. A criança pode não entender o significado de muitas palavras, mas sabe registrar um gesto de amor. Mesmo que esse gesto seja apenas um nó. Um nó cheio de afeto e carinho.

Por fim, vale ressaltar, que os filhos também têm o dever de cuidar, amar, acompanhar e dar suporte aos pais, sempre que eles precisarem, especialmente, em se tratando de pais idosos, carentes ou enfermos, como dispõe o art. 229 da Constituição Federal de 1988.

4.2 Das Consequências e das Implicações Pela Falta de Afetividade Paterna

A ausência do afeto e, em alguns casos, da presença paternal/maternal na vida dos filhos, pode provocar uma deficiência emocional que dificilmente será reparada. Isto ocorre por que a figura dos pais é a referência e a base para a criação e desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente que, privado desta presença ou mesmo na presença, privado da oportunidade de um dos pais lhe oferecer o afeto, a criança carregará por toda sua vida uma carência, que poderá refletir e implicar em consequências para sua vida e na sua saúde.

Em alguns casos, a ausência do afeto e da presença paternal/maternal é suprida por um dos genitores que desempenha, de forma admirável, a função de pai e mãe em caráter unipessoal. Também poderá ser suprida, pela presença de parentes que substitua a função do pai ou da mãe ausente, podendo ser a avó, o avô, o tio, a tia, podendo inclusive, ser o padrasto ou a madrasta. Assim, esta criança e este adolescente não sofrerá maiores danos, pois convive com pessoas que cuidam, amam e dão o carinho necessário para seu desenvolvimento.

Por outro lado, existem aquelas famílias que portam-se totalmente desestruturadas, onde o filho não recebe a atenção devida pelos pais, ou em casos onde não há relação de afeto com os avós e também nos casos em que os filhos são discriminados pelos padrastos ou madrastas por não serem seus filhos biológicos, desencadeando desta maneira, problemas sociais e psíquicos nesses filhos.

Desta maneira, o abandono afetivo e a ausência dos pais no decorrer do desenvolvimento moral e psíquico da criança pode desencadear graves problemas, tanto comportamental, no caso em que o filho mostra-se rebelde, delinquente, sem educação, dentre outros; como sentimental, no caso de angústia, timidez, irritação, ansiedade, etc.

Essas crianças abandonadas afetivamente podem sofrer distúrbios psicológicos, como a baixa autoestima, a fragilidade, a depressão, o complexo de inferioridade, transtorno de conduta, conduta antissocial, dentre outras, podendo desenvolver doenças psicossomáticas, e por serem difíceis de diagnosticar por sua complexidade e peculiaridade poderão levar até a morte. Assim, a psicanálise tem desempenhado papel importante no amparo a esses filhos que necessitam de ajuda

profissional para compreender o que acontece com a sua vida, a sua família e, principalmente seu íntimo, como bem pontua Giselle Câmara Groeninga (2003, p.97):

A psicanálise nos mostra que é entre o sujeito e outro que se forma nossa objetividade e subjetividade, e que há muito mais entre o sujeito e o outro do que sonha nossa vã objetividade. (...) A psicanálise pode ajudar-nos a compreender o sentimento de culpa, que é altamente subjetivo, e o grande poder que exerce sobre nós. Ele representa um ponto no qual as emoções podem inadvertidamente penetrar a racionalidade, e desta forma o objetivo e o subjetivo tendem a se confundir. Fundamental a interface psicanálise e direito, para ampliarmos nossa consciência, inclusive de suas limitações, e nos assenhorearmos mais do campo da responsabilidade.

Vale, nesta oportunidade, também destacar, o estudo realizado pela advogada Aline Biasuz Suarez Karow (2012, pp. 243-244), *apud* a psicanalista Lenita Pacheco Lemos Duarte (2007, pp. 2-3, 17, 191 e193) dos casos práticos de abandono, que dispõem:

A psicanalista Lenita Pacheco Lemos Duarte menciona que, em suas pesquisas, a partir do estudo de cinco casos clínicos, pode observar a relação direta que os sintomas apresentados pelas crianças têm com os conflitos e impasses familiares, principalmente naqueles que culminam com a separação do casal. Refere, ainda, que tais crianças, como respostas às situações que vivenciam, expressam sofrimentos das mais diversas formas, tanto no corpo, como convulsões e doenças psicossomáticas, assim como distúrbios de aprendizagem, de relacionamento, além de fobias e mecanismos obsessivo-compulsivos, entre vários outros. Através da análise dos diagnósticos dos profissionais, é inevitável a constatação, mesmo a olho nu e de quem não é provido de conhecimentos técnicos da área, que os pacientes apresentam as mais diversas síndromes e patologias- todas com fundo emocional- em face da situação que estão vivenciando. Interessante trazer aqui o caso relatado pela psicanalista Lenita Duarte, no seu Livro *A Guarda dos Filhos na Família em litígio- uma interlocução da psicanálise com o direito – Denominado “História do Espantalho”*. Resumidamente, neste caso a genitora permite que o genitor não guardião tenha “visitação livre”, ou seja, que busque a menor sempre que quiser, independente das datas fixadas judicialmente a título de visitas. Apesar desta disponibilidade, o genitor não guardião, em diversas ocasiões, marca datas e horários pra apanhar a menor; porém, não comparece ou desaparece por longos períodos sem dar notícias, despertando na criança sentimentos de rejeição e abandono, levando-a a desencadear vários sintomas. Relata a psicanalista que a menor, de 6 anos, aguarda com a mala pronta por “horas a fio” a visita do pai, que muitas vezes são adiadas ou canceladas sem aviso prévio. Frente à expectativa frustrada de ver o pai, a criança entra num processo de intensa angústia, quando passa a se coçar compulsivamente, a ponto de provocar feridas em seu corpo. Prossegue, agregando que quando iniciou a psicanálise apresentava uma imagem muito depreciativa e desvalorizada de seu corpo e rosto, chegando a desenhar uma figura de um “espantalho”, afirmando que este a representava: *“Este sou eu. Sabe pra que serve? Para espantar as pessoas”*. A menor também tecia comentários do tipo: *“Eu não posso esperar nada do meu pai, ele não liga pra mim, mas também não posso desistir”*. A avó e os tios paternos comparecem

às festas da menina, menos o pai, o que a leva a questionar a ausência do pai expressando: *“Estou cansada disso, vou falar com ele”*. Logo depois recua dizendo: *“Mãe, resolvi não falar nada com meu pai sobre aquele assunto... Achei melhor não falar do passado para não estragar os poucos momentos felizes que eu tenho com ele”*. Esse é o breve resumo do caso. A psicanalista tece algumas considerações teóricas. Primeiramente, constata que a menor está angustiada, reagindo frente à situação de abandono e rejeição por parte de seu pai. Apresenta intensos sentimentos de menos valia, desvalorização e fenômenos psicossomáticos (FPS), respondendo, desta forma, ao que há de sintomático na estrutura familiar. A criança faz representações pitorescas do fenômeno (FPS). Ao desenhar-se de nomear-se como um “espantalho”, como uma menina ferida que tem cotoquinhos no lugar dos braços, observa-se um possível uso sintomático dos fenômenos da alergia e dermatite que se encadeiam em sua história particular. Ser “espantalho” significa “espantar as pessoas”, o que pode justificar, por exemplo, a ausência e o afastamento do pai.

É importante salientar que, nem todos os filhos que foram abandonados afetivamente por seus pais sofrerão esses distúrbios, dependendo, desta maneira, no caso concreto, da maturidade do filho, do tipo de criação e da atenção a ele dispensada pelos demais familiares, enfim, dos inúmeros fatores que contribuem ou não para o desenvolvimento normal da criança e do adolescente.

Por fim, podemos concluir, que devemos observar todos os fatores que envolvem a relação paterno-filial, especialmente no que diz respeito ao abandono afetivo, destacando sempre o importante papel dos pais nas relações familiares, uma vez que a carta magna assegura o dever de cuidar, criar, amparar e, implicitamente, através do princípio da afetividade, de proteger, de dar carinho aos filhos, assegurando, desta forma, o desenvolvimento saudável. Assim, quando no caso em concreto isto não ocorrer e o filho ficar à mingua do afeto do pai, suportando todas as consequências supracitadas, este, poderá ingressar com uma ação judicial requerendo possível reparação do dano causado decorrente do abandono afetivo, como observaremos no capítulo seguinte.

5 DO ABANDONO AFETIVO E SUA REPARAÇÃO

5.1 Da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil teve sua origem nos primórdios da humanidade, especialmente quando as pessoas deixaram de viver de forma isolada e passaram a viver em comunidade. Para que essa convivência se desse de forma pacífica necessário seria a instituição de regras para organizar a vida em sociedade, o que deu ensejo para a regra do *“nem inemlaedere”* que significa: não causar dano a ninguém.

Os primeiros relatos da responsabilidade civil se dá através da sociedade primitiva, uma vez que imperava neste período a vingança privada, como forma de reação a um dano causado, dando-se de forma selvagem e natural. Como podemos perceber, neste período não existia a ideia de culpa, apenas existia uma reação instantânea ao dano sofrido, que foi denominado de vingança privada, uma vez que não se tinha regras, a pessoa lesada vingava-se da forma que entendia justa, unificando, desta forma, a reparação civil e penal. Como bem ressalta Milton Oliveira (2011, p. 65):

A responsabilidade civil, para o Direito Romano, tem como ponto de partida a vingança privada, selvagem, espontânea e natural como revide pelo mal sofrido. Assim, não se tinha em mente a culpa do agente, haja vista que o foco da responsabilidade era o dano e sua reparação. Havia, portanto, unificação de dano e pena, de modo a não se evidenciar diferença alguma entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal.

Desta maneira, afim de impor limites a esta vingança, o estado Babilônico entendeu necessário elaborar uma lei que regulamentasse esta vingança, denominada de Lei de Talião. Surgiu em 1730 a.C e teve como máxima “olho por olho, dente por dente” e apesar de trazer a ideia de reparação do mal com o mal, dá a oportunidade das partes se comporem e traz a ideia de responsabilidade, ou seja, imputa a alguém a titularidade do resultado danoso.

Assim, com o desenvolvimento das civilizações, a vingança já não condizia mais com a realidade e desta maneira, as sociedade começaram a dar ensejo às composições como forma de reparação dos danos. Esta ideia foi ratificada com a entrada em vigência da lei das XII tábuas em 449 a.C, que trouxe como

solução para a recomposição do dano uma prestação em pecúnia, que se dava de forma obrigatória e tarifada conforme sua natureza. Desvaneceu, desta maneira, o caráter punitivo e eclodiu a reparação, como forma de responsabilização civil.

