

**AJES – FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO
VALE DO JURUENA**

BACHARELADO EM DIREITO

**O INSTITUTO DO PODER FAMILIAR E OS QUESTIONAMENTOS ACERCA DA
RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO**

Autora: Tamirys Gomes da Silva

Orientadora: Prof^ª Me. Patrícia Fernandes Fraga

JUÍNA

2014

**AJES – FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO
VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO**

**O INSTITUTO DO PODER FAMILIAR E OS QUESTIONAMENTOS ACERCA DA
RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO**

Autora: Tamirys Gomes da Silva

Orientadora: Prof^{fa} Me. Patrícia Fernandes Fraga

Trabalho apresentado como exigência parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito, da
Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do
Vale do Juruena - AJES.

JUÍNA

2014

**AJES – FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO
VALE DO JURUENA**

Monografia aprovada em ____/____/_____, para obtenção de Título em Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professora Mestra Patrícia Fernandes Fraga

Orientadora

Professora Mestra Jamille Fernanda Ferreira de Souza

Professor Mestre Vilmar Martins Moura Guarany

Dedico este trabalho ao meu pai e a minha mãe, que com muito sacrifício e trabalho possibilitaram-me a oportunidade de me graduar em uma faculdade particular.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo fato de que sem ele nada disso seria possível.

A minha mãe e ao meu pai pelo amor, afeto, e apoio incondicional, sempre presentes em minha vida.

A minha irmã, por ser companheira e solidária.

Ao meu namorado pelo amor, paciência e compreensão.

Enfim a toda minha família que de uma forma ou de outra sempre me incentivaram a dar continuidade aos meus estudos, a todos os meus amigos pelo apoio e incentivo constante.

A minha professora orientadora por sua paciência, ensinamentos e por me ajudar a concluir este trabalho, agradeço também aos meus professores que foram tão importantes na minha vida acadêmica.

"Amar é faculdade, CUIDAR é dever!"
(Ministra STJ Nancy Andrigli)

RESUMO

O presente trabalho apresentará discussões sobre o instituto do poder familiar e os questionamentos acerca da possibilidade de reparação pelo abandono afetivo. Discutirá ainda o instituto da responsabilidade civil dentro do direito de família, o dever jurídico dos pais em dar afeto aos filhos, tendo em vista que este é um dos elementos que compõem a formação da personalidade da pessoa humana. Assim sendo, tentar-se-á esclarecer a constitucionalização do afeto analisado juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana dentro das relações de família.

Palavras-chave: Família, afeto, personalidade, abandono afetivo.

ABSTRACT

This paper will present discussions about the institute of family power and concerns regarding the possibility of compensation for the emotional abandonment. The institute will also discuss civil liability within the family law, the legal duty of parents to give affection to the children, considering that this is one of the elements that make up the personality formation of the human person. Therefore, try It will clarify the constitutionalization of affection analyzed together with the principle of human dignity within the family relationships.

Keyword: Family, affection, personality, emotional abandonment.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DO PODER FAMILIAR	11
2.1 Evolução Histórica do Direito de Família	11
2.1.2 Princípios do Direito de Família	13
2.1.3 Natureza Jurídica do Direito de Família	21
2.1.4 O Direito de Família na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002.	23
2.1.5 Novas Modalidades de Família	24
2.1.5.1 Família Monoparental	25
2.1.5.2 Família Homoafetiva	26
2.2 Aspectos do Poder Familiar	27
2.2.1 Titularidade do Poder Familiar	29
2.2.2 Conteúdo do Poder Familiar	29
2.2.3. Extinção, Suspensão e Perda do Poder Familiar	33
3 ABANDONO AFETIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS	37
3.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Efetiva Aplicação no Direito de Família	37
3.2 Poder familiar e sua Evolução Normativa	40
3.3 A Família e a Jurisdição do Afeto: Transformação em Valor Jurídico	42
3.4 Projeto Pai Presente	46
3.5 Alienação Parental	47
3.6 O Afeto e o Desenvolvimento da Personalidade	52
3.7 Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva nas Relações Paterno- Filiais	59
4 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO	64
4.1 A Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro	64
4.2 Responsabilidade Civil por Danos aos Direitos da Personalidade	68
4.3 O Dano Extrapatrimonial e sua Relação com a Reparação Civil	73
4.4 Abandono Afetivo: Danos Morais na Relação Paterno-Filial	75
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
REFERÊNCIAS	81
ANEXO PROJETO PAI PRESENTE	87

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho trataremos do poder familiar, dos direitos e deveres dele decorrentes, com ênfase no dever dos pais de dar afeto aos filhos. Destarte, iremos inevitavelmente abordar o tema abandono afetivo, problema que muitas famílias vêm enfrentando presentemente. Na atualidade, o abandono afetivo tem gerado a responsabilidade civil decorrente do dano moral sofrido por aquele abandonado pelo seio familiar.

Isto porque, o afeto é algo primordial para a formação da pessoa humana, pois é através deste vínculo com a família (pai e mãe) que será possível desenvolver a personalidade da pessoa. A Constituição vigente incluiu o termo no seu texto, ao delinear as relações paterno-filiais e os deveres decorrentes da família e do Estado, que está capitulado no artigo 227.

A família forma-se por meio do vínculo de afeto, logo, se este se torna inexistente, a pessoa humana poderá ter seu direito fundamental ao afeto e a família violado, tendo como prejuízo a formação de sua personalidade, já que o afeto é primordial para as relações familiares. A afetividade tornou-se imprescindível quando passou a ser critério para formação do conceito de família. A reparação civil por dano moral veio após a discussão de se repensar o princípio da afetividade ante ao direito de família, pelo fato de ser tema muito discutido, por todas as vertentes inclusive doutrina e jurisprudência.

O ápice do problema surgiu da percepção de que a falta de afeto e atenção por parte dos pais podem repercutir diretamente na formação de caráter e desenvolvimento da personalidade dos filhos, sendo este um dano causado à integridade moral do abandonado. A partir de então aquele que deixar de contribuir para o crescimento moral ou existencial do seu filho, vindo a prejudicar os interesses da relação familiar, poderá responder civilmente por este ato, tendo até mesmo que indenizar o prejudicado caso não aja conforme as regras sociais e ordenamentos advindos do direito de família. O problema a se discutir é sobre a cobrança de compensação por abandono afetivo, as repercussões que a renúncia ao poder familiar provoca, especialmente no âmbito dos deveres de afeto e onde nosso ordenamento jurídico irá reger essas relações familiares vindo a intervir caso os direitos fundamentais do indivíduo venham a ser lesados.

O referido trabalho foi dividido em três capítulos, na primeira parte discutiremos a evolução do direito de família, a proteção dada pela Constituição Federal a este instituto e o poder familiar destituído dos pais, pela falta de cuidado e zelo para com seus filhos.

No segundo capítulo explanaremos sobre o abandono afetivo nas relações familiares, a importância do princípio da afetividade, do princípio da dignidade da pessoa humana, a formação da personalidade, paternidade responsável e outros elementos que definem e enriquecem o presente trabalho.

Por fim, no terceiro capítulo trataremos da responsabilidade civil, seus conceitos, sua finalidade e sua aplicação dentro do direito de família, quando fica configurado o abandono afetivo, trazendo algumas jurisprudências que tratam desse problema.

Assim sendo, a finalidade precípua deste trabalho é discutir tema tão polêmico e amplo, além de compreender o motivo que levam os pais a abandonar seus filhos e porque a jurisprudência ainda não encontra-se unificada quanto a este tema, os posicionamentos dos doutrinadores e da nossa lei maior Constituição Federal.

Importante frisarmos que no decorrer do trabalho, citaremos casos em que os pais não sabem da existência dos filhos e ainda assim estes tentam penalizá-los civilmente pelo abandono afetivo.

Demonstraremos com o deslinde do trabalho, quando é que há a possibilidade de reparação e quando este pedido está totalmente desprovido de fundamentação fática e jurídica. De início, a reparação civil pelo abandono afetivo não deve ser analisada como penalização aos pais, mas sim como reparação pelos danos causados à dignidade da pessoa humana e ainda os danos psicológicos, morais e materiais.

Tentaremos evidenciar que a reparação civil é devida apenas quando fica comprovado o abandono afetivo, não havendo aqui defesa da monetarização do afeto, mas sim que esse tenha seu valor reconhecido e respeitado. Compreendemos que não há como apagar a dor de quem foi abandonado pelo seio familiar, por uma simples compensação monetária, no entanto, quem sofre o abandono não poderá ficar a mercê de uma impunidade e ignorância por parte da lei.

Por estes e outros elementos que buscaremos analisar a reparação civil pelo abandono afetivo, suas causas e suas possibilidades.

2 DO PODER FAMILIAR

Inicialmente, antes de expor as vertentes deste trabalho, cumpre conceituarmos o que vem a ser poder familiar. Grosso modo, o poder familiar comporta o que são os direitos e deveres que os pais têm quanto aos seus filhos. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, "Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes"¹.

De outro norte, nos dizeres de Cunha Gonçalves:

(...) os filhos adquirem direitos e bens, sem ser por via de sucessão dos pais. Há, pois, que defender e administrar esses direitos e bens; e para este fim, representá-los em juízo ou fora dele. Por isso, aos pais foi concedida ou atribuída uma função semipública, designada poder parental ou pátrio poder, que principia desde o nascimento do primeiro filho, e se traduz por uma série de direitos-deveres, isto é, direitos em face de terceiros e que são, em face dos filhos, deveres legais e morais².