A lei das XII Tábuas fixou, para cada caso em concreto, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. A prestação econômica que, antes, era voluntária, passa, agora, a ser obrigatória e tarifada. Desapareceu, portanto, o caráter de punição para dar ensejo à responsabilidade, por meio da reparação. (OLIVEIRA, 2011 p. 66)

Somente com a entrada em vigor da Lex Aquília no século II a.C, foi introduzido a noção de culpa como elemento da responsabilidade civil, sendo reparável apenas o dano injusto e não mais qualquer tipo de dano. Surge aqui, a responsabilidade subjetiva, que condiciona a reparação do dano à culpa do sujeito, ou seja, só será obrigado a reparar aquele que tiver culpa, que provocar um dano injusto.

Apesar da Lex Aquília trazer esta ideia de culpa, apenas com o advento da Revolução Francesa em 1789 e a promulgação do Código de Napoleão em 1809 foi que a responsabilidade subjetiva com fundamento na culpa passou a integrar a legislação civil em nível mundial.

Na idade contemporânea, com o advento da revolução francesa, em 1789, e a promulgação do Código Civil francês em 1804, denominado Código de Napoleão, tem-se o marco histórico sobre o princípio da culpa. Os doutrinadores franceses albergaram a doutrina subjetiva, tendo na culpa o fundamento da responsabilidade. Somente com o Código de Napoleão foi que a responsabilidade subjetiva, fundada na culpa, passou a constar na legislação de todo mundo. (OLIVEIRA, 2011 p. 66)

Com a evolução da sociedade, a teoria da culpa já não bastava para atender aos anseios da modernidade, uma vez que surgiram situações de risco, como por exemplo acidentes provocados pelas máquinas industriais, em que era necessário comprovar a culpa do proprietário para efetiva reparação do dano, o que mostrava-se impossível. Foi neste momento que surgiu a responsabilidade objetiva, obrigando aquele que exerce atividade de risco a reparar objetivamente os danos decorrentes desta atividade, independente de culpa. Desta maneira, esta responsabilidade objetiva existirá apenas nas hipóteses descritas por lei ou quando a atividade desempenhada, por sua natureza, implicasse risco ao sujeito que a exerce.

O legislador brasileiro tratou da reponsabilidade Civil no Código Civil de 1916 e especialmente no Código Civil de 2002, onde aprimorou a responsabilidade em seu art. 186, dispondo: aquele que por ação ou omissão culposa em sentido amplo (dolo ou culpa em sentido estrito) através de um ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Assim, temos a grande importância da reponsabilidade civil ao tentar restabelecer ao estado anterior “*statu quo ante*” aquele dano patrimonial que pode ser reparado ou tentar compensar aquele dano extrapatrimonial que não pode ser reparado, garantindo, desta maneira, segurança ao sujeito lesado.

Ao analisarmos o art. 186 do Código Civil (Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.), veremos que o legislador, ao definir a responsabilidade civil, elencou quatro elementos essenciais para sua caracterização, são eles: conduta (comissiva ou omissiva), nexos de causalidade, dano e culpa. Estes elementos são necessários para caracterizar a responsabilidade civil subjetiva, visto que a responsabilidade civil objetiva dispensa o elemento culpa, como podemos observar no parágrafo único do art. 927:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Desta maneira, analisaremos brevemente cada elemento que compõe a responsabilidade civil. Iniciaremos com a conduta (ação ou omissão), depois passaremos a analisar o nexos de causalidade, o dano e a culpa do agente sucessivamente.

A conduta pode ser uma ação positiva (comissiva) ou negativa (omissiva) por parte do agente causador do dano. Assim, quando temos uma conduta positiva ou comissiva ela se realiza através de uma ação que parte do agente, desta forma, ele pratica alguma ação em relação aquela coisa ou aquela pessoa, como por exemplo, bater, quebrar, matar, ou seja, sempre haverá uma ação, um movimento positivo de fazer, por parte do agente que resultará em dano. Já a conduta omissiva ou negativa se caracteriza sempre quando o sujeito tem

dever jurídico de agir e não o faz, ou seja, quando tem o dever de fazer algo e deixa de fazer, mantendo-se inerte ao dano que, se ele tivesse agido, poderia evitar. Assim, reafirma Rodrigo Mendes Delgado (2003, p.59):

A ação do agente causador pode ser positiva ou negativa. Se positiva houve ação. Ação é o ato de pôr algo em movimento. É a manifestação de uma força, de uma energia, de um agente. (...) Mas, pode o agente causador do dano, agir negativamente, ou omissivamente, quando deixa de fazer algo que deveria fazer. A omissão ocorre quando uma pessoa não faz algo que deveria fazer.

Vale ressaltar, que as condutas acima estudadas devem se dar de forma voluntária, espontânea, não podendo o sujeito ser forçado ou coagido a fazer, por que nestes casos sua responsabilidade será descaracterizada.

Outro importante fator sobre a conduta é a responsabilização por ato de terceiro. Devemos evidenciar, que existem inúmeros casos onde o ato é causado por um determinado sujeito e a responsabilidade civil recai sobre outro indivíduo, ou melhor, existem casos em que um sujeito seja pela sua função, pela sua condição ou por sua escolha, torna-se responsável civilmente pelo outro ou pela coisa, ficando assim obrigado, independente da sua culpa, a suportar os danos por eles causado. Desta maneira o legislador civilista elencou em diversos dispositivos os casos onde ocorrerá a responsabilização supracitada, como é o exemplo do art. 932 do Código Civil. Trata-se de rol meramente exemplificativo:

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

O segundo elemento a ser tratado é o nexo de causalidade. O direito Civil Brasileiro ao cuidar deste tema, adotou a teoria da causa adequada e direta, que elucida: para ocorrer a responsabilidade civil é necessário que a conduta seja a causa direta do dano. Desta maneira necessário se faz observar duas indagações,

são elas: quando o sujeito praticou a conduta houve o dano? Esta conduta é adequada a produzir tal resultado? Se as repostas forem positivas, conclui-se que caberá responsabilidade civil, caso haja uma ou as duas negativas, não caberá responsabilidade civil.

O nexo causal será, assim, o vínculo que servirá de ponte entre a causa, ação ou omissão do agente, e o resultado, efeito desta causa, o dano. Para que surja o dever de indenizar, deve haver uma relação entre o agir do indivíduo, a causa, o resultado e o dano. Se este vínculo estiver ausente, nenhuma responsabilidade poderá subsistir e, conseqüentemente, não subsistirá, ou melhor, nem mesmo chegará a existir, o dever de indenizar, de reparar o dano. DELGADO (2003, p.61)

Devemos apenas observar, no que diz respeito ao nexo de causalidade, que em determinadas situações haverá a sua quebra, ou seja, quebrando o nexo de causalidade não haverá reponsabilidade civil. Isto ocorre quando existe alguma excludente de ilicitude, como por exemplo: legítima defesa, força maior, exercício regular do direito, dentre outras excludentes de ilicitude que existindo, rompe o nexo causal e isenta o sujeito de reparar o dano.

A culpa mostra-se como terceiro elemento importante para a responsabilidade civil, apesar de nem sempre ser necessária, como podemos observar nos casos de reponsabilidade civil objetiva. Assim, trataremos da responsabilidade civil subjetiva, aquela que necessita de culpa para caracterizar-se.

A culpa divide-se em dois tipos: 1) a culpa *lato sensu* ou em sentido amplo, que compreende o dolo e a culpa *stricto sensu*, esta culpa evidencia-se pela intenção ou pela consciência do agente em cometer ou omitir-se à uma infração, podendo também dar-se ao assumir o risco, sendo o dolo o tipo mais grave da culpa no âmbito *lato sensu*, apresentando-se em suas diversas maneiras (dolo direto, eventual, etc.); 2) a culpa *stricto sensu* ou em sentido estrito, compreende a ausência de vontade de provocar o dano por parte do agente mas, por uma inobservância de diligência da lei ou norma de conduta (negligência, imprudência ou imperícia) causa dano passível de reparação, devendo este dano ser previsível e evitável, senão não caracterizará culpa e nem reponsabilidade civil. Desta forma ratifica Rodrigo Mendes Delgado (2003, pp. 64-65):

A culpa *lato sensu*, ou seja, compreendida em seu aspecto mais amplo, abrange a culpa *stricto sensu* e o dolo. O dolo ocorre quando uma pessoa

age, intencionalmente, Ou seja, age de tal forma que o resultado que se verifica era o esperado e o desejado. (...) Na culpa *stricto sensu*, o agente não pretendia causar prejuízo a outrem, nem podia prever a ocorrência do mesmo, não assumindo, por conseguinte, os riscos de produzi-lo. Todavia, por imprudência, negligência ou imperícia veio a causar um dano.”

É válido, neste contexto enfatizar, que a culpa por si só é um elemento que caracteriza reponsabilidade civil. Porém, em algumas situações deveremos observar o grau da culpa para a fixação da devida indenização, como é o caso de culpa concorrente (art. 945 do Código Civil), quando há desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (art. 944, parágrafo único, do Código Civil) e também no caso de transporte desinteressado, conhecido popularmente como carona (Súmula 145 do STJ). Desta maneira, a culpa divide-se em 3 graus: 1) levíssima, são aquelas que todos estão sujeitos, podendo ser evitada apenas por alguém com qualidades acima de um homem médio; 2) leve, é aquela que todos estão propensos mas poderia ser evitada pelo homem médio; 3) grave, consiste na conduta que o homem médio não faria, causando um dano grave a alguém.

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

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Súmula 145- STJ -No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave.

O último e importante requisito é o dano. O dano em sentido amplo é qualquer lesão a um bem jurídico, seja ele moral ou patrimonial, já em sentido estrito é a lesão do patrimônio, tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio da vítima.

O dano material é aquele dano suportado pela vítima quando o agente diminui, através de uma infração, o seu patrimônio, ou seja, os seus bens materiais. Desta maneira, o agente da infração deverá ser responsabilizado civilmente, mediante indenização por danos materiais, de modo que o *quantum* indenizatório, será fixado em pecúnia, para que a vítima do dano volte ao estado *quo ante*, isto é, ao estado que encontrava-se antes de sofrer lesão ao seu patrimônio. Vale ressaltar que o art. 402 do Código civil estabeleceu que, salvo as exceções expressas em lei,

na indenização deverá compreender: os danos emergentes (o que efetivamente perdeu) e os lucros cessantes (o que deixou de lucrar em razão do dano).

(...)Diz respeito a toda lesão que atinge o patrimônio de alguém, causando-lhe prejuízo e que, por isso mesmo, permite-lhe fazer uma avaliação pecuniária de sua perda e pedir indenização ao responsável. Compreende o dano emergente e o lucro cessante traduzidos na efetiva diminuição no patrimônio da vítima e no que ela deixou de ganhar. (OLIVEIRA, 2011 p. 43)

O dano moral, o qual iremos tratar de forma específica no próximo tópico, também será passível de reparação, através da indenização por danos morais. No entanto, vale evidenciar, que diferentemente do dano patrimonial, o dano moral não pode voltar ao estado *quo ante* uma vez que se trata de dano extrapatrimonial, dificultando, desta forma, medir a extensão do dano, por se tratar de dor da alma, do íntimo, da honra, enfim, de difícil reparação, como poderemos observar a seguir.

5.2 Do Dano Moral

5.2.1 Breves Antecedentes Históricos do Dano Moral

Ao tentar detectar o surgimento do dano moral na antiguidade, veremos que trata-se de um assunto bastante controverso, não podendo afirmar com exatidão onde originou-se o dano moral.

Segundo a doutrina majoritária atinente ao tema, o primeiro código a tratar do dano moral foi o Código de Hamurabi, que ordenava em favor da vítima uma indenização, chamada à época de pena econômica, no sentido de compensar os danos extrapatrimoniais. Esta pena surgiu como uma exceção ao direito de *vindicta* (vingança) e deu ensejo para o surgimento do que modernamente chamaria “teoria da compensação econômica”.

O código de Manu, na Índia, deu sequência no que diz respeito ao dano moral, enfatizando que o dano deveria ser indenizado através da pecúnia, o que mudaria o *animus*, ou melhor o espírito delinquente daqueles que por darem significativa importância ao dinheiro, deixaria de causar dano a outrem.

Na Grécia, assim como em Roma, o dano era reparado pecuniariamente, a Grécia era influenciada pelo governo do povo, a democracia. Em Roma a noção de reparação era claramente definida e dava-se em pecúnia. Existia, neste sentido, uma ação denominada *actio de injuriarum*, que era uma ação pretoriana a qual objetivava reparar a injúria suportada pela vítima, levando em consideração as circunstâncias do caso em concreto. Surge, neste contexto a preocupação com a moral das pessoas.

Finalmente, vale destacar, que o direito canônico também resguardava a moral das pessoas e previa para certos casos, como por exemplo no caso de rompimento de promessa de casamento, a responsabilização pelo dano causado.

5.2.2 Conceito de Dano Moral

O dano moral é toda lesão grave aos direitos de personalidade, que causa no indivíduo um dano extrapatrimonial de difícil reparação, uma vez que este dano não dá pra ser mensurado por se tratar de dor do íntimo, da alma, que acomete tristeza, amargura, enfim, atingindo bens de valor moral e não patrimonial. Como bem pontua Yussef Said Cahali (2011, p. 20):

(...) tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.

Deste modo, é importante destacar, que não é todo e qualquer tipo de dano que caberá indenização por danos morais, apenas aqueles considerados graves, serão dignos de reparação. Assim, os dissabores, as discussões naturais do dia-a-dia, as brigas de casais, enfim, meras adversidades, não serão passíveis de reparação, estando pacificado, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência este assunto.

Destarte, concluímos que, para caracterizar dano moral a vítima deve suportar uma ofensa grave, capaz de provocar no seu íntimo um sentimento ruim, causando uma ferida que lhe traga constantemente dor, angústia, tristeza, caracterizando, desta maneira, dano extrapatrimonial, que assim como o dano material, deverá ser reparado.

5.2.3 Previsão Legal e Aceitação do Dano Moral

No Brasil, sempre houve uma significativa discórdia entre a doutrina e a jurisprudência entre os que aceitavam e aqueles que não aceitavam o dano moral, principalmente por não haver, até a entrada em vigência da Constituição Federal de 1988, dispositivo que regulamentasse e desse amparo jurídico para nortear as decisões dos nobres magistrados à época, o que gerava considerável instabilidade nas relações jurídicas, uma vez que o dano só era reconhecido quando o juiz entendesse que era o caso.

Anteriormente a Constituição Federal de 1988, o dano moral só era aceito quando cumulado com o dano patrimonial. Era a única situação em que havia uma pacificidade em relação ao tema, uma vez que as leis que tratavam sobre os danos, eram, por muitas vezes, ambíguas e de difícil interpretação, o que dividia opiniões. Assim, a grande polêmica circundava em torno do dano puramente moral.

O motivo de maior controvérsia atinente ao tema, se dá no sentido de que o dano moral é um dano de difícil constatação, uma vez que, por se tratar de um dano íntimo, que atinge os direitos de personalidade, cada pessoa desenvolve e reage de forma diferente perante à lesão deste bem jurídico. Enquanto algumas pessoas são mais resistentes, outras sofrem absurdamente em razão de uma determinada ofensa.

Desta maneira, começaram a surgir várias questões atinentes ao assunto, dentre elas as mais corriqueiras eram: Como identificar que houve dano moral se cada pessoa reage de uma forma? Como reparar um dano extrapatrimonial, um dano íntimo? Como fixar uma indenização em relação a um dano que não tem preço? O sentimento pode ser monetarizado?

Assim, através destes grandes embates jurídicos, da evolução da sociedade e das leis em nível mundial, o legislador brasileiro viu-se obrigado a legislar e começar solucionar essas lides.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 tratou da indenização em seu art. 5º, incisos V e X, admitindo e regulamentando o dano moral, como podemos observar:

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:

(...)

V- É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

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

O Código Civil de 2002 cuidou de admitir e tratar do dano moral e sua reparação, dispondo que cometerá ato ilícito e deverá repará-lo, aquele que violar direito e causar dano à alguém, mesmo que este dano seja exclusivamente moral, vejamos:

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

Após ser constitucionalmente tutelado, toda aquela discussão sobre o cabimento ou não, do dano puramente moral foi sanada, especialmente com a entrada em vigência do Código Civil, que cuidou de trazer de forma expressa referente afirmativa. Desta forma, o dano moral começou ser totalmente aceito, inclusive começou a ser tratado em diversas legislações infraconstitucionais.

O Código Eleitoral tratou do dano moral em seu art. 243, § 1º, dispondo que o ofendido por calúnia, difamação ou injúria, poderá demandar ação no juízo cível, para que seja reparado, o dano moral sofrido.

Art. 243. Não será tolerada propaganda:

§ 1º O ofendido por calúnia, difamação ou injúria, sem prejuízo e independentemente da ação penal competente, poderá demandar, no Juízo Civil a reparação do dano moral respondendo por este o ofensor e,

solidariamente, o partido político deste, quando responsável por ação ou omissão a quem que favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele.

Da mesma maneira, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) em seu artigo 6º inciso VI, ao tratar dos direitos básicos do consumidor, cuidou de tutelar a prevenção e a reparação dos danos patrimoniais e morais, sejam eles individuais, coletivos ou difusos:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

O dano moral foi ganhando adeptos e expandiu-se por diversas áreas, chegando a alcançar a pessoa jurídica. O dano moral à pessoa jurídica apesar de ser um tema que coube diversas interpretações, atualmente está pacificado na jurisprudência, que através da Súmula 227 do STJ, consolidou o cabimento e a aplicação da reparação do dano moral à pessoa jurídica, sempre que o dano sofrido afetar diretamente seu nome e a sua tradição no mercado, causando-lhe prejuízos. Como bem pontua Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 203):

"Não são, entretanto, somente dor e sofrimento que traduzem o dano moral, mas, de forma ampla, um desconforto extraordinário na conduta do ofendido e, sob esse aspecto, a vítima pode ser tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica"

Súmula 227- STJ- A Pessoa Jurídica pode sofrer dano moral.

DANO MORAL – HONRA – CONCEITO – INDENIZAÇÃO RECLAMADA POR PESSOA JURÍDICA – 1. Entende-se como honra também os valores morais, relacionados com a reputação, o bom nome ou o crédito, valores estes inteiramente aplicáveis às pessoas jurídicas; não apenas aqueles que afetam a alma e o sentimento do indivíduo, valores próprios do ser humano. 2. A ofensa à empresa tanto pode causar-lhe prejuízo de ordem material quanto de ordem apenas moral, devendo recompor-se o seu patrimônio dessa natureza atingido. Irrelevante que o reflexo não seja íntimo, psíquico ou espiritual, pois que a tanto não se limita o conceito a extrair-se do vocábulo "honra". O uso indevido do nome da empresa configura violação à imagem e valores sociais da ofendida no meio comercial, prejudicando as atividades e acarretando descrédito frente aos membros de determinada comunidade. 3. A pessoa jurídica pode reclamar indenização por dano moral, desde que violados quaisquer dos direitos pela mesma titulados e previstos no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, porquanto o legislador não a distinguiu, para esses efeitos, da pessoa física. (TJDF – EAC 31.941-DF – (Reg. Ac. 78.369) – 2ª C – Rel. Des. Valter Xavier – DJU 06.09.1995).

Por fim, conclui-se que apesar do dano moral cuidar de dano extrapatrimonial, o que dificulta sua mensuração, toda vez que ficar comprovado que efetivamente houve dano, este será digno de reparação, cabendo ao ofendido, pleitear na esfera jurídica, devido ressarcimento.

5.3 A Responsabilidade Civil Como Meio de Reparação do Dano Moral Causado Pelo Abandono Afetivo dos Pais em Relação aos Filhos

A reparação do dano moral decorrente do abandono afetivo nas relações paterno-filiais, é um assunto incontestavelmente controverso, tanto na doutrina, como na jurisprudência, uma vez que não existe nenhuma legislação específica para tratar do referente tema.

Porém, esta omissão legislativa, não pode ser vista como óbice à reparação do dano, visto que há nitidamente violação a princípios constitucionais que tutelam amplamente a moral da pessoa humana, como também existe violação às normas e condições dispostas na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, que uma vez interpretados conjuntamente (princípios e normas) ensejam o direito à vítima, de pleitear a devida reparação do dano causado pelo abandono afetivo.

Desta forma, quando a lei restar omissa, caberá ao juiz, nos casos em concreto, aplicar a devida tutela e se preciso, criar, através do ativismo judicial, solução adequada para deslindar determinados fatos sociais, como o presente tema, uma vez que o juiz não pode esquivar-se de seu imperioso dever de julgar, como bem dispõe o art. 126 do Código de Processo Civil:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Assim, também ratifica, SCHUH (2006, p.61/62):

O silêncio da lei, por si só, não é motivo bastante para arrefecer a necessidade do ser humano em buscar a felicidade. Tímida e, por vezes, preconceituosa, a justiça deve encontrar as possíveis soluções àqueles que batem a sua porta, visto que é da essência humana o permanente conflito na busca da satisfação pessoal. Tal situação exige que a tutela jurisdicional invocada esteja alerta para atender toda espécie de demanda, dando a resposta justa, mesmo àqueles de caráter eminentemente subjetivo, como é o caso das indenizações por abandono afetivo, as quais adentram no campo da responsabilidade civil.

Ao meu ver, a questão do abandono afetivo deveria ser olhada com “bons olhos” pelos legisladores, por tratar-se de uma realidade cruel que decepa a oportunidade de uma criança desenvolver-se com o auxílio, o amparo e o afeto dos pais, o que resultará num jovem ou adulto com transtornos de personalidade e com dificuldades de relacionamento.