Analisando detidamente esses conceitos percebemos a necessidade que os filhos têm de serem amparados pelo instituto da família, desde o seu nascimento até sua maioridade.

Adiante veremos que o poder familiar não é mais absoluto, conforme era na época do direito romano, pois ante ao cristianismo o poder que era pátrio se tornou poder familiar de proteger, de educar e de preparar os filhos para a sociedade, sendo assim, o poder familiar tornou-se um direito-dever dos pais perante seus filhos e tudo isso graças à intervenção do Estado no instituto da família que passa a vigiar os interesses dos filhos. Outrossim, o poder familiar tornou-se irrenunciável, frente à imposição do Estado aos pais.

2.1 Evolução Histórica do Direito de Família

Desde os primórdios o homem sentiu a necessidade de viver em agrupamento de pessoas, para ter auxílio e proteção. Por conseguinte, o estudo sobre a família leva a descobrir que se trata de um tema muito anterior do que o estudo do direito. A família é um dos institutos que mais sofreu alterações nos últimos tempos, tendo em vista suas características. Ao analisarmos na história, percebemos que o instituto do casamento, por exemplo, recebeu várias influências graças à modernidade, sendo reconhecido a família formada por dois pais, ou duas mães, podendo estes até mesmo adotarem uma criança.

¹ Gonçalves, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família – 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.p. 396.

² CUNHA. Gonçalves, **Direitos de família e direitos das sucessões**, p. 307. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6447/Poder-Familiar-Conceito-caracteristica-conteudo-causas-de-extincao-e-suspensao>, acessado em 21 de Mar. de 2014.

Por outro lado, visualizamos a existência da família monoparental que a algum tempo atrás não era assim reconhecida; temos ainda a intervenção direta do Estado, o qual visa a resguardar o direito da criança, porém, muitas vezes chega a dificultar o trabalho dos pais na criação de seus filhos, tendo em vista as imposições e proibições que foram sendo edificadas na lei através da intervenção do Estado no poder familiar, dentre outras características que serão oportunamente discutidas no decorrer do capítulo.

Na Roma antiga, o instituto da família era pautado no princípio da autoridade. O pai tinha direito sobre o filho desde seu nascimento até sua morte e, como naquela época existia a escravidão, o pai poderia até mesmo vender o seu filho. Nesse período, enquanto o pai tinha autoridade sobre os filhos, a mãe era apenas uma mulher subordinada ao seu marido e não detinha poder de mando³.

Sobre o Direito de Família na Roma antiga, ensina Cáo Mário da Silva Pereira:

O *pater*, era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia in loco *filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu maritari*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis demintuio pérpetua* que se justificava *propter sexus infirmitatem et ingnoratiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido⁴.

Nesse sentido, a família era um instituto totalmente controlado pelo pai. Naquela época a mulher não expressava sua opinião nem sobre a criação dos filhos, nem sobre trabalho ou quaisquer outras escolhas domésticas, até mesmo porque as mulheres não podiam trabalhar fora de casa, já que os deveres femininos eram os de cuidar da casa, do marido e dos filhos. Por sua vez a Igreja Católica mudou essa realidade e houve uma grande evolução no direito de família.

A partir do século IV, houve a instalação cristã da família, o que fez o *paters* diminuir sua repressão sobre seus filhos, tornando filhos e esposas mais independentes⁵. Considerando esse momento histórico, aos poucos o instituto da família foi evoluindo no sentido de

³ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro**, V. 6, p. 32.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. V. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 31.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. Vol.VI – 6.ed. ver. E atual – São Paulo: Saraiva, 2009, p.15.

preocupar-se com a ordem moral, ou seja, o afeto intrínseco e necessário à família foi sendo mais valorizado.

Além, da influência religiosa, no século V, aconteceram as Invasões Bárbaras o que fez o direito romano sofrer influências de outros povos, ocorrendo assim um choque entre os direitos romanos e bárbaros. O povo bárbaro detinha poder rudimentar, logo, muito atrasado se comparado ao direito romano, entretanto foi o direito germânico o mais distinto, pois, se baseava no pátrio poder, e realizava o casamento na presença de um juiz, como acontece até os dias de hoje⁶.

Sobre essa evolução do direito de família, Guilherme Calmon Nogueira da Gama ensina:

Já na Idade Média, em um contexto permeado pelo Direito Canônico e ainda com fortes influências do Direito Romano, surgiu o Direito Bárbaro, que era atrasado em relação ao Direito Romano. Pode-se dizer que o Direito Bárbaro adotou mais a linha ideológica do Direito Canônico, até mesmo porque os povos bárbaros adotaram o Cristianismo como religião. Dentre os povos bárbaros do período medieval, o Direito Germânico se destacou e influenciou em muitas relações familiares desta época. A família germânica baseava-se no Pátrio Poder, ou seja, no qual o pai exercia o poder, mas não chefiava sozinho a família, esta tarefa era dividida com a mãe⁷.

Como podemos perceber, na idade média a família deixou de ser totalmente controlada pelo pai e, a partir de então, a mãe também passa a ter o direito de educar seu filho, ou seja, o direito germânico teve sua contribuição para a evolução do direito de família. E, para melhor compreensão dessa evolução, adiante analisaremos os princípios que estão contidos dentro do direito de família.

2.1.2 Princípios do Direito de Família

Os princípios inerentes ao direito de família buscam acompanhar a evolução social da família, as modificações legislativas pertinentes, visando proteger a família, os valores culturais adaptando-se, assim a família contemporânea à realidade.

Imprescindível, então, tratarmos do princípio do respeito à dignidade da pessoa humana: esse princípio busca garantir o desenvolvimento saudável de todos os membros da

⁶ Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10108, autor: Washington Luiz Gaiotto Filho, advogado formado pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, sócio do escritório Gaiotto advogados, responsável pelas áreas de Direito de Família, Contencioso Cível e Trabalhista, acessado em 18 de Ago. de 2014.

⁷ Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2ª ed., rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 28/30

família, tornando-se a base da sociedade familiar. Sobre esse princípio Rodrigo da Cunha Pereira diz:

(...) é que se torna imperativo pensar o direito de família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cuja base e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania. A evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, acrescenta o mencionado autor, que ainda enfatiza: Todas essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um ‘declínio do patriarcalismo e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da *dignidade da pessoa humana*, hoje insculpada em quase todas as constituições democráticas⁸.

Com efeito, esse é um dos princípios norteadores do direito de família, haja vista que o patriarcalismo não faz mais parte de nossa realidade, pois, o direito de família hoje é totalmente pautado nos direitos humanos e na igualdade, direitos esses encontrados em quase todas as constituições, tendo em vista que a necessidade de cuidado e afeto encontra amparo nesses princípios.

Por conseguinte, imperioso tratar do princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros decorrente da igualdade jurídica entre ambos que se encontra capitulado no artigo 226, § 5º da nossa Constituição Federal, o qual diz: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”⁹. Nesse contexto torna-se claro que o poder familiar agora é exercido pelo homem e pela mulher, não existindo mais uma divisão em que o homem manda e a mulher somente obedece, pois o instituto da família nesse intuito deve ser exercido por ambos, sem distinção.

Nestes termos apontamos dois artigos, os quais comportam toda essa evolução do amparo à família, demonstrando que o poder familiar é um dever tanto da mulher quanto do homem, quais sejam:

Art. 1.567 do Código Civil – “A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos,”¹⁰ e o

Art. 1.568 do Código Civil – “Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial”¹¹.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. V. VI, Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005
apud Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9093/principios-constitucionais-do-direito-de-familia#ixzz3L50Wz0s>, acessado em 05 de Dez. de 2014.

Desta forma, por influência do princípio da igualdade entre os cônjuges, torna-se claro que o poder familiar, nos dias atuais, é dever tanto do pai quanto da mãe, sendo este dever irrenunciável, intransferível e indelegável.

Já o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, encontra-se regulado no artigo 227, § 6º da Constituição Federal, que diz: **“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.”** (grifo nosso)

Diante, dessa redação nos parece nítida a igualdade entre os filhos, tanto para aqueles havidos dentro do casamento, quanto fora dele, bem como para aqueles adotivos. Cabe lembrar que, antes da Constituição Federal de 1988, os filhos havidos fora do casamento eram tidos como ilegítimos ou filhos bastardos, conotação pejorativa e que bem retrata a diferenciação de tratamento dada aos filhos.

O tratamento discriminatório dado aos filhos havidos fora do casamento encontrava-se também no Código Civil de 1916. Diz-se isso, pois a presunção de filiação biológica era apenas para os filhos havidos dentro da relação matrimonial, de modo que aqueles filhos havidos extramatrimonialmente não se tinha a certeza da filiação, ou seja, o *pater is est*¹² (certeza da paternidade) não prevalecia, até que se provasse o contrário (por meio voluntário do pai, ou por via judicial,) o filho não tinha direitos quanto à figura do pai.

No entendimento de Vanessa Corrêa, os valores que sustentaram a era patrimonialista do Direito Civil, materializavam-se no direito de filiação, através de um estado ficto de filho, derivado da presunção *pater is est*. Fica demonstrado, na época, a preocupação com o bem estar familiar, prevalecendo sobre a verdade dos fatos¹³.