Na atualidade, as pessoas vêm se importando cada vez mais com “ter” coisas, no sentido de bens materiais e esquecem do “ser” humano, no sentido de bens morais e da dignidade da pessoa humana. E esta realidade reflete diretamente no âmbito familiar, onde pais saem para trabalhar em busca de bens e esquecem do dever de cuidar, educar, criar, dar afeto aos filhos que ficam à mingua da devida atenção dos pais. Isto se agrava quando os pais não são casados ou não detêm a guarda, pois com a busca incessante da realização profissional e até mesmo do sustento para a família, esquecem de dar assistência e afeto a quem realmente necessita, ou seja, aos filhos, que vão crescendo desorientados, sem ter o paradigma da figura paternal.

Deste modo, em entrevista com a Dra. Lauanda Hamano Ferreira, Médica Psiquiatra, CRM. 129293, ela cuidou de elucidar os reflexos do abandono afetivo nas crianças em que ela consulta e relatou que as principais consequências e sintomas das crianças que carecem da atenção e do afeto paternal, são especialmente, de caráter comportamental, ou seja, tendem a ser crianças que desenvolvem problemas de comportamento, principalmente, na escola, agredindo colegas, respondendo à professora e quando atingem a fase da adolescência, caso esta ausência da educação e da atenção paternal se mantenha, passam a cometer infrações, ou seja, tornam-se menores infratores. Além disso, ainda relatou, que outras crianças, quando tímidas, podem desenvolver problemas de relacionamento, chegando, nos casos mais graves, a ser acometidas por depressão e outras

doenças psicossomáticas. A Dra. também ressaltou, que tudo depende do ambiente e da condição social que a criança se encontra e que a formação da personalidade de uma pessoa vai até os dezenove anos de idade para ser definida. Por fim, destacou que esta responsabilização dos pais é algo muito importante, para que eles sejam conscientes de que o filho precisa de uma figura paternal para se espelhar, seja positivamente ou negativamente, a criança sempre será o reflexo da educação e do afeto que os pais lhe deram e quando ausente, as consequências geralmente, são negativas.

Da mesma maneira, ao entrevistar a psicóloga Fernanda Ramos Cavalheiro, CRP 06/98086, (Coordenadora da Saúde Mental no Município de Mariápolis, São Paulo e Especialista em Psicologia da Saúde pela FAI), ela relatou que, ao exercer sua profissão como psicóloga, sempre se depara com um grande número de crianças “violentadas” afetivamente, ou seja, vítimas da incapacidade dos pais de lhes proporcionar afeto, afirmando que essa desproteção, pode causar ao longo do tempo, obesidade, doenças cognitivas, desnutrição, além de problemas emotivos, como ansiedade e a depressão, sendo esses, os principais traumas causados pela ausência de amparo dos pais. E quando questionada sobre a importância da reparação desses danos, a especialista, descreu que a reparação do dano é imprescindível para o desenvolvimento saudável do filho, uma vez que considera cada vez mais necessário o investimento em programas de orientação para pais e filhos, inclusive quando for possível, desde a gestação, com a finalidade de instruí-los e prepara-los para agir de forma adequada perante seus filhos. No caso específico da criança abandonada, ela enfatizou a necessidade da criação de programas e grupos de apoio, para que o pai que abandona e o filho abandonado afetivamente, façam terapia familiar, tanto individual, como para ambos, proporcionando, desta maneira, que reduzam a angústia e o sofrimento frente às situações adversas que conduziram o afastamento dos dois, assim, através do trabalho desenvolvido pelo profissional da psicologia, eles poderão superar as adversidades e desenvolver uma relação saudável.

Desta forma, o ideal seria criar uma lei, que antes de indenizar o dano causado em pecúnia, oferecesse a oportunidade de conciliar as partes, através de uma medida aproximativa entre pais e filhos, desde que seja em comum acordo e ambos demonstrarem este interesse, devendo ser supervisionados e acompanhados pelos profissionais da área da psicologia e da psiquiatria, que auxiliarão através de

tratamentos psicológicos, como por exemplo a terapia e darão pareceres técnicos sobre a relação no decorrer da medida.

Apesar de parecer a melhor opção, nos deparamos com alguns entraves. O primeiro, diz respeito à máquina judiciária, que apesar de prever celeridade, sempre está congestionada e esta medida aproximativa, poderia abarrotar ainda mais, uma vez que o processo aguardaria certo prazo para conferir se a medida aproximativa funcionou (e neste caso poria fim à lide) e se não funcionou (e neste caso daria seguimento ao processo para analisar o cabimento ou não da indenização pelo dano moral decorrente do abandono afetivo). Também, poderiam alegar ser caso de competência do Juizado Especial Cível, para não travancar a celeridade da Justiça comum, mas aqui, apareceria outro embate, que diz respeito à valoração do afeto e, como sabemos, não podemos valorar o afeto por que cada caso em concreto é um tipo de dano e um tipo de valor indenizável diferente, ou seja, o dano deverá ser analisado através da gravidade e das suas consequências, não podendo desta maneira “tabelar”, ou atribuir um valor fixo para o abandono afetivo. E por fim, esta medida aproximativa, poderia causar um dano ainda mais gravoso para o filho, uma vez que o pai pode descumprir a medida, rejeitando, abandonado, enfim, frustrando novamente, a expectativa do filho de ser próximo e ter a atenção do pai, o que lhe causaria um dano duplamente injusto e amplamente gravoso.

Desta forma, a solução encontrada, por parte da doutrina e da jurisprudência, para amparar o filho e oportunizar a reparação do dano sofrido em razão do abandono afetivo foi a utilização do instituto da responsabilidade civil. Como estudamos no item 5.1 deste capítulo, para que seja possível pleitear referente reparação, deverão estar presentes, os elementos que o caracterizam, são eles: ato ilícito, culpa, nexos causal e dano.

Para caracterizar ato ilícito, no âmbito da reparação civil por danos morais decorrentes do abandono afetivo, o agente, que nestes casos será um dos pais, deverá ter uma conduta omissiva ou comissiva, que cause em seu filho um dano íntimo grave, capaz de refletir de forma negativa na sua personalidade, como por exemplo: rejeitar, desprezar, ignorar, humilhar, não dar assistência, não dar afeto, não dar educação, ou seja, pratica reiteradas ações que ferem diretamente a moral e o psicológico do filho. Desta forma, estes comportamentos violam diretamente dispositivos da Constituição Federal, do ECA, do Código Civil, da

Convenção sobre os direitos das crianças, que em síntese, relatam a obrigação de cuidar, criar e educar que os pais têm perante seus filhos, além de ferir vários princípios que tutelam a dignidade da pessoa humana e protegem integralmente esses hipossuficientes.

A conduta culposa *lato sensu* do pai, no campo do abandono afetivo, é um elemento evidentemente problemático, uma vez que o pai não poderá ser culpado por não amar seu filho, mas, por outro lado, ele deverá ser responsabilizado toda vez que negligenciar aos seus deveres de pai. Desta forma, a responsabilidade civil pelo abandono afetivo não almeja que o pai ame seu filho, mas que exerça suas obrigações de pai, amparando, educando, criando, dando suporte material e principalmente moral, para que o filho tenha todo o auxílio necessário para desenvolver sua personalidade de forma saudável, e quando isto não ocorrer e o pai optar por negligenciar de seus deveres, sua culpa deverá ser reconhecida e desta forma caberá sanção administrativa, penal e civil.

É importante destacar, que existe uma parte da doutrina e da jurisprudência que vêm sustentando a teoria do dano *in re ipsa* para os casos de abandono afetivo, assim, para ser caracterizado este dano, apenas o fato do pai ter abandonado seu filho ensejaria reparação e estaria comprovada a culpa, sendo nesses casos dispensados a instrução probatória por parte do filho, cabendo ao genitor o ônus da prova. Porém, Sérgio Cavalieri Filho (2006, p.63) trata a culpa como sendo *in re ipsa* e não o dano e dispõe:

A prova da culpa, em muitos casos, é verdadeiramente diabólica, erigindo-se em barreira intransponível para o lesado. Em casos tais, os tribunais têm examinado a prova da culpa com tolerância, extraindo-a, muitas vezes, das próprias circunstâncias em que se dá o evento. Assim, por exemplo, se o motorista sobe com o veículo na calçada e atropela o transeunte, a culpa decorre do próprio fato; está 'in re ipsa', cabendo ao agente afastá-la provando caso fortuito ou força maior.

No entanto, a culpa *in re ipsa* não modifica os elementos: conduta ilícita, culpa, dano e nexos causal, apenas inverte o ônus da prova.

Assim, para avaliar a culpabilidade do genitor é importante observar se ele vêm amparado por alguma excludente de culpabilidade e se realmente é imputável. Também deverá ser observado se o abandono não se deu por doença

mental, por desconhecimento da paternidade e também nos casos em que o genitor que tem a guarda, impede, a relação entre o filho e o outro genitor.

O nexo causal nos casos de abandono afetivo é o liame que liga a conduta ilícita do pai ao dano suportado pelo filho. Necessariamente o dano deve ser consequência da conduta (omissiva ou comissiva) que violaram os direitos íntimos dos filhos de receber do pai o amparo indispensável para o desenvolvimento saudável da moral, da personalidade e de seu psicológico.

Como podemos observar, comprovar o nexo de causalidade não é uma tarefa fácil, pois o filho poderá ter sofrido danos associados à outras condutas ilícitas, diferentes a do pai. Desta forma, para comprovar o nexo de causalidade, o judiciário deverá socorrer-se do auxílio dos profissionais da área, ou seja, da psicologia e da psiquiatria, que atuarão no processo como peritos e saberão constatar, se houve ou não, o nexo de causalidade entre a conduta ilícita do pai e o dano suportado pelo filho, uma vez que nos casos de abandono afetivo, o judiciário carece de conhecimentos técnicos necessários, para constatar o referido nexo.

(...) impõe obviamente aqui o nexo causal, que da conduta do genitor tenha causado ao menor danos alegados, as máculas na personalidade ou psicopatias. Necessário que estejam estritamente ligadas à conduta omissiva ou comissiva dos genitores, excluindo-se que o dano advenha de outras situações que possam ser pulverizadas. Registre-se que os danos sofridos em tenra idade são irreparáveis, uma vez que geram sequelas na personalidade, não raras vezes acompanhadas de distúrbios emocionais.” (SUAREZ KAROW, 2012 p.220-221)

O dano, como último elemento da responsabilidade civil a ser analisado no âmbito do abandono afetivo, pode ser definido como: toda ofensa grave que o pai faz ao seu filho, ferindo a sua dignidade e a sua personalidade, quando deixa de cumprir seus deveres de pai, interferindo diretamente na psique e consubstanciando um sentimento íntimo de tristeza, dor, sofrimento, rejeição, os quais desencadeiam transtornos na personalidade, no comportamento, dentre outras consequências graves e negativas que o filho suportam frente ao descaso do pai. Como bem pontua Aline Biasuz Suarez Karow (2012, p.220):

(...) diante da conduta que se apresenta é preciso a criança tenha sofrido danos em sua personalidade, na raiz de sua dignidade. Este dano torna-se mais gravoso no momento em que se dá na fase do desenvolvimento da personalidade, ocasião em que necessita de paradigmas de comportamento e ainda impressões de afeto que lhe transmita direção e segurança para que

venha a se desenvolver plenamente. Pois, na ausência, a maioria dos casos manifesta psicopatias diagnosticadas clinicamente.

Desta forma, comprovada a existência de todos os pressupostos acima estudados no âmbito do abandono afetivo, chegamos à conclusão que além de possível, esta reparação mostra-se necessária, uma vez que o filho não pode conviver com este dano eternamente, devendo ter a oportunidade de, quando possível, tratá-lo e quando não for possível, de pelo menos compensá-lo. Acerca da função da responsabilidade civil estudaremos no próximo item do trabalho. O que nos cabe, neste momento, é confirmar que, presente os pressupostos, o judiciário não poderá esquivar-se de conceder a devida reparação, como bem pontua Aduauto Almeida Tomaszewski (2004, p.252): “(...) desde a promulgação da vigente Constituição Federal, o pátrio poder migrou para pátrio dever. Quem tem um dever, tem responsabilidades; quem não as cumpre que arque com as consequências. Mais vergonhoso é não reparar um mal causado, pois a responsabilidade civil, repise-se, interessa mais à sociedade como um todo do que ao indivíduo isoladamente, já que a ofensa irreparada a outrem dá ensejo que isto continue ocorrendo, o que é simplesmente inaceitável.”

Da mesma forma entende Maria Berenice Dias (2009, p.416):

Comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo susceptível de ser indenizado.

Rui Stoco (2007, p.946) ratifica:

[...] 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.

Neste contexto, ainda existe significativa discussão no que diz respeito aos prazos para o filho ingressar com a ação e o prazo prescricional. Assim, devemos observar: por se tratar de um dano íntimo, torna-se difícil a contagem dos prazos. Em relação ao prazo prescricional, a doutrina tem aplicado o prazo de 3 anos, como dispõe o art. 206, parágrafo 3º, inciso V do Código Civil. A respeito do início para a

contagem do prazo prescricional, a jurisprudência é pacífica em dizer que o prazo inicia-se com a maioridade, ou seja, ao completar 18 anos. Vale ressaltar, que a prescrição é um dos principais motivos geradores da improcedência pelos tribunais na atualidade, como podemos observar:

STJ - RECURSO ESPECIAL :REsp 1298576 RJ 2011/0306174-0
RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO, EM SEDE DERECURSO ESPECIAL, DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE.COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS, POR ABANDONO AFETIVO E ALEGADAS OFENSAS. DECISÃO QUE JULGA ANTECIPADAMENTE O FEITO PARA, SEM EMISSÃO DE JUÍZO ACERCA DO SEU CABIMENTO, RECONHECER A PRESCRIÇÃO.PATERNIDADE CONHECIDA PELO AUTOR, QUE AJUIZOU A AÇÃO COM 51 ANOS DE IDADE, DESDE A SUA INFÂNCIA. FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL ACONTAR DA MAIORIDADE, QUANDO CESSOU O PODER FAMILIAR DO RÉU.

1. Embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição, para que se evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional.

2. Os direitos subjetivos estão sujeitos à violações, e quando verificadas, nasce para o titular do direito subjetivo a faculdade (poder) de exigir de outrem uma ação ou omissão (prestação positiva ou negativa), poder este tradicionalmente nomeado de pretensão.

3. A ação de investigação de paternidade é imprescritível, tratando-se de direito personalíssimo, e a sentença que reconhece o vínculo tem caráter declaratório, visando acertar a relação jurídica da paternidade do filho, sem constituir para o autor nenhum direito novo, não podendo o seu efeito retro operante alcançar os efeitos passados das situações de direito.

4. O autor nasceu no ano de 1957 e, como afirma que desde a infância tinha conhecimento de que o réu era seu pai, à luz do disposto nos artigos 9º, 168, 177 e 392, III, do Código Civil de 1916, o prazo prescricional vintenário, previsto no Código anterior para as ações pessoais, fluiu a partir de quando o autor atingiu a maioridade e extinguiu-se assim o "pátrio poder". Todavia, tendo a ação sido ajuizada somente em outubro de 2008, impõe-se reconhecer operada a prescrição, o que inviabiliza a apreciação da pretensão quanto a compensação por danos morais.

5. Recurso especial não provido.

TJ-RS – APELAÇÃO CIVIL : AC 70058026790 RS
APELAÇÃO CÍVEL. DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. ART. 206, § 3º, V, DO CC. ALIMENTOS. MAIORIDADE CIVIL. AUSÊNCIA DE PROVA DA NECESSIDADE. PREQUESTIONAMENTO.

1. A pretensão de reparação civil por abandono afetivo está fulminada pela prescrição, na forma do art. 206, § 3º, V, do CC.

2. O autor não faz jus a alimentos, na medida em que está com 27 anos de idade, possui capacidade laborativa e não demonstrou necessidade extraordinária em receber auxílio material paterno. 3. A apresentação de questões para fins de prequestionamento não induz à resposta de todos os artigos referidos pela parte. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70058026790, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 20/03/2014)

A respeito da capacidade postulatória, a doutrina e a jurisprudência é pacífica ao definir que, apenas a relação de parentesco em linha reta, descendente em primeiro grau, ou seja, o filho, possui legitimidade para ingressar com a ação de reparação dos danos.

Vale, nesta oportunidade, ressaltar, que não há interesse neste pleito, de obrigar o pai a amar o seu filho, por que amar é faculdade e fica a critério da pessoa amar ou não, porém, criar, dar assistência, educar e amparar, é dever inerente à função de pai e, sendo assim, está obrigado, inclusive legalmente, a cumprir esses deveres. Como bem pontua Catarina Almeida de Oliveira (2010, p. 66):

Ao confundir a afetividade que pode ser realizada, independentemente do sentimento que se tenha, com aquelas outras expressões do amor (...), corre-se o risco de afastar da proteção do Judiciário, situações que tenham esse princípio como cerne, como por exemplo, o abandono afetivo, o que justificaria o argumento contrário de que a lei não pode obrigar ninguém a amar. Pode sim. Objetivamente.

Do mesmo modo, deve-se destacar, que o presente trabalho tutela o efetivo dano decorrente do abandono afetivo e não meros dissabores. Que deverá ficar comprovado que a ocorrência do dano, na moral, na personalidade, no desenvolvimento e no psicológico do filho são consequências da conduta ilícita do pai, para que, desta forma, o filho possa socorrer do devido tratamento para superar o vazio, a dor e o dano íntimo que ele suporta.

Em nenhum momento, a responsabilidade civil por abandono afetivo busca a monetarização do afeto e, menos ainda, o enriquecimento sem causa. O que se busca é a efetiva responsabilização daqueles pais que cometem dano injusto e real, desta forma, é imperioso que não banalize a responsabilidade civil e à aplique a simples aborrecimentos, sem danos graves e consideráveis, no âmbito da moral e da personalidade. Assim como bem elucida Giselda Hironaka:

[...] é certo que não se pode obrigar ninguém ao cumprimento do direito ao afeto, mas é verdade também que, se esse direito for maculado – desde que sejam respeitados certos pressupostos essenciais – seu titular pode sofrer as consequências do abandono afetivo e, por isso, poderá vir a lamentar-se em juízo, desde que a ausência ou omissão paternas tenham-lhe causado repercussões prejudiciais, ou negativas, em sua esfera pessoal – material e

psicológica – repercussões estas que passam a ser consideradas, hoje em dia, como juridicamente relevantes.

Por fim, é importante relatar, que existe uma parcela da doutrina e da jurisprudência resistente à ideia central deste trabalho, ou seja, que defende a impossibilidade da responsabilização civil do dano causado pelo abandono afetivo. Os mais corriqueiros argumentos são, especialmente, a ausência de ato ilícito na conduta do pai que abandona seu filho afetivamente, afirmando que não contraria nenhuma norma jurídica. Outro argumento é a respeito da monetarização do afeto, do amor, ou seja, dizem que esta reparação pretende mercantilizar os sentimentos. Assim, afirma Lizete Schuh (2006, pp.67-68 e75):

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.

(...)a simples indenização poderá representar um caráter meramente punitivo, reafirmando, cada vez mais, o quadro de mercantilização nas relações familiares.

Como já estudamos, esses argumentos alegados pelos opositores, já foram superados. Desta forma, sabemos que assim como a conduta do pai contraria normas e princípios fundamentais, a responsabilidade civil também não objetiva “monetarizar” sentimentos mas sim, reparar comprovados danos causados pelo abandono afetivo do pai em relação ao filho.

O último relevante argumento utilizado pela doutrina opositora é que, ao ingressar com a ação o filho põe definitivamente fim a qualquer chance de reaproximação e conciliação entre ambos: pai e filho.

Sabemos que, após a ingresso da demanda, realmente os laços de afeto ficarão ainda mais distantes ou ainda mais improváveis de ser reestabelecidos Mas não podemos negar, que antes de procurar o judiciário, o filho diversas vezes procurou o pai e frustrou-se diante do seu descaso. Desta maneira, podemos asseverar, que a demanda não é o estopim para a dissolução da relação de afeto entre pai e filho e que, este estopim aconteceu antes, no momento em que o pai negou todo afeto necessário para que o filho pudesse se desenvolver de forma saudável.

Assim, podemos concluir, que sempre quando houver um dano íntimo grave, decorrente do abandono afetivo do pai, comprovado por laudo técnico e presentes os elementos que caracterizam a responsabilidade civil, caberá reparação e o pai deverá ressarcir o filho, nos termos em que o juiz, nos casos em concreto, decidir.

5.3.1 Da Função da Responsabilidade Civil no Abandono Afetivo

A função por excelência da responsabilidade civil é a reparatória, especialmente no que diz respeito aos bens materiais. Acontece que em relação ao dano moral decorrente do abandono afetivo, a reparação seria utópica, uma vez que torna-se praticamente impossível reconstituir ao estado anterior à prática ilícita do pai, ou seja, ao *statu quo ante* que o filho tinha antes de ser abandonado afetivamente por seu pai.

Todo dano moral, por sua natureza, induz a uma compensação, tendo em vista ser impossível recompor a situação nos moldes anteriores à prática do ato danoso (Ana Carolina B. Teixeira, 2005, p.143)

Neste sentido Maria Helena Diniz (1984, p. 75) assevera:

A esse respeito é preciso esclarecer que o direito não repara a dor, a mágoa, o sofrimento ou a angustia, mas apenas aqueles danos que resultarem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente. O lesado pode pleitear indenização pecuniária em razão de dano moral, sem pedir um preço para sua dor, mas um lenitivo que atenuie, em parte as consequências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro, superando o déficit acarretado pelo dano.