Desta feita, “os filhos legítimos eram os que procediam de justas núpcias. Quando não houvesse casamento entre os genitores, denominavam-se ilegítimos e se classificavam, por sua vez, em naturais e espúrios”¹⁴. Através desse pensamento, a ideia que se tem da época é de que era corrente a total falta de afeto por parte dos pais que tinham filhos ditos “bastardos”

¹²“quando o filho é concebido na constância do casamento, é conhecido pelo adágio romano por *pater is est*, pelo qual é presumida a paternidade”. http://abadireitodefamilia.blogspot.com.br/2010/04/filiacao_21.html, autor: Esdras Dantas de Souza, acessado em 18 de Ago. de 2014.

¹³ CORRÊA, Vanessa Ribeiro. **A Filiação entre a verdade biológica e afetiva**. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, n. 2 e 3, 2001 e 2002, p. 544.

¹⁴ Disponível em: http://abadireitodefamilia.blogspot.com.br/2010/04/filiacao_21.html, acessado em 18 de Ago. de 2014.

e não os reconheciam, sendo o único meio para esses filhos haverem uma relação com o pai seria por meio judicial, pois, para os pais muito mais importante era a família constituída matrimonialmente perante a sociedade, sendo até mesmo caso de se esconder o filho havido fora do casamento.

Em uma linha de pensamento contrária ao tratamento desigual dado entre homens e mulheres, bem como entre os filhos, tem-se o princípio da paternidade responsável e planejamento familiar, pautado na livre decisão que incumbe ao casal, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido temos o artigo 1.565, § 2º do código civil de 2002 o qual dispõe: “O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.”

Dessa maneira tem-se que o artigo ora mencionado buscou resguardar o instituto familiar e a convivência entre pais e filhos, vez que responsabiliza os pais desde o nascimento de seus filhos até estes alcançarem sua maioridade ou até se fazer necessário o acompanhamento, cuidado, afeto e responsabilização dos pais.

Registremos também a importância do princípio da solidariedade familiar, que impõe a relevância do respeito e do afeto que interligam o emocional da criança ao seio familiar, bem como o papel dos pais de demonstrar e ensinar aos filhos os valores sociais e morais que se fazem necessário para a vida adulta. Sendo assim, se desde criança a pessoa compreender a necessidade do respeito e do vínculo emocional com a família, isso provavelmente refletirá em sua vivência. Paulo Luiz Netto Lôbo aduz que:

A solidariedade instiga a compreensão da família brasileira contemporânea, que rompeu os grilhões dos poderes despóticos – do poder marital e do poder paterno, especialmente – e se vê em estado de perplexidade para lidar com a liberdade conquistada. Porém, a liberdade não significa destruição dos vínculos e laços familiares, mas reconstrução sob novas bases. Daí a importância do papel da solidariedade, que une os membros da família de modo democrático e não autoritário, pela co-responsabilidade¹⁵.

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto, apud Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400, **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**, Mariana Andrade Sobral, acessado em 09 de Abr. de 2014.

Nesse rumo, chegamos ao princípio da comunhão plena de vida, este baseado no respeito e na afeição, tratando-se de um princípio que tende a valorizar as relações intrínsecas, que prioriza a convivência familiar tanto para aquelas fundadas no casamento, quanto para a família monoparental, socioafetiva, e pela união estável, proibindo a intervenção na comunhão plena da família.

Mas, considerando o enfoque adotado no presente estudo, faz-se imperioso tratarmos do princípio da afetividade.

O princípio da afetividade tornou-se primordial para a família contemporânea, o afeto foi introduzido no direito de família através da evolução deste direito. Nas palavras de Paulo Lôbo:

A Constituição Federal de 1988 agregou esses novos valores e conheceu novas formas de constituir família, afastando o modelo apenas patriarcal que vigorou até boa parte do século XX. A emancipação feminina e a urbanização acelerada, ao longo do século XX, foram os dois principais fatores para o desaparecimento da família patriarcal¹⁶.

O princípio da afetividade é totalmente intrínseco ao direito de família, haja vista compor-se do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como do princípio da solidariedade. A família contemporânea fundamenta-se por meio destes princípios e também do afeto, tendo em vista o elemento formador da entidade familiar na atualidade. Assim, cumpre-nos esclarecer tal princípio trazendo o esclarecimento de Lôbo:

O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre os cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família¹⁷.

Fato é que o direito de família tem evoluído incessantemente e, muito mais após a Constituição Federal de 1988, em razão do reconhecimento do afeto. Para melhor compreensão, Lôbo destaca:

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre os irmãos

¹⁶ LÔBO, Paulo. Direito Civil: **Famílias**. 4.ed. 2ª.tiragem. [s.l.]: Saraiva, 2012, p.20.

¹⁷ Op. cit, p.70-71.

biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares¹⁸.

A partir daí torna-se possível compreendermos que com essa evolução muitas coisas mudaram em sua essência e dentre elas o princípio da afetividade, que tornou-se um dos mais importantes no direito de família por unir os entes familiares para um melhor desenvolvimento da criança. A afetividade desponta no sentido de que não há mais aquela preocupação voltada para o patrimônio que até então regia o patriarcalismo e a família tradicional.

Na família contemporânea a atenção esta toda voltada para proteção dos laços familiares, o Estado através da Constituição Federal passou a tutelar os interesses da família, visando um melhor convívio e introduzindo nessas relações o princípio da dignidade humana.

Deste modo, a família atual se baseia no afeto em todas as suas dimensões. Nesse diapasão é importante citar que através do princípio da afetividade foi admitido em nosso ordenamento a união homoafetiva que já é reconhecida como entidade familiar. Por conseguinte, temos a responsabilidade civil pelo abandono afetivo que é caracterizada através de pais que abandonam afetivamente e moralmente os filhos o que pode acabar por caracterizar uma má formação da personalidade dos filhos. Deste modo, os pais se tornam responsáveis por criar, dar afeto e instruir os filhos até a sua maioridade.

Nessa linha de pensamento temos também o reconhecimento da parentalidade socioafetiva que torna possível a formação de uma família por um pai, uma mãe, e um filho sem relação consanguínea, mas sim por relação de afetividade. Confirmando o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, cumpre citar que já há o reconhecimento do abandono afetivo pela responsabilidade civil, como se verifica em sentença proferida na Comarca de Cascavel Estado do Paraná:

Autos 0038958-54.2012.8.16.0021-Diante do exposto e por tudo o que mais dos autos consta, embasado no artigo 227, § 5º, da Constituição Federal, combinado com o artigo 170 e artigos 39 e seguintes da Lei 8069/90, considerando que o adolescente A. M. F., brasileiro, filho de E. F. F. e R. M. F., nascido em 16 de janeiro de 1996, registrado sob o nº XXX, folhas 24, do Livro A/10, perante o Registro Civil de B. V. da C. -PR, estabeleceu filiação socioafetiva com o requerente, defiro o requerimento inicial, para conceder ao requerente E. A. Z. J. a adoção do adolescente A. M. F., que passará a se chamar A. M. F. Z., declarando que os vínculos se estendem

¹⁸ LÔBO, Paulo. Direito Civil: **Famílias**. 4.ed. 2º.tiragem. [s.l.]: Saraiva, 2012, p. 71.

também aos ascendentes do ora adotante, sendo avós paternos: E. A. Z. e Z. Z.. Transitada esta em julgado, expeça-se o mandado para inscrição no Registro Civil competente, no qual seja consignado, para além do registro do pai e mãe biológicos, o nome da adotante como pai, bem como dos ascendentes, arquivando-se esse mandado, após a complementação do registro original do adotando. Sérgio Luiz Kreuz Juiz de Direito, (Comarca de Cáscavel, Estado do Paraná, Vara da Infância e da Juventude).

Torna-se importante, outrossim, trazermos a baila o conceito do princípio da afetividade. De acordo com o pensamento de Lôbo:

Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas¹⁹.

Corroborando, ao analisar a evolução do direito de família, percebemos que o grupo familiar forma-se através dos laços de afetividade, pois a relação sanguínea que era tão importante e intrínseca no direito de família da época do pátrio poder, hoje não tem tanta relevância, sendo mais importante e destacado no direito de família a afetividade cumulada com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em outra vertente temos o pensamento de Rodrigo da Cunha Pereira que diz:

(...) o afeto ganhou status de valor jurídico e, conseqüentemente, logo foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis, vez que o desejo e amor começam a ser vistos e considerados como o verdadeiro sustento do laço conjugal e da família²⁰.

Nestes termos, considerando a inserção de novos paradigmas no direito de família, os quais cada vez mais buscam unir formas e preceitos para delinear os institutos de família chegamos ao seguinte parâmetro: o afeto é tido como valor jurídico que busca em sua essência o reconhecimento das novas formas de família, sendo que antes dessa inserção, estas novas modalidades de família estavam desamparadas, porém, agora, encontram guarida na jurisprudência e em parte da doutrina.

¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto, apud Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400, Mariana Andrade Sobral apud, acessado em 11 de Abr. de 2014.

²⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio da afetividade**. In DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 194.