Desta forma, a doutrina majoritária entende que nos casos do dano moral decorrente do abandono afetivo a responsabilidade civil tem dupla função: a compensatória e a punitiva (pedagógica). A compensatória objetiva compensar o sofrimento da vítima, podendo através desta indenização ter prazeres que “compense” a dor suportada. Já a função punitiva, além do caráter de punir o pai pela conduta ilícita, também tem caráter educativo, exemplar, uma vez que a sua punição desestimula e reprime condutas semelhantes a esta, que são graves e

infringem normas jurídicas e éticas. Bernardo Castelo Branco (2006, p.116) ratifica esta ideia:

A reparação, embora expressa em pecúnia, não busca, nesse caso, qualquer vantagem patrimonial em benefício da vítima, revelando-se na verdade como forma de compensação diante da ofensa recebida, que em sua essência é de fato irreparável, atuando ao mesmo tempo em seu sentido educativo, na medida em que representa uma sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí seu efeito preventivo.

Maria Helena Diniz (2003, p. 98) esclarece: “A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, tendo função: a) *penal ou punitiva*, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual- não poderá ser violada impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; b) *satisfatória ou compensatória*, pois, o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada. Não trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma em dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte, seu sofrimento.”

Ainda em relação à responsabilidade civil e sua função punitiva no abandono afetivo, Lizete Peixoto Xavier Schuh (2006, p. 67) elucida:

A condenação do réu ao pagamento de pecúnia terá menos o cunho de reparação do prejuízo e mais um caráter punitivo, sancionatório, de modo a desmotivar toda e qualquer atitude semelhante. Seria uma resposta à sociedade e serviria de alerta àqueles pais que não cumprirem a sua paternidade responsável.

Existe uma parcela da doutrina, que defende a função tríplice do dano moral: compensatório, punitivo e exemplar. Desta maneira, esta parcela entende que o caráter ‘exemplar’ do dano moral deva destinar-se à campanhas educativas, sociais ou culturais, ou seja, deverá ser destinada para o Fundo de Assistência ao

Poder Judiciário. Neste sentido, Yussef Said Cahali (1998, p. 175) assevera: "a indenizabilidade do dano moral desempenha uma função tríplice: reparar, punir, admoestar ou prevenir".

Contudo, ainda existe uma parte minoritária da doutrina que entende que o dano moral no abandono afetivo se restringe à função compensatória, atribuindo a função de punir para o direito administrativo e para o direito penal. Desta forma, o dano moral só compensaria o sofrimento suportado pelo filho, enquanto o ECA e o Código Penal ficariam responsáveis pela punição dos danos graves realizados pelo pai. Clayton Reis (2002, p. 273) é um dos defensores desta corrente e assevera: "a incompatibilidade entre esses princípios é notória, considerando que cada um deles desempenha funções distintas e, ainda, que os princípios punitivo e preventivo não se encontram expressamente previstos em nosso ordenamento jurídico. Ademais, o sistema de punição pessoal do ofensor não mais se amolda aos princípios gerais da responsabilidade civil, cuja preocupação reside na satisfação integral dos prejuízos da vítima", [concluindo que] o princípio basilar da indenização se assenta na ideia da plena compensação da vítima de todo e qualquer prejuízo resultado do ato ilícito."

Vale ressaltar que dentro do caráter compensatório estão inseridos os gastos com tratamentos psicológicos, tanto aqueles já realizados, quanto aqueles futuros, sendo este, um dos principais cuidados que o juiz deve ter na hora de definir a condenação, por que o tratamento da psique é importante e necessário para que o filho consiga superar os danos causados pelo pai e conseguir desenvolver-se de uma forma saudável.

Por fim, devemos concluir, que no momento de fixar o *quantum* indenizatório, o juiz não poderá fixar um valor irrisório e nem um valor exorbitante, mas deverá fixar, um valor que cumpra a função compensatória, compensando o dano suportado pelo filho e que cumpra a função punitiva, ao punir o pai pela conduta ilícita de abandonar o filho afetivamente e que este valor sirva de exemplo para desestimular a sociedade à agir da mesma forma.

5.3.2 Da Mensuração do Dano Moral Decorrente do Abando Afetivo

A Constituição Federal e o Código Civil de 2002 foram omissos a respeito da mensuração do dano moral, ou seja, não estabeleceram nenhuma regra que dispusesse os critérios legais a serem seguidos pelo magistrado no momento de mensurar o dano moral. Desta forma, torna-se difícil precisar a dimensão do dano moral decorrente do abandono afetivo, ficando a critério do juiz a aferição do *quantum* indenizatório. Neste contexto, a mensuração vem sendo feita por analogia ao artigo 953 do Código Civil, que auxilia o magistrado no momento de arbitrar um valor à causa.

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

Para determinar o valor do dano moral nos casos de abandono afetivo, o juiz deverá observar alguns critérios no momento de fundamentar e motivar sua decisão, pois a fundamentação vai depender diretamente do critério adotado por ele. Desta modo, apesar da omissão legislativa a respeito dos critérios para a valoração do dano, a doutrina e a jurisprudência tem adotado quatro critérios que se mostram essenciais para a mensuração do dano, são eles: a gravidade do dano suportado pela vítima e sua condição econômica e o grau de culpabilidade do réu e sua condição econômica.

Vale ressaltar, que ao analisar a condição econômica do filho e do pai, o juiz deverá munir-se de cautela e precaução, uma vez que ele não poderá transgredir o princípio constitucional da isonomia, que encontramos no art. 5º da CF/88, pois a vítima não poderá ser prejudicada com uma indenização inferior ao dano gravemente sofrido ante a condição financeira do réu, destacando que o contrário também é vedado.

Desta forma, Maria Célia Bodim Moraes (2005, p. 60) levando em consideração o princípio da isonomia:

O valor da reparação deve levar em consideração as condições socioeconômicas paternas porque, neste caso, configura princípio geral da matéria o entendimento de que a prole deve compartilhar a posição social e econômica de seus genitores. Sugere-se a aplicação, também aqui, como critério de quantificação do dano moral, além da gravidade do dano, a noção pessoal da vítima que, neste caso, se revelaria, por exemplo, como tendo a condição de filha de X, dotado de um patrimônio vultuoso, ou como filha de Y, proprietário de patrimônio insignificante.

Além dos critérios fixados pela doutrina e pela jurisprudência, Maria Helena Diniz (2002, p.96) ratificou os critérios preestabelecidos e criou algumas regras, que apesar de não serem obrigatórias, auxiliam o julgador no momento de fixar o *quantum* indenizatório, são elas:

- a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitirá suportar o excedente do menoscabo;
- b) não aceitar tarifação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial;
- c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão;
- d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas;
- e) atentar para as peculiaridades do caso e para o caráter antissocial da conduta lesiva;
- f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica;
- g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima;
- h) levar em conta o contexto econômico do país; no Brasil não haverá lugar para fixação de indenização de grande porte, como as vistas dos Estados Unidos;
- i) verificar a intensidade do dolo ou o grau de culpa do lesante;
- j) basear-se em prova firme e convincente do dano;
- k) analisar a pessoa do lesado, considerando a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura;
- l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes;
- m) aplicar o critério do *justum* ante as circunstancias particulares do caso *sub judice* (LICC, art. 5º), buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade.

Devemos, nesta oportunidade destacar, que para mensurar o dano moral decorrente do abandono afetivo, diferente de outros danos, deverá ser observado a função compensatória e a função punitiva no instante de valorar a indenização, levando em consideração todas as peculiaridades, como por exemplo se houve tratamento psicológicos ou se haverá necessidade de ter, os gastos com medicação, dentre outros.

Neste momento, devemos considerar que o argumento “o afeto não tem preço” está superado, pois sabemos que a indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo não busca a monetarização do amor ou do afeto, mas sim, a responsabilidade do pai por não cumprir seus deveres de cuidar, de

educar e dar amparo para que seu filho possa crescer e se desenvolver de forma plena e saudável. A indenização na verdade, é uma resposta à rejeição do pai de contribuir na formação do caráter e da personalidade do filho, que necessita de um paradigma paternal para se espelhar. Desta forma, ao mensurar o dano moral, o juiz deverá considerar todas as particularidades do caso em concreto e através dos critérios, fundamentar sua decisão considerando a função compensatória e punitiva que a responsabilidade civil impôs para os casos de abandono afetivo.

5.3.3 Análise dos Julgados Existente Acerca da Responsabilidade Civil dos Pais Pelo Abandono Afetivo de Seus Filhos

Ao estudarmos o abandono afetivo, verificamos que o ordenamento jurídico brasileiro é omissivo, uma vez que não regulamentou o referente tema. Apesar da omissão legislativa, o judiciário não pode se escusar de julgar as lides, e desta maneira, começaram a aparecer diversas demandas, as quais raramente possuem decisões favoráveis.

A primeira e inédita decisão favorável, ocorreu em Capão Canoa no Estado do Rio Grande do Sul, em 15 de Setembro de 2003. Neste caso, a filha de 9 anos demandou contra o pai uma ação de indenização por abandono material e afetivo. Vale ressaltar, que antes de ingressar com a supramencionada ação, a filha já tinha socorrido ao judiciário pleiteando revisão de alimentos, a qual entrou em acordo com pai, mas este frustrou sua expectativa e também o acordo, o que motivou a menina a ingressar com a segunda ação.

Mostra-se importante enfatizar, que a filha possuía à época 9 anos de idade e desta forma, encontrava-se em plena formação da sua moral, do seu físico e do seu psicológico, razão pela qual necessitava do amparo e da figura paternal na sua vida.

Naquele caso, o M.M. Juiz Mario Romano Maggioni, em sua decisão, chegou a comparar a situação da menina com os casos de danos morais decorrentes da inclusão do nome de alguém no SPC e elucidou: “se a inclusão no SPC dá margem à indenização por danos morais, pois viola a honra e a imagem, quanto mais a rejeição do pai. É menos aviltante, com certeza, ao ser humano dizer

‘fui indevidamente incluído no SPC’ a dizer ‘fui indevidamente rejeitado pelo meu pai’.” (RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa. Processo nº 141/1030012032-0. Juiz Mário Romano Maggioni. Capão da Canoa, 15 de setembro de 2003.)

E por derradeiro, julgou procedente a ação e condenou o pai nos termos do art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente cumulado com o art.5º, X da Constituição Federal, sendo a indenização arbitrada no valor de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais) pelo abandono afetivo e completou:

Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho”(RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa. Processo nº 141/1030012032-0. Juiz Mário Romano Maggioni. Capão da Canoa, 15 de setembro de 2003.)

O segundo caso significativo no âmbito do abandono afetivo aconteceu em Belo Horizonte, em Minas Gerais, no dia 01 de Abril de 2004. O pai ao se divorciar da esposa, abandonou afetivamente o filho advindo desta relação, quando este já possuía seis anos de idade. Sem conseguir entender os motivos do abandono e inconformado com a situação, aos 24 anos o filho pleiteou indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo.

O pai foi condenado em 1ª Instância ao valor indenizatório de 200 (duzentos) salários mínimos, que na época equivalia-se a R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais).

Inconformado com referida decisão, o pai recorreu ao STJ através de Recurso Especial, o qual foi conhecido e provido, pela 4ª Turma do Tribunal, pela votação de três votos a favor contra um voto contra. Os ministros que votaram a favor do recurso fundamentaram suas decisões no sentido de que o Estatuto da Criança e do adolescente já prevêem sanção para os pais nos casos em que descumprem seus deveres e para destituírem o poder familiar, quando for o caso, asseverando que o ECA:

Já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº

Esta posição adotada pelo tribunal foi amplamente rebatida, pelos estudiosos, que alegaram, dentre os argumentos mais pertinentes, o fato de que ninguém pode perder um poder que já não vem exercendo e que a sanção administrativa prevista pelo ECA deveria ser aplicada sem prejuízo da indenização, ou seja, independentemente, uma vez que não cabe ao direito decidir sobre o funcionamento das relações paterno-filiais, restando este julgamento, completamente equivocado.

Defendendo esta ideia, o Ministro Barros Monteiro, o qual proferiu o único voto contrário ao provimento do referido recurso, ratificou: “O Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou o réu a pagar 44 mil reais por entender configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como reconhecer a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e afeto com o filho, deixando assim de preservar os laços da paternidade. Esses fatos são incontroversos. 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.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757411/MG. Quarta Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. 29 de novembro de 2005.)

Desta forma, entendemos, que a decisão tomada pelo tribunal resta-se equivocada, uma vez que deve ser respeitada a liberdade e a autonomia das relações paterno-filiais e, caso ainda entendesse que seria o motivo para aplicação da medida administrativa, que respeitasse a independência das concessões, a qual caberia tanto a destituição do poder familiar, como a indenização por danos morais, por tratarem de natureza diferentes de sanção.

O terceiro caso de relevância ocorreu em São Paulo-Capital, na 31ª Vara Cível Central. A filha intentou com ação pleiteando indenização por abandono afetivo, alegando ter sido rejeitada pelo seu pai logo após seu nascimento, vez que separou de sua mãe. Argumenta que seu pai constituiu nova família, onde teve outros filhos e que por frequentar a mesma colônia israelita sempre encontrava seu pai com seus outros filhos. Nestas oportunidades a filha disse que o pai a

desprezava, chegando a trata-la como uma desconhecida, enquanto dava carinho e atenção para os outros filhos.

O juiz dessa ação, decidiu no sentido de que, apesar do pai ter separado da mãe, ele não deixou de ter obrigações referentes à sua função de pai, que é de educar, de criar, de dar amparo à sua filha. Neste sentido, o máximo que o pai pode ter diminuído é o poder familiar, em função da guarda pertencer à mãe, mas continua obrigado aos deveres de pai.

Assim, condenou o pai a pagar à filha indenização no valor de R\$50.000,00(cinquenta mil reais) e afirmou que:

A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização do dano moral se destina a tutelar. (SÃO PAULO. Poder Judiciário. 31ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo. Processo nº 000.01.036747-0. Juiz Luis Fernando Cirillo. São Paulo, 5 de junho de 2004.)

O último caso de relevância, com decisão favorável à concessão de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo, ocorreu em 24 de Abril de 2012, através do Recurso Especial nº1.159.242/SP, pela Egrégia Terceira Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Em síntese, a filha alegou ter sido abandonada pelo pai desde seu nascimento, o mesmo negou-lhe a paternidade, que só foi reconhecida posteriormente por meio de ação de investigação de paternidade. Afirmou que, mesmo após o reconhecimento da paternidade o pai não a procurou e nem ofereceu auxílio material, vez que ingressou com ação pleiteando alimentos. Enfatizou que ao longo de sua vida buscou a atenção e o contato com o pai, mas todas as vezes frustrou-se. Relata que em nenhuma data importante o pai se fez presente. Por fim, alegou que o pai teve outros filhos os quais recebiam todo o cuidado e amparo necessário para desenvolver-se, inclusive transferindo-lhes bens materiais.

A ação foi julgada improcedente em 1ª Instância, com o fundamento de que os problemas da relação entre pai e filha se deu pelo temperamento extremamente agressivo da mãe da menina em relação ao pai, impedindo-lhes que mantivesse qualquer relacionamento.

Inconformada, a filha interpôs recurso de apelação perante o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo que em novembro de 2008 deu provimento ao

recurso e julgou procedente o pedido da autora, condenando o pai ao pagamento de R\$415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) a título de indenização.

O pai interpôs embargos de declaração o qual foi rejeitado.

Descontente, o pai interpôs recurso especial com fundamento no art.105, III, alíneas 'a' e 'c' da Constituição Federal. Ao julgar o recurso a Egrégia Terceira Turma do STJ, entendeu que a pretensão do autor era parcialmente procedente e reduziu a verba indenizatória ao valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais). Neste contexto, o pai entendeu que havia decisões conflitantes a respeito deste tema e interpôs embargos de divergência. O embargo foi conhecido mas não provido, uma vez que não ficou reconhecida a similitude fática entre os acórdãos e desta forma, o STJ manteve a condenação do pai ao pagamento do valor indenizatório de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) a título de danos morais decorrente do abandono afetivo.

Desta forma, a Ministra Nancy Andrighi confirmou ser possível, sempre que comprovada a conduta ilícita do pai de não cumprir com seus deveres básicos de educar, de cuidar e dar amparo a seu filho, a indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo e asseverou: "Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos". E ainda completou: "Amar é faculdade, cuidar é dever." (BRASIL – Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1159242. Terceira Turma. Ministra relatora Nancy Andrighi, 30 de Abril de 2012)

Finalmente, ao analisarmos os casos concretos, em que foram concedidos a indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo, podemos concluir que, sempre que presente os elementos da responsabilidade civil, especialmente a conduta ilícita do pai de abandonar afetivamente seu filho, negando-lhe os direitos constitucionais de ser cuidado, educado, amparado na construção da sua personalidade, gerando um dano comprovadamente irreparável, os tribunais vêm concedendo a devida indenização aos filhos, entendendo que esta indenização possa compensar a dor sofrida e oportunizar o tratamento psicológico que amenize o dano suportado pelo filho.

Vale por fim ressaltar, que os tribunais estão sendo rígidos ao observar a presença do ato ilícito do pai, do dano sofrido e especialmente, se decorreu o prazo prescricional de 3 anos (do art. 206, parágrafo 3º, inciso V do Código Civil)

contados da maioria do filho, sendo esses elementos, os maiores motivos de improcedência das demandas que pretendem indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo na atualidade.

CONCLUSÃO

O direito de família no Brasil é um dos ramos do direito que constantemente sofre mudanças, acompanhando o desenvolvimento social, cultural e econômico do país. Neste contexto, podemos observar, que no período lusófono, as relações entre pais e filhos eram influenciadas pelo direito romano, onde o *Pater Familias*, ou seja, o pai de família concentrava o poder familiar em suas mãos, sendo um poder hierárquico e muito rígido denominado de pátrio poder, onde os filhos e inclusive a esposa deviam obediência a este *pater*. Vale ressaltar, que apenas os filhos tidos como legítimos ou legitimados estavam submetidos a este poder, excluindo os ilegítimos.

Com o passar dos anos, a mulher foi conquistando espaço no âmbito familiar, mas num primeiro momento só lhe foi autorizado a colaboração na criação dos filhos. Apenas após a inserção da mulher no mercado de trabalho que esta realidade começou a mudar de fato, onde a mulher foi conquistando respeito e autonomia.

Desta forma, o pátrio poder que ainda imperava, através do Código Civil de 1916, já não condizia com a realidade familiar vivenciada, assim, foi promulgada a Constituição Federal em 1988 que efetivou a mudanças nos paradigmas em relação ao poder familiar anteriormente vigente.

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 preocupou-se primeiramente em tutelar os direitos humanos, ratificando o princípio da dignidade da pessoa humana como esteio da democracia. Desta maneira, as principais mudanças trazidas no âmbito das relações familiares foram a igualdade de posição entre homem e mulher, a igualdade de posição entre os filhos, (independente se legítimo, legitimado ou ilegítimos, todos serão tratados de forma equiparada, sendo tutelados pelo princípio da proteção integral), dentre outras mudanças significativas, como por exemplo o reconhecimento da união estável e da família monoparental como entidade familiar.

Desta forma, houve uma relevante mudança no poder familiar, aquele poder rígido e concentrado foi substituído por um poder compartilhado, solidário, enfim, passou de um poder patriarcal, para um “poder-dever” preocupado em tutelar o melhor interesse do filho.

Apesar da mudança do conceito, a nomenclatura só foi alterada com a entrada em vigência do novo Código Civil de 2002 e passou de pátrio poder para poder familiar. Assim, o poder familiar pode ser definido como a responsabilidade dos pais (pai e mãe) de assegurar todos os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil de 2002, sendo as principais funções: criar, educar e assistir aos filhos, buscando sempre o melhor interesse. Aos filhos, a Constituição incumbiu o dever de respeitar e obedecer seus pais, além de ampará-los na velhice.

Vale ressaltar, que as obrigações atribuídas pela Constituição, pelo ECA e pelo Código Civil, não se restringem ao aspecto material, devendo do mesmo modo, ser respeitada a moral, a dignidade, a personalidade, o psicológico, enfim, todos os direitos fundamentais para que o filho possa desenvolver-se de forma plena e saudável.

Assim, para que esses deveres sejam concretizados, a Constituição Federal de 1988 elegeu os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da proteção integral como vetor das relações entre pais e filhos. Desta forma, vale ressaltar que o princípio da afetividade é um princípio implícito, podendo ser vislumbrado a partir da interpretação dos art. 226, parágrafo 4º, 227, parágrafos 5º e 6º e 229 da Constituição Federal.

O princípio da afetividade é um dos principais vetores que vem norteando as relações familiares no mundo inteiro, pois na atualidade, há uma busca incessante de proteger e respeitar a dignidade da pessoa humana, os sentimentos de afeto, carinho, assistência entre os membros familiares, para que a criança possa desenvolver-se de forma plena e construir sua personalidade em razão desses exímios preceitos e não mais guiados pelos preceitos mercantilistas, onde o filho era tido como um meio de produção.