Apelação Cível n. 2013.068533-4, de Joinville. Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. GENITORES QUE SEMPRE FORAM OMISSOS QUANTO AO CUIDADO DOS FILHOS. DIFERENÇA DE TRATAMENTO PERPETRADA PELO GENITOR QUANTO AOS FILHOS SOMENTE DA COMPANHEIRA. ABANDONO AFETIVO EVIDENCIADO. CONJUNTO PROBATÓRIO CONTUNDENTE NO SENTIDO DE QUE HOUVE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.634 E 1.638, DO CC E 24, DO ECA. RETORNO DAS SEIS CRIANÇAS PARA O CONVÍVIO COM OS PAIS TOTALMENTE DESACONSELHÁVEL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.068533-4, da comarca de Joinville (Vara da Infância e Juventude), em que são apelantes R. H. A. e outro, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina: a Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais. Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Jairo Fernandes Gonçalves e Odson Cardoso Filho. Funcionou pela Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. André Carvalho. Florianópolis, 27 de Mar. de 2014.

De outra banda, temos ainda o princípio do melhor interesse da criança que vem ao encontro da valoração e proteção da família, sendo que a criança e o adolescente encontram-se em estado de fragilidade, fazendo-se necessário resguardar seus direitos no intuito de ver a formação de sua personalidade intacta.

É importante destacar a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, que no Brasil foi aprovada por intermédio do Decreto Legislativo nº18/1990, e ratificada pelo Decreto Legislativo nº 99.710/1990, visando a proteção dos interesses da criança, primando pela sua convivência familiar. Note-se que antes mesmo dessa convenção o Brasil já havia introduzido em sua Constituição Federal princípios que visavam a proteção da criança e do adolescente, bem como a instituição do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente possuidor de aplicação ampla, embora sua eficácia ainda dependa de fatores sociais e políticos.

Por fim, temos o princípio do reconhecimento da união estável como entidade familiar, incorporado pela Constituição Federal vigente, regulamentado pelo Código Civil de 2002, possibilita aos casais uma comunhão baseada no relacionamento afetivo. Nos parâmetros da família de hoje podemos perceber a livre constituição, sendo que esta se estende aos homoafetivos, família monoparental, etc.

Diante disso, podemos analisar que os princípios norteadores do direito de família objetivam alargar o instituto da família, agregando e incluindo os que por muito tempo ficaram isolados da entidade familiar. Nessa evolução, o pátrio poder foi substituído pelo

poder familiar que juntamente com o Estado, através de suas normas e regras, compõem o que hoje delineamos de instituto familiar.

Tendo discutido os princípios que norteiam o direito de família, passemos agora a estudar a sua natureza jurídica, para melhor compreensão do trabalho em desenvolvimento.

2.1.3 Natureza Jurídica do Direito de Família

A família, base da sociedade e por este fato protegida pelo estado tem sua fundamentação no artigo 226 da Constituição Federal²¹.

Nosso ordenamento jurídico visa regular as bases fundamentais do direito de família, sendo assim, concede a liberdade de escolha quanto ao planejamento familiar, religião, cultura, administração do patrimônio, a formação educacional dos filhos, etc. Como o instituto da família é tão importante em nosso ordenamento, em linhas gerais, os direitos dos pais em relação à forma de educar seus filhos vem acompanhada de muitos deveres.

Nessa vertente torna-se claro que a intervenção do Estado nada mais é do que proteger os interesses da família.

O direito de família tem causado incertezas quanto a sua natureza, tanto que alguns doutrinadores querem retirar o direito de família do ramo direito privado e colocá-lo no direito público, sendo que outros ainda acreditam ser um direito social. Porém, o que se observa é que o direito de família corresponde ao direito privado, em linhas gerais, ou preponderantemente ante a sua finalidade tutelar. Nesse sentido, temos o pensamento de Pontes de Miranda:

Sob esse título, os Códigos Civis modernos juntam normas de direito que não pertencem, rigorosamente, ao direito civil; ora concernem ao direito público, ora ao

²¹ **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.

§ 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.

§ 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.

§ 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.

comercial, ora ao penal e ao processual. Esses acréscimos não alteram, todavia, o seu caráter preponderante de direito civil²².

Kelsen é um dos autores que afirma não ser possível a divisão do direito público e privado, pois para ele só existe um direito, qual seja o do Estado. Para melhor compreendermos tal pensamento, Kelsen esclarece:

Se concebermos a distinção decisiva entre Direito público e privado como distinção de dois métodos de criação do Direito, se reconhecermos nos chamados atos públicos do Estado aqueles mesmos atos jurídicos que nos aparecem nos negócios jurídicos privados (...) então não se nos afigurará de forma alguma paradoxal que a Teoria Pura do Direito, do seu ponto de vista universalista – sempre dirigido ao todo da ordem jurídica como sendo a chamada vontade do Estado – veja também no negócio jurídico privado, tal como no comando da autoridade, um ato do Estado, quer dizer, um fato de produção jurídica atribuível à unidade da ordem jurídica²³.

Carlos Roberto Gonçalves expõe seu parecer quanto a classificação do direito de família, alegando que “malgrado as peculiaridades das normas do direito de família, o seu correto lugar é mesmo junto ao direito privado, (...) em razão da finalidade tutelar que lhe é inerente, ou seja, da natureza das relações jurídicas a que visa disciplinar”²⁴.

De outro norte, acrescenta-se que o direito de família possui natureza personalíssima. Tal característica é patente nos casos os quais os filhos são havidos fora do casamento. Nessa esteira o ensinamento de Silvio Rodrigues:

(...) ninguém pode transferir ou renunciar sua condição de filho. O marido não pode transmitir seu direito de contestar a paternidade do filho havido por sua mulher; ninguém pode ceder ao direito de pleitear alimentos, ou a prerrogativa de demandar o reconhecimento de sua filiação havida fora do matrimônio²⁵.

Importante frisar que muitos ramos do direito, dentre eles o direito de família tem sido considerado um direito social, haja vista estar entre o direito público e o privado. Assim destaquemos a seguinte afirmação de Sergio Resende de Barros “os direitos sociais, buscam a

²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**.3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1947.v.I a III, p.70.

²³ Direito Público e Direito Privado: Uma eterna discussão, por **Gisele Mascarelli Salgado**, Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9178&revista_caderno=15, acessado em 11 de Nov. de 2014.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 06: direito de família/ 7º ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010. P. 27.

²⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28.ed. Atualização de Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, v.6, p. 14.

realização dos valores da existência humana digna, em equação com os padrões de civilização que a humanidade vem alcançando em sua evolução histórica”²⁶.

Assim, fica claro que o direito de família pertence ao direito social, pois, tem evoluído no intuito de acompanhar as mudanças da sociedade, a evolução do direito e das pessoas.

Já como estado familiar conceitua-se como sendo a posição em que cada integrante da família ocupa, através do matrimônio, união estável, parentesco, consanguinidade ou afinidade, possuindo atributo personalíssimo. Na doutrina de Silvio Venosa, esse estado possui as seguintes características:

Irrenunciabilidade – não sendo possível renunciar à relação existente; onde ninguém poderá renunciar ou deixar a mercê seus dependentes. Intransmissibilidade - caracterizada por não poder transferir a alguém ato que lhe é cabido, ou seja, é intransmissível. Imprescritibilidade - caráter de um direito que não pode se extinguir por efeito da prescrição. Universalidade – compreendendo todas as relações jurídico-familiares. Indivisibilidade, sendo idêntico perante a família e demais membros da sociedade. Correlatividade, ligando os membros da família por laços recíprocos. E, por fim a oponibilidade, sendo um estado argüível erga omnes²⁷.

Superado alguns dos princípios que norteiam o direito de família, passaremos a compreender melhor as influências e modificações trazidas pela nossa Constituição Federal.

2.1.4 O Direito de Família na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002.

Como visto, antigamente a família era constituída apenas pelo matrimônio de modelo patriarcal e, com o passar dos tempos, as relações familiares foram se constituindo de forma diferente, sendo que os vínculos afetivos e as novas modalidades de família foram sendo priorizados. Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana tornou-se um marco para mudança do direito de família, e o legislador fez questão de introduzir artigos que viessem a delinear tais modificações. Dentre esses artigos temos o artigo 226, 227, e o artigo 5º, inciso I, que tornou o instituto de família voltado para a dignidade da pessoa humana, no qual a família pode ser constituída de várias formas, os filhos havidos fora do casamento devem ser tratados como se fossem da relação do matrimônio, aos homens e as mulheres deve ser conferido igual tratamento e, por fim, ao Estado ficou o dever

²⁶ <http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>, acessado em 06 de Dez. de 2014.

²⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Curso de Direito Civil – Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2005, apud O DIREITO DA FILIAÇÃO : Os efeitos jurídicos decorrentes da aplicação da reprodução assistida heteróloga na vigência do casamento e após a morte do cônjuge varão. Disponível em: http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/1_con_monica.pdf, acessado em 19 de Nov. de 2014.

de dar condições sociais adequadas a família e ainda efetivar as normas e regras constitucionais.

Diante disso, Carlos Roberto Gonçalves ressalta:

(...) as alterações advindas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, demonstram e ressaltam a *função social* da família no direito brasileiro, a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente à guarda, manutenção e educação da prole, com atribuição de poder ao juiz para decidir sempre no interesse desta e determinar a guarda a quem revelar melhores condições de exercê-la, bem como para suspender ou destituir os pais do poder familiar, quando faltarem aos deveres a eles inerentes²⁸.

Podemos perceber através do pensamento do autor que a evolução da família ocorrida com o advento da Constituição Federal de 1988, foi para que a função social da família fosse atendida e para que as novas modalidades de família pudessem serem regidas pelo mesmo instituto da família tradicional, havendo, assim, igualdade ante ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta feita, dissertaremos acerca das novas modalidades de família, admitidas pela Constituição Federal de 1988, tal como a família monoparental, modalidade de família muito importante em nosso ordenamento, bem como motivo de muitas discussões e debates.

2.1.5 Novas Modalidades de Família

As novas modalidades de família têm surgido conforme a evolução do direito e das pessoas. Além daquelas modalidades de família já presentes e defendidas pelo nosso ordenamento jurídico, as novas formas de família surgem de acordo com as novas formas de relacionamentos. Na atualidade, a maioria dos relacionamentos estão sendo construídos com base no afeto, o qual vem ganhando reconhecimento e repercussão dentro do direito de família, visto que o reconhecimento do afeto é pautado no princípio da dignidade da pessoa humana e a valorização dos indivíduos.

Destaque devemos dar para as famílias que tem sido formadas por pessoas do mesmo sexo. Neste tópico trataremos especificamente de duas novas modalidades de família, porém, há muitas outras.

²⁸ Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume VI, 5 ed. Ver. E atual. – São Paulo, Saraiva, 2008, p.19.

2.1.5.1 Família Monoparental

A família é a base da sociedade desde sempre, tratando-se de um elemento imprescindível para a formação da estrutura social, sofrendo mudanças de tempos em tempos para tentar adequar e incluir todos de forma igualitária.

A família monoparental foi reconhecida por nossa Carta Magna como sendo uma entidade familiar formada por um dos pais e seus descendentes, ou seja, pelo pai e filho ou pela mãe e filho.

Segundo o pensamento de Eduardo de Oliveira Leite:

A monoparentalidade sempre existiu – assim como o concubinato – se levarmos em consideração a ocorrência de mães solteiras, mulheres e crianças abandonadas. Mas o fenômeno não era percebido como uma categoria específica, o que explica a sua marginalidade no mundo jurídico²⁹.

Assim observamos que a monoparentalidade sempre existiu, porém o ordenamento jurídico da época não a reconhecia como uma entidade familiar. Nas palavras de Maria Helena Diniz:

A família monoparental, desvincula-se da idéia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um dos seus genitores, em razão da viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação por outro genitor, produção independente, etc ³⁰.

Podemos depreender que a família monoparental tornou-se cada vez mais presente na sociedade, vindo a ganhar força com o princípio do livre planejamento familiar discutido acima, dando liberdade as pessoas quanto ao planejamento familiar. No entanto, outro tipo de família também ganhou força com amparo constitucional, sendo a família homoafetiva que será discutida a seguir.

²⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.21.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5. p.11

2.1.5.2 Família Homoafetiva

A evolução da história, propiciou o surgimento de novas composições familiares. A família sendo um fato natural, que decorre da natureza e necessidade humana é a base de todos os indivíduos, assim como do Estado.

Assim sendo, a Constituição Federal dispôs (em seu artigo 226), sobre proteção à família, sem ressalvas. No entanto, essa proteção não alcançava a realidade dos casais homossexuais, os quais pleiteiam do Estado proteção e reconhecimento.

Buscando compreender as novas culturas que tem surgido nos últimos tempos Luiz Edson Fachin alega:

(...) o compromisso com a cidadania impõe uma nova forma de caminho para o reconhecimento da formação familiar, e para tanto, amplie-se o entendimento do direito de família para além do estabelecido no código civil, valendo-se para tanto dos princípios instituídos pela carta Constitucional, e pela formação jurisprudencial, para compreender e reconhecer a dinâmica dos novos tempos³¹.

Portanto, o pensamento do autor é no sentido de que deve haver o entendimento positivado e legislado do Estado quanto a este assunto, para que assim possamos melhor compreender e vivenciar essas novas dinâmicas, dos novos tempos.

A autora e escritora Maria Berenice Dias alude a respeito do tema que:

(...) a busca pela felicidade levou ao surgimento de novas famílias, que florescem vincadas pelo afeto onde o que se deseja é conciliar as vantagens da solidariedade familiar com a liberdade individual, desta forma esboçam-se na atualidade novas modalidades de família, mais igualitárias nas relações de sexo, menos sujeitas à regras e imposições³².

O entendimento da autora é no sentido de que o surgimento de novas famílias é pautado na busca da felicidade e que, diante disso, o afeto é primordial para que essas novas famílias se formem, buscando-se assim o reconhecimento e proteção do Estado, para que estes possam exercer os mesmos direitos a que assiste outras modalidades de família.

Dando, ainda, ênfase ao afeto, cumpre tecer comentários sobre a família mosaico, Maria Berenice Dias aponta: “no direito de família, trata-se de termo para designar aquelas

³¹ FACHIN, Luiz Edson. **Aspectos Jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1996, p. 1-2.

³² DIAS, Maria Berenice. **União homossexual. O preconceito e a justiça**, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, p. 49.

entidades familiares formadas pela pluralidade das relações parentais, em especial as fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento³³(...).

2.2 Aspectos do Poder Familiar

O poder familiar é atribuído aos pais quanto aos direitos e deveres sobre seus filhos, que tem por finalidade criá-los, educá-los, cuidar de seus interesses e ampará-los. O pátrio poder antes de tornar-se poder familiar passou por diversas alterações, deixando de ser absoluto o poder do pai perante seus filhos. Os poderes que o pai detinha na época da Roma antiga foram sendo restringidos com o tempo, graças à influência do cristianismo, com o advento da Igreja. A respeito desse período Caio Mário da Silva Pereira argumenta que:

(...) no que concerne aos direitos civis, o pai detinha poder absoluto sobre o filho, devendo este durar para sempre, extinguindo-se apenas pela morte ou *caitis deminutio* (diminuição da autoridade do pai) do pater, elevação do filho a certas dignidades maiores e pela emancipação voluntária³⁴.

Já no que concerne a influência do cristianismo através da religião temos o pensamento de Josiane Rose Petry Veronese:

O modelo patriarcalista persistiu por muito tempo, se estendendo até a Idade Moderna. Apenas com o Cristianismo é que as leis antigas receberam nova interpretação, passando a ser proibida a venda e a morte dos filhos, até mesmo a sua entrega ao credor. “O Cristianismo ensina o amor mútuo entre pais e filhos”³⁵.

De outro norte, o Estado passou a interferir com intuito de proteger a educação dos filhos, perante o poder familiar que se traduz em obrigação perante a pessoa dos filhos. Por este fato, o poder familiar tornou-se o dever de proteger os filhos, não podendo serem criados conforme o desejo do pai, pelo fato de que tem de ser respeitado a imposição do Estado. Nas

³³ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito de Famílias**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010. Apud Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12157&revista_caderno=14, acessado em 19 de Nov. de 2014.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. Vol. V. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.p.417

³⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry et. al. **Poder familiar e tutela: À luz do Novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Florianópolis: OAB/SC Editora. 2005.p.18

palavras de Silvio Rodrigues “um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”³⁶.

Nesse sentido o instituto do poder familiar constitui um *múnus público*, pois ao Estado, que fixa normas para o seu exercício, interessa o seu bom desempenho. É, portanto, *irrenunciável*, incompatível com a transação, e *indelegável*³⁷.

Se torna evidente que o poder familiar deve ser exercido pelos pais, não podendo renunciar nem delegar a outrem e a intervenção do Estado é para garantir que os filhos sejam bem cuidados e que nada venha a afetar sua personalidade e seu desenvolvimento, sendo pois, o papel do Estado de auxiliar no desempenho, desenvolvimento familiar.

Porém, existe uma exceção que esta expressa no artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, na qual se torna possível que uma família substituta realize o poder familiar, mas tudo isso será realizado em juízo e analisado por um juiz competente. Este artigo regula as condições e meios em que o poder familiar será transmitido, nos casos em que os pais legítimos já tenham falecido, casos de adoção, casos em que os pais entram em acordo junto com a família substituta. Em todos esses casos, ambos receberão assistência judiciária e orientação de uma equipe interprofissional para que em nada afete o direito da criança ou do adolescente e, ainda, tudo será realizado judicialmente, por meio de audiência na qual será ouvido o ente ministerial e as partes.

Importante salientarmos que os filhos estarão sujeitos ao poder familiar enquanto menores conforme preceitua o artigo 1.630 do Código Civil, se não forem emancipados, havidos ou não fora do matrimônio, desde que reconhecidos e os adotivos só estarão submetidos ao poder familiar após o reconhecimento legal.

O poder familiar será exercido por ambos os pais, na falta de um deles o outro exercerá com exclusividade, a separação judicial não prejudica o poder familiar, apenas se distingue a forma como será exercido havendo repartição de direitos e deveres.

A seguir, estudaremos a titularidade do poder familiar e suas vertentes.

³⁶ CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; GARCÍA MENDEZ, Emílio (Coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. p. 90.

³⁷ “Como conjunto de obrigações, tratando-se de ônus, o poder familiar é irrenunciável e indelegável” (JSTJ, 123/243).

2.2.1 Titularidade do Poder Familiar

No Código Civil de 1916 a chefia da família era atribuída ao homem e só podia ser exercida pela mulher na falta deste, porém tal situação foi modificada pela Lei n. 4.121/62, denominada como Estatuto da Mulher Casada. Segundo essa lei, embora ainda dando maior relevo à opinião do marido, o direito da esposa estava resguardado podendo a mesma procurar as vias judiciais para solução desses conflitos de titularidade.

De outra banda, ainda que a mulher exercesse algum direito só se tornou possível o exercício do poder familiar pela mulher a partir da Constituição de 1988 e, após isso, através da Lei do Divórcio nº 6.515/1977 que regulamentou totalmente a divisão de direitos e deveres dos pais quanto a pessoa dos filhos.

Frente a isso, podemos deduzir que o poder familiar deve ser exercido respectivamente pelo pai, pela mãe e nos dias atuais, pelos casais homoafetivos, sendo que na falta de um deles o outro exercerá com exclusividade, vez que o encargo advém da filiação. Como pode se observar, o Código Civil vigente não oferece redação, muito menos normas que diferenciem as formas e modalidades de família que acabaram por ser tipificadas pela doutrina e jurisprudência.

A partir de então, será estudado o conteúdo do poder familiar que relaciona e discrimina os direitos e deveres dos pais.

2.2.2 Conteúdo do Poder Familiar

No tocante ao conteúdo do poder familiar nosso Código Civil traz em sua redação o art. 1634 que trata dos direitos e deveres incumbidos aos pais à pessoa dos filhos menores³⁸.

Conforme redação do artigo 1634, I, cabe aos pais, cuidar, zelar, educar, e preparar os filhos fisicamente e moralmente para a sociedade. Caso isso não ocorra (de forma dolosa), terá como sanção, o crime de abandono material, redação do artigo 244 do Código

³⁸ Art. 1634 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.

Penal³⁹, configurando a perda do poder familiar, porém a obrigação de sustentar os filhos menores ainda permanece. Já para aqueles que não proporcionam educação aos filhos, estará cometendo abandono intelectual, conforme o que preceitua o artigo 246 do Código penal, que terá como pena detenção ou multa.

Quanto à companhia e a guarda dos filhos, Pontes de Miranda esclarece:

(...) o pai não poderia bem prover à educação do filho, sem ter o direito de obrigá-lo a residir na casa paterna, ou em qualquer lugar que lhe aprouvesse, como colégio, escola de artífices, etc.; fixar-lhes as horas de trabalho e estudo; proibir-lhe diversões licenciosas, determinar o momento em que se deve recolher, etc. O conjunto desses pequenos direitos paternos é o que constitui o dever do filho de ficar na companhia e sob a guarda do seu pai⁴⁰.

No que tange ao consentimento ou não para que os filhos menores se casem, o consentimento deve ser específico, com a anuência do pai e da mãe, desde que respeitado a idade núbil que está disciplinada nos artigos 1517 e 1631 do Código Civil vigente⁴¹.

Quando adentramos na questão da tutela testamentária dos filhos, vislumbramos que cabe aos pais a nomeação de tutor para os seus filhos. Nas palavras de Silvio Rodrigues:

(...) esse é o campo da tutela testamentária. Ela só se justifica se o outro cônjuge, que também é titular do poder familiar, for morto ou não puder, por alguma incapacidade, exercer o poder paternal, pois não pode um dos cônjuges privar o outro de um direito que a lei lhe confere (...)⁴².

³⁹ Código Penal, art. 244 Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei nº 5.478, de 1968)

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. (Incluído pela Lei nº 5.478, de 1968)

Entrega de filho menor a pessoa inidônea

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito de família**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. V. III, § 234. p.124.

⁴¹ **Art. 1.517.** O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

⁴² RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28.ed. Atualização de Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2003, v.6. p.361

Como o mencionado autor explicitou, cumpre aos pais esse direito e esse dever de dar aos filhos suporte familiar para o seu desenvolvimento, se os pais não podem fazê-lo nada mais justo que passar esse dever a alguém que lhes seja confiável.

No concernente à representação dos filhos até os dezesesseis anos, tornando-se assistidos após essa idade, sendo que a incapacidade absoluta impede que os menores tomem decisões sem a supervisão de um capaz, já a incapacidade relativa permite que o menor realize atos da vida civil, desde que assistidos. Nos casos em que houver conflitos no exercício do poder familiar entre pais e filhos será nomeado curador especial.

Por outro lado, os pais dotados de direitos e deveres quanto à pessoa dos filhos menores poderão exigir que esses lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, conforme redação do artigo 1634, VII, do Código Civil. Os pais ainda podem castigar os filhos desde que seja de maneira moderada, pelo fato de que castigos excessivos podem configurar o crime de maus-tratos, o que caracteriza perda do poder familiar. Vale ainda referir que o trabalho do menor fora de sua casa é vedado até os dezesesseis anos, somente é permitido para os casos de aprendiz, e ainda proibido o trabalho noturno até os dezoito anos. Conforme artigo 403 da Consolidação das Leis do Trabalho⁴³, artigo 7º, XXXIII da Constituição Federal⁴⁴, e artigo 404º da CLT⁴⁵.

Nessa linha de raciocínio assevera Caio Mário da Silva Pereira:

(...) quanto aos serviços exigidos, a idéia predominante é a participação. O filho coopera com o pai, na medida de suas forças e aptidões, devendo ser observadas as normas constitucionais proibitivas no que se refere ao trabalho infantil, salvo na condição de aprendiz⁴⁶.

⁴³ **Art. 403.** É proibido qualquer trabalho a menores de dezesesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos. (Redação dada pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000)

Parágrafo único. O trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola. (Redação dada pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000)

⁴⁴ **Art. 7º** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

⁴⁵ **Art. 404** - Ao menor de 18 (dezoito) anos é vedado o trabalho noturno, considerado este o que for executado no período compreendido entre as 22 (vinte e duas) e as 5 (cinco) horas.

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil**. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5, p. 431.

Devemos mencionar, também sobre os deveres paternos na gestão dos bens dos filhos, expressão essa utilizada para definir a administração e o direito ao usufruto dos bens dos filhos menores, nesta vertente temos o artigo 1.689 do Código Civil:

O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:

I – São usufrutuários dos bens dos filhos;

II – têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade”.

Sendo assim, fica estabelecido aos pais, em igualdade de condições a administração dos bens e em caso de haver divergência, poderão se recorrer a um juiz para solucioná-la. Ademais, devem seguir pressupostos, não podendo os pais ir além do que lhes compete, cabendo apenas zelar pela preservação do patrimônio, não podendo realizar atos que venham a diminuí-lo. No caso de haver necessidade de vender algum bem, será necessária uma autorização judicial para efetivar a alienação, comprovando a necessidade. E se tais diretrizes não forem respeitadas haverá nulidade.

Por sua vez, sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse do menor com o dos pais será nomeado curador especial; sobre o assunto cumpre citar:

Já quanto ao usufruto, este caberá aos pais como forma de reconhecimento por toda a sua dedicação na preservação e cuidado dos bens dos filhos. Nesse diapasão Silvio Rodrigues assevera: se é verdade que aos pais incumbem as despesas com a criação dos filhos quando estes não as possam atender, justo é também que, tendo os filhos bens para criarem-se e educarem-se, usem as rendas dos mesmos bens para esse fim⁴⁷.

Plausível pensamento desenvolvido pelo autor, portanto não se esquecendo que certos limites devem ser respeitados para que os filhos futuramente não venham a ser penalizados pela falta de bens, que lhes seriam fundamentais para seu desenvolvimento. Importante frisar o artigo 1693 que disciplina a exclusão do usufruto dos pais e a administração dos bens dos filhos⁴⁸.

⁴⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28 ed. Atualização de Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6 p. 364.

⁴⁸ **Art. 1.693.** Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:

I - os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento;

II - os valores auferidos pelo filho maior de dezoito anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos;

III - os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais;

IV - os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

Adiante analisaremos as especificidades intrínsecas à extinção, suspensão e perda do poder familiar.

2.2.3. Extinção, Suspensão e Perda do Poder Familiar

A extinção do poder familiar é decretada por decisão judicial, já a suspensão é uma sanção dada aos pais por deixar de exercer o poder familiar, ou seja, deixar de atender aos interesses do menor. O artigo 1635 do Código Civil nos traz redação pertinente a este assunto definindo que o poder familiar será extinto pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, maioridade, adoção, ou ainda por decisão judicial.

Quando os pais morrem, os filhos menores perdem seus responsáveis, ou seja, aqueles que exerceriam o poder familiar, mas, no caso de só um dos pais falecer o outro assumirá o poder, porém se ambos falecerem o menor ficará desprovido tendo a necessidade de lhe ser nomeado tutor. Já se é o filho que morre, se emancipa, ou alcança sua maioridade, o instituto desaparece não tendo mais necessidade de alguém exercer o poder familiar, sendo que, na emancipação e na maioridade, o filho, em regra, torna-se responsável por seus atos da vida civil e pública.

No caso da emancipação⁴⁹ voluntária acontecerá quando os pais concederem aos filhos maiores de dezesseis anos, sendo que será realizada em cartório e a proteção que era conferida pelo poder familiar a este menor será extinta.

Nos casos de adoção, a extinção ocorrerá de forma diferente, o poder familiar será extinto para os pais biológicos e será conferido aos adotantes, tratando-se de um ato irreversível.

Temos ainda a perda ou destituição por decisão judicial que está redigida na redação do artigo 1638 do Código Civil⁵⁰ elencadas como formas de perda do poder familiar, sendo assim terá destituído o poder familiar aquele que castigar imoderadamente seu filho, pois o pai que utiliza de meio violentos e excessivos para educar seu filho abusando da autoridade

⁴⁹ Antigamente a emancipação voluntária poderia ser realizada apenas por um dos pais, normalmente, pelo pai, sem necessidade da anuência da mãe – a igualdade de direitos e deveres, faz agora imperioso que ambos autorizem a emancipação do menor, vez que os efeitos incidirão sobre o poder familiar de ambos os genitores.

⁵⁰ 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

que lhe é conferida não merece ser portador desse poder, sem contar que ao fazer uso desses castigos imoderados o princípio da dignidade da pessoa humana está sendo atingido.

Na mesma sanção incorre aquele que abandona o seu filho, pelo fato de que toda criança e adolescente tem direito à convivência familiar conforme prevê o artigo 227 da Constituição federal já bastante citado. O abandono caracteriza a falta de amor, afeto e cuidado, vindo a interferir diretamente no desenvolvimento moral e intelectual do menor, sem falar do abandono material que coloca em risco a sobrevivência do menor abandonado.

Dando sequência aos atos que destituem o poder familiar chegamos aos atos contrários à moral e aos bons costumes que prejudica diretamente a formação moral da criança e do adolescente, como transcrito no julgado abaixo:

O lar é uma escola onde se forma a personalidade dos filhos. Sendo eles facilmente influenciáveis, devem os pais manter uma postura digna e honrada, para que nela se amolde o caráter daqueles. A falta de pudor, a libertinagem, o sexo sem recato podem ter influência maléfica sobre o posicionamento futuro dos descendentes na sociedade, no tocante a tais questões, sendo muitas vezes a causa que leva as filhas menores a se entregarem à prostituição⁵¹.

Sob a visão dos julgadores no acórdão supracitado, analisando detidamente essas circunstâncias chegamos a conclusão que os pais irresponsáveis que deixam os filhos à mercê de situações errôneas e inadequadas devem ser punidos, pois se torna nítido que uma criança ou adolescente que conviva com pessoas, cujos exemplos de vida são inadequadas, irá se espelhar nos pais e assim poderá ter prejudicado o seu desenvolvimento social, moral. Sem contar que não são somente estes atos que caracterizam atos contrários à moral, mas também o alcoolismo, as drogas, a prostituição, a vadiagem, ou seja, tudo aquilo que os pais fazem, de certa maneira, irá influenciar a personalidade do filho.

Por fim, temos a incidência das faltas que acarretam na suspensão do poder familiar, criada para que os pais não venham a repetir condutas indecorosas. O artigo 1636 do Código Civil⁵² disciplina que novas núpcias não interferem no exercício do poder familiar, este artigo padece de uma expressão equivocada conforme assevera Carlos Roberto Gonçalves:

⁵¹ Destituição do poder familiar. Filhos menores em ambiente promíscuo e inadequado. Comportamento imoral e vida desregrada dos genitores. Provas suficientes para procedência do pedido. (TJMG. Ap. 000.151.088-2/00, 2ª Câ. Cív., rel. Des. Abreu Leite, j. 15.02.2000.

⁵² **Art 1.636.** O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

(...) haja vista que tanto o pai quanto a mãe que se casam novamente não perderá seu poder familiar quanto ao filho havido do primeiro casamento, este continuará a exercer seu poder e se sobrevierem filhos do novo casamento em nada interferirá no poder familiar quanto ao primeiro, mas se o novo cônjuge quiser compartilhar o poder familiar quanto ao filho do primeiro casamento terá que adotá-lo⁵³.

A suspensão do poder familiar ocorrerá sempre que os pais abusarem de sua autoridade vindo a descumprir os deveres inerentes a sua titularidade como, por exemplo, não cuidar e administrar de forma coerente os bens dos filhos, deixar a desejar quanto a proteção que lhes confere e ainda em casos em que o pai ou a mãe forem condenados a pena não superior a dois anos. Em todos esses casos o juiz competente poderá suspender o poder familiar.

Importante destacarmos que os deveres que os pais têm para com seus filhos estão contidos em vasta legislação, desde a Constituição Federal, o Código Civil e o ECA- Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que todos eles disciplinam as normas que pais e filhos devem respeitar.

Dentre as características da medida de suspensão do poder familiar estão o cunho protetivo, já que visa proteger o menor, não permitindo que os pais venham a colocar em risco a integridade física ou psicológica da criança. É temporária, a transitoriedade sendo que após decorrido o período de suspensão os pais voltam a exercer o poder familiar que antes encontrava-se suspenso. E, também, devemos referir que pode ser parcial ou total. Esta última envolve todos os poderes e deveres relacionados ao poder familiar, enquanto a primeira, a parcial, se constitui quanto à proibição do pai ou da mãe ter o filho em sua companhia. A suspensão pode ser facultativa, quando refere-se a apenas um filho.

A perda do exercício do poder familiar, ou suspensão será determinada por decisão judicial quando os pais cometerem faltas graves conforme salientamos anteriormente. O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 23⁵⁴ alude que a carência de recursos materiais não constitui motivo ensejador na perda do poder familiar.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

⁵³ Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, V. 06, São Paulo, Saraiva, 2009, p.390.

⁵⁴ **Art. 23.** A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

Para melhor compreendermos, faz-se necessário destacar o esclarecimento feito por Carlos Roberto Gonçalves:

A perda ou destituição do poder familiar é permanente, mas não se pode dizer que seja definitiva, pois os pais podem recuperá-lo em procedimento judicial, de caráter contencioso, desde que comprovem a cessação das causas que a determinaram. É imperativa e não facultativa. Abrange toda a prole, por representar um reconhecimento judicial de que o titular do poder familiar não está capacitado para seu exercício⁵⁵.

A partir desse entendimento, concluímos que a perda do poder familiar torna-se efetiva somente quando os pais não cessam os motivos e causas que deram início à ação de destituição do poder familiar. Frise-se ainda que o processo de suspensão ou extinção do poder familiar será provocado pelo Ministério Público, ou por aquele que tenha interesse.

Nesse intuito, esgotados os temas aqui propostos passemos ao segundo capítulo deste trabalho, aprofundando no capítulo adiante a valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais, seus pressupostos para jurisdicização do afeto e a discussão acerca da responsabilidade civil pelo abandono afetivo.

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família – 7. Ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 210, p. 418.

3 ABANDONO AFETIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Neste capítulo buscaremos, *a priori*, a análise do poder familiar interligado com a obrigação dos pais de dar afeto aos seus filhos, ou seja, o dever fundamental embasado com o princípio da dignidade da pessoa humana. Partiremos das premissas da obrigação e da responsabilidade civil na qual é dever dos pais dar afeto aos filhos.

Primeiramente, faz-se importante mencionarmos que no final do século XX aconteceram algumas mudanças sociais no que diz respeito à dignidade da pessoa humana, sendo que o direito tem buscado por meio do ordenamento jurídico adaptar-se a essas mudanças. Na realidade, as alterações ocorridas com o advento da Constituição Federal foram no sentido de substituir alguns valores da família patriarcal, adaptando-se aos novos paradigmas da sociedade. O instituto da família foi o que sofreu maiores alterações, sendo que a família patriarcal foi substituída por novas modalidades de família, conforme já destacado neste trabalho.

Sobre as influências do princípio da dignidade da pessoa humana relativamente ao direito de família, cumpre tecermos comentários em tópicos específicos, como segue adiante.

3.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Efetiva Aplicação no Direito de Família

Neste tópico será explanado o conteúdo que envolve a dignidade da pessoa para com o direito de família. Dentre outros assuntos abordados, verificaremos, quando é que teve início a preocupação em dar espaço a esse princípio e a partir de quando ele começou a mudar a valorização jurídica do afeto.

Quanto à inegável relevância da irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana, Aline Biasuz Suarez Karow acentua:

O princípio da dignidade da pessoa, no ordenamento brasileiro, funciona como ponto de contato para efetivação dos direitos e garantias fundamentais elencados no catálogo constitucional. Não é falso afirmar, com certo zelo, que este princípio dá unidade e coerência aos direitos fundamentais que se encontram sob o tronco constitucional⁵⁶.

O que autora tenta transmitir nesta citação é que o princípio da dignidade da pessoa teve maior efetividade em nosso ordenamento após a Constituição Federal de 1988, pois,

⁵⁶ Karow, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**/Curitiba: Juruá, 2012, p. 103

anteriormente tratava-se apenas de um princípio com relevância equiparada a todos os outros. No entanto, com a evolução do direito e o surgimento de casos específicos em que havia a necessidade de aplicar tal princípio, foi então que este começou a nortear casos referentes ao direito de família.

Prossegue a autora, Aline Biasuz Suarez Karow, explicando as repercussões trazidas pela Constituição Federal aduzindo o que ocorreu em alguns países, dentre eles o Brasil:

O que aconteceu foi uma redemocratização de alguns países que estiveram sob o manto ditatorial (entre eles o Brasil), buscou-se um resgate do valor humano, consagrando a dignidade da pessoa e colocando os direitos fundamentais sobre toda e qualquer outra disposição estatal⁵⁷.

A ideia foi colocar os direitos fundamentais da pessoa acima de qualquer outro direito a ser respeitado, reforçando a importância desses princípios que outrora estiveram prejudicados durante certo período, mais precisamente o período da Ditadura Militar.

Destacamos que todos os princípios constitucionais são, em abstrato, de mesma hierarquia, portanto se analisados sob a ótica do direito de família pode-se ponderar a prevalência de um sobre o outro. Acerca da discussão em tela é importante gizarmos e compreendermos a valoração dos princípios: “Inicialmente, o direito natural foi fonte dos princípios, porém de uma forma quase que metafísica, havendo um excesso de abstração, residindo apenas na fria letra da lei a sensação de realidade”⁵⁸. Diante disso, o positivismo⁵⁹ alegava que em razão da transcendência dos princípios estes eram vistos como dispensáveis, porém, em razão do formalismo, os princípios foram aceitos como auxiliares.

Assim, tendo o direito natural sido considerado insuficiente para compreender os casos apresentados, nasce então a fase pós-positivista⁶⁰. A partir de então os princípios ganham

⁵⁷ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**/Curitiba: Juruá, 2012 p. 103.

⁵⁸ KAROW, Op. cit., p. 105.

⁵⁹ “No âmbito do Direito, positivismo representa a tentativa de compreender o Direito como um fenômeno social objetivo. Recusa-se assim, uma postura preocupada em fazer derivar o Direito de outras fontes que não são as sociais (jusnaturalismo), ao mesmo tempo, que se renega a fazer depender a existência do Direito a juízos morais particulares. Assim como o positivismo filosófico revela uma era pós-metafísica, na qual o mundo é reduzido a sua descrição científica, o positivismo jurídico também partilha a visão Direito desencantada própria do mundo contemporâneo, nas quais as práticas sociais e, portanto, o direito, parecem carecer de um propósito ou sentido últimos”. BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

⁶⁰ O pós-positivismo pode ser descrito, em grandes linhas, como um novo paradigma concebido no âmbito da teoria jurídica de contestação às insuficiências, aporias e limitações do juspositivismo formalista tradicional, que reflete em larga medida uma ideologia jurídica herdada do Estado de Direito do século XIX. Robert Alexy e

nova roupagem, que acabou por ser incorporada na interpretação do ordenamento jurídico brasileiro.

Nas palavras de Ruy Samuel Espindola:

Os princípios contribuem também para o processo de aferição de constitucionalidade de uma lei, quando postos em confronto com o dispositivo normativo sob exame. Havendo desrespeito a um princípio constitucional por parte do legislador infraconstitucional ocorrerá flagrante inconstitucionalidade⁶¹.

Importante frisarmos que o princípio da dignidade da pessoa norteia o tema do trabalho em questão, pois envolve a noção de poder familiar, assim como os efeitos de sua renunciabilidade no ordenamento jurídico pátrio, no campo da responsabilidade civil.

Nessa seara, o princípio ora discutido vem se consagrando nas mais variadas decisões jurídicas, sendo palpável sua influência nas decisões exaradas, tendo em vista que o mesmo busca tutelar o direito da pessoa humana.

No direito de família, quando tratamos de separações judiciais verificamos que a aplicação do princípio da dignidade da pessoa nos leva a desconsiderar a culpa, relevando sobre a culpa a falta de afeto, sendo que se assim for declarada, a vida conjugal deverá ser dissolvida, pois não há motivos que ensejem a vida de casado se o afeto já não mais existe. Nesse diapasão, é dever do Judiciário promover a valorização desse princípio em respeito à Constituição Federal, isso porque se trata de um princípio fundamental. Diante disso passemos a compreensão da seguinte citação:

[...] conflito entre princípios de igual importância hierárquica, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado, *a priori*, em favor do princípio, em absoluto da dignidade humana. Somente em corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados estimados. A dignidade, assim como a justiça, vem à tona no caso concreto, se feita aquela ponderação⁶².

Ronald Dworkin são, indiscutivelmente os autores mais notórios a freqüentar qualquer exposição digna de nota sobre a temática pós-positivista. DINIZ, Antônio Carlos e MAIA, Antônio Cavalcanti. IN: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.605.

⁶¹ ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 248.

⁶² Cf.MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, Rio de Janeiro: Renovar, 203, p. 85.

Com isso percebemos que o princípio norteador e basilar de todos os outros é o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual na efetivação da justiça torna-se indispensável, pois, o que deve ter em mente é a valorização da pessoa antes de qualquer outra coisa.

Quando tratamos da dignidade da pessoa voltada para o interesse da criança, é nítido que a doutrina busca proteger a criança de toda e qualquer situação que lhe cause danos ou prejuízos. Nesse sentido, vale citar:

“O binômio de temas dignidade da pessoa e relações de afeto é um dos temas centrais do trabalho, pois são os fundamentos dos pedidos e das condenações nas demandas de reparação civil por abandono afetivo”⁶³.

Já debatida a importância do princípio da dignidade da pessoa humana e sua inafastável irradiação nas situações da vida privada, notadamente, no âmbito do direito de família e, conseqüentemente, na proteção aos direitos das crianças e dos adolescentes, passamos a tratar da questão da paternidade e suas peculiaridades.

3.2 Poder familiar e sua Evolução Normativa

Primeiramente, é importante frisarmos as mudanças sociais, éticas, científicas e de valores que aconteceram com a evolução das sociedades no que tange à figura do pai, seus deveres e responsabilidades para com seus filhos. A ideia que se tem em mente, quando tratamos da figura do pai, é aquele provedor da casa, o esteio e a base familiar, porém, esta realidade tem se transformado no decorrer da história, principalmente após a evolução sexual e a chegada do homem à modernidade.

Assim, concluímos que, mesmo após muita evolução no direito de família, ainda vivemos em uma sociedade que não adequou as normas à realidade, a qual se torna sempre mais dinâmica.

O poder familiar era totalmente voltado para a figura paterna, sendo ele a base, o esteio, o chefe, o guardião e o responsável pela família. Contudo, a forma como acontecia todo esse poder de mando era prejudicial à família, tendo em vista que a mulher não exarava sua opinião, sendo submissa ao seu companheiro, assim como o filho era submisso ao pai, ou seja, o princípio da dignidade humana naquela época não era norteador do direito de família.

⁶³ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**/Curitiba: Juruá, 2012, p.119.

Na Idade Moderna, o desfecho da história do poder familiar continua sendo pautado na figura paterna, sendo que, somente com o advento da Revolução Francesa foi reconhecida a igualdade entre os filhos havidos, ou não, do seio familiar, tendo os pais que reconhecerem a filiação. Entretanto, essa mudança radical não teve efetividade no seio familiar, fora esquecida pela lei que ainda não estava sendo efetivada de forma impositiva, de modo que a figura paterna ainda continuou a decidir e a determinar o desfecho do poder familiar.

Na Idade Contemporânea, o homem ainda foi o fator determinante da filiação, porém, por tempo determinado (aproximadamente meados do século passado). No que diz respeito ao papel da mulher, esta apenas servia ao casamento, ora como esposa, ora como mãe.

Paulatinamente, o homem deixa de ser o protagonista no que diz respeito à decisão acerca da paternidade, o que gerou inúmeras consequências, dentre elas: pais e mães solteiros, filhos havidos fora do matrimônio, guarda de filhos, o dever de alimentos, enfim, houve uma evolução no direito de família e também o advento de muitos problemas que buscamos uma solução, por meio da ciência jurídica, bem como de outras ciências como a psicologia. Um outro problema, surgido deste período, foi a falta de codificação para esse emaranhado de novidades, pois, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a mulher assume, assim como o homem, o papel de responsável pela educação e guarda dos filhos.

No ano de 1991, com a edição da lei nº 8.560, a garantia da paternidade (art. 2º § 1º) dá-se com a mera declaração em cartório pela mãe, no registro de seu filho, cabendo ao “pai”, no caso de sua negativa, submeter-se ao exame de DNA. Cumpre-nos dizer que a resistência do suposto pai em submeter-se ao exame, corresponde à sua confissão ficta, estabelecendo-se, assim, pelo julgado, a relação paterno-filial. Na compreensão de Eduardo de Oliveira Leite o:

‘Exame de DNA, ou o limite entre o pai e o genitor’, quando a procriação foge do desejo bilateral e passa a ser unilateral, mesmo com um emaranhado de Leis sobre o assunto, não se pode provocar qualquer efeito decorrente de uma verdadeira filiação, porque ‘na medida em que é unilateral, escapa a bilateralidade que caracteriza o autêntico projeto parental’⁶⁴.

Na visão do autor, as imposições geradas pela lei, religião ou costume não são suficientes para caracterizar o afeto, o qual deve ser intrínseco à família. Não há que se falar

⁶⁴ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**/Curitiba: Juruá, 2012, p. 72.

em qualquer tipo de afeto ou amor impositivo, pois, logicamente, ele não será verdadeiro para quem o recebe e para quem o sente e dedica.

A afeição na paternidade não deve ser imposta, pois, se assim acontecer, os vínculos familiares estarão sendo fragilizados. Nesse sentido, as leis devem ser mais flexíveis e demonstrar que a paternidade deve ser reconhecida espontaneamente e não impositivamente. Ademais, a imposição acarreta deveres para o suposto pai, porém garante direitos ao filho, tratando-se assim de um problema que de um lado temos um filho ávido por amor, afeto, presença paterna e de outro, um pai surpreso obrigado a amar, cuidar e transmitir valores, tudo de forma impositiva.

Destacamos que a criança tem direito fundamental de saber suas origens, sua herança genética, o que, igualmente, corrobora com a proteção da dignidade da pessoa e acaba, em uma ponderação de valores, por suplantar os caprichos, brios, ou qualquer violação à intimidade ou a vida privada, do “novo pai surpreso”.

De outro norte, quando se trata de um filho desejado, o pai moderno participa ativamente na vida do filho