Desta forma, ao eleger o princípio da dignidade da pessoa humana como direito fundamental, a Constituição elevou a proteção dos direitos de personalidade contra as violações que geram danos morais.

Assim, quando o pai descumpra os deveres de cuidar, de amparar de educar, enfim, de contribuir na formação da personalidade do seu filho, o pai além de violar as normas de cunho Constitucional e infraconstitucional, o pai viola os princípios protetores do direito da personalidade da pessoa, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana e desta forma, comete um ato ilícito,

denominado pela doutrina e pela jurisprudência de abandono afetivo, capaz de causar um dano íntimo grave ao filho, passível de reparação.

Ao tratar do abandono afetivo, vimos que a lei porta-se omissa e deste modo, deveremos nos socorrer, por analogia ao art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, ao instituto da reparação civil art.186, do Código Civil, elucidando que aquele que violar direito e causar um dano, ainda que exclusivamente moral, cometerá ato ilícito.

Deste modo, entendemos que qualquer violação a uma norma que consequentemente gera dano a alguém, deverá ser reparado e o causador do dano responsabilizado, seja na esfera civil (art.186 do Código Penal), penal (art.244 a 249 do Código Penal) e/ou administrativa (art. 24 e 249 do ECA). Vale ressaltar que as ações são autônomas por terem naturezas diferentes, assim, uma ação não impede a responsabilização da outra.

Ao tratar da responsabilização civil nos casos de abano afetivo, os elementos: conduta ilícita, culpa, nexos causal e dano, deverão estar presentes e serem comprovados. Nestes casos, caberá perícia realizada pelos profissionais da área da psicologia e da psiquiatria, que darão um parecer técnico, dizendo se o dano suportado pelo filho é decorrente (nexo de causalidade) da conduta ilícita do pai, e nos casos afirmativos, caberá ao pai indenizar seu filho a título de dano moral.

Em relação ao dano moral decorrente do abandono afetivo, sabemos que sua reparação é utópica, vez que o dano causado na esfera íntima da pessoa é irreparável, ou seja, não dá para voltar ao *statu quo ante*, desta forma, a responsabilidade civil no âmbito do abandono afetivo terá caráter compensatório, no sentido de compensar o sofrimento suportado pelo filho (especialmente com tratamentos psicológicos), além de punir a conduta do pai de forma exemplar, ou seja, de maneira que ele se conscientize e a sociedade também, prevenindo que condutas como essas se repitam.

Vale, por fim, asseverar, que a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo não visa obrigar o genitor a amar seu filho, nem “monetarizar” o afeto ou dar ensejo ao enriquecimento sem causa, mas objetiva, responsabilizar aquele pai que não cumpre com seus deveres de cuidar, amparar, educar, dar atenção, enfim, que não auxiliam na construção da personalidade e no desenvolvimento saudável do seu filho, causando danos graves, que perseguem os filhos pela a vida inteira, por serem irreparáveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

180 ANOS DE SENADO: Redemocratização em dois atos. Disponível em: <www.senado.gov.br/comunica/agencia/180anos/es060410.pdf>. Acesso em: 23. jul. 2007.

ALMEIDA, Maria Cristina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*, 2001.

ARAGÃO, S. R.; VARGAS, A. L. de S. *O Estatuto da criança e do adolescente em face do novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *A repersonalização das relações de família*. In: BITTAR, C. A. (coord). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-82.

AUGUSTIN, Sérgio- Coordenador. *Dano moral e sua quantificação*. 4ª Edição. Caxias do Sul, RS: Editora Plenum, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato: de acordo com o novo Código Civil*, Lei n. 10.406, de 10/01/2002 2ªed. São Paulo: Atlas,2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

_____. Código Civil, Lei 10.406 de Janeiro de 2002.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de Julho de 1990.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. – 4ªed rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CASTELO BRANCO, Bernardo. *Dano Moral no direito de família*. Editora Método: São Paulo, 2006.

CAVALCANTI, Ana Elisabeth Lapa Wanderley. *Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais*. Barueri, SP: Manole, 2004.

CÓDIGO de Hamurabi, link: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>, visto em: 05/10/2014

COMEL, D. D. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CONVENÇÃO sobre os Direitos das Crianças, decreto nº 99.710 de Novembro de 1990.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios Fundamentais norteados para o direito de família*, Del rey, 2005.

DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele*. Editora: JH MIZUNO, 2003.

DIAS, Maria Berenice, *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*, 4ª edição- São Paulo: Editora: revista dos tribunais, 2009.

_____. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 416.

DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenação)- *Direito de família e o novo Código Civil- 2 Ed.*, Belo Horizonte :Del rey, 2001.

DINIZ, M. H.. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 16. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7.

_____. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família*. 5 vol. 17. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos e ALVES, Leonardo Barreto Morreira- Coordenadores. *Leituras complementares de direito das famílias: em busca da consolidação de um novo paradigma baseado na dignidade, no afeto, na responsabilidade e na solidariedade*. Editora: Jus Podivm, 2010.

FACHIN, Rosana, *Direito de família e o novo Código Civil- 2 Ed.*, Belo Horizonte :Del rey, 2001.

FÁVERO, Eunice Teresinha *Questão Social e perda do poder família*”, Veras Editoras , 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *“Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n.º 11.698/08 : família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo, Atlas, 2008.

_____. *Direito de família e o novo Código Civil- 2 Ed.*, Belo Horizonte :Del rey, 2001.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direito de Família- 15ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=289>>. Acesso em: 08/10/2014

KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono Afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais*. Curitiba: Juruá, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira, *Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mais solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal* – 2ª Edição, São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2003.

LOBÔ, P. L. N. *Do poder familiar*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 15/04/2014

_____. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 03/04/2014

LONG, George. "*Patria Potestas*", in *William Smith, A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, London, John Murray.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves, *Evolução do conceito de família*: Disponível em:http://www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30, acessado em: 11/08/2014.

MALDONADO, José *Curso de derecho canónico para juristas civiles: parte general*. Reimpressão da 2 ed. Madri,1975 p.274

MAZZINGH, Jorge Adolfo “ *Tratado de derecho de família : Filiación. Procreación assistida. PatriaPotestad. Tutela Y Curatela. Parentesco. Mediación*. Tomo 4-4 a . Ed. –Buenos Aires: La ley,2006.

MORAES, M. C. B. de. *Deveres Parentais e Responsabilidade Civil*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v.7, n.31, p.39-66, ago./set., 2005.

OLIVEIRA, J. S. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. *Refletindo o afeto nas relações de família. Pode o direito impor amor? In: Famílias no Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Coord. Fabíola Santos Albuquerque, Marcos Ehrhardt Jr. e Catarina Almeida de Oliveira

OLIVEIRA, Milton. *Dano Moral / 2. Ed.* – São Paulo :LTr, 2011.

PENTEADO, J. de C. *A família e a justiça penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direitos de Família*. Rio de Janeiro: Typ. da Tribuna Liberal, 1889.

PICO, Antonio Boggiano *matrimonio nel diritto canônico*. Turim: Utet, 1936. P. 446-447

REIS, Clayton. *Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RIOS, Roger R. *A Igualdade de tratamento nas relações de família em a justiça e os direitos de gays e lésbicas*. Porto Alegre, Ed. Sulina, 2003.

ROCHA, J. V. C. B. *O Pátrio Poder. Estudo teórico-prático*. Rio de Janeiro: Tupã, 1960.

RODRIGUES, S. R. *Direito Civil: direito de família*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.6.

SANTOS NETO, J. A. de P. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SCALQUETTE, Ana Maria S. *“União Estável”*, 2ª edição, 2009, editora Saraiva.

SCHUH, L. P. X. *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, abr./mai., 2006, p. 61-62.

SILVA, M. A. da. *Do Pátrio Poder à Autoridade Parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 946.

TEIXEIRA, A. C. B. *Responsabilidade Civil e Ofensa a Dignidade Humana*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v.7, n.32, out./nov. 2005, p. 143.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 7ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas 2003 - p. 203.

LISTA DE PRECEDENTES

STF - ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL :
ADPF 132 RJ, link :<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf> , visto em : 19/08/2014.

STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 813604 SC 2006/0011178-7,
link:<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8880943/recurso-especial-resp-813604-sc-2006-0011178-7/inteiro-teor-13987904>, visto em: 24/08/2014

TJ-BA – APELAÇÃO CIVEL : APL 00126323120098050001 BA 0012632-31.2009.8.05.0001, link: <http://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115379940/apelacao-apl-126323120098050001-ba-0012632-3120098050001> visto em: 30/08/2014

TJ-SE - APELAÇÃO CRIMINAL : APR 2009302156 SE, link :<http://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7368968/apelacao-criminal-apr-2009302156-se>, visto em : 30/08/2014

TJ-MG – APELAÇÃO CIVEL: AC 10342120078171001 MG, link: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121124370/apelacao-civel-ac-10342120078171001-mg>, visto em : 30/08/2014

TJ-DF – APELAÇÃO CIVEL : APL 228142220098070001 DF 0022814-22.2009.807.0001, link:<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8397931/apelacao-ci-vel-apl-228142220098070001-df-0022814-2220098070001>, visto em: 30/08/2014

TJ-SC – AGRAVO DE INSTRUMENTO : AG 20120815783 SC 2012.081578-3 (Acórdão), link:<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24133827/agravo-de-instrumento-ag-20120815783-sc-2012081578-3-acordao-tjsc>, visto em: 30/08/2014

TJ-RJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 00081610920148190000 RJ 0008161-09.2014.8.19.0000, link:<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116622610/agravo-de-instrumento-ai-81610920148190000-rj-0008161-0920148190000>, visto em:30/08/2014

TJ-DF – APELAÇÃO CIVEL : APC 20130910195363 DF 0019083-52.2013.8.07.0009, link:<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/130506086/apelacao-civel-apc-20130910195363-df-0019083-5220138070009>, visto em:30/08/2014

STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1281093 SP 2011/0201685-2,
link:<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23042089/recurso-especial-resp-1281093-sp-2011-0201685-2-stj>, visto em: 30/08/2014

STJ - RECURSO ESPECIAL :REsp 1298576 RJ 2011/0306174-0,
link:<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22345715/recurso-especial-resp-1298576-rj-2011-0306174-0-stj>, visto em: 09/10/2014

TJ-RS – APELAÇÃO CÍVEL : AC 70058026790 RS:
<http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114424762/apelacao-civel-ac-70058026790-rs>, visto em: 09/10/2014

TJ-DF – EIAC 31.941-DF – (Reg. Ac. 78.369) – 2ª C – Rel. Des. Valter Xavier – DJU 06.09.1995).link:<http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/pessoa-juridica-tambem-sofre-dano-moral/1223/> visto em: 13/10/2014

TJ-PR, Apelação Cível nº 171329-7, link: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6083180/apelacao-civel-ac-5554238-pr-05554238/inteiro-teor-12233315> , visto em: 10/08/2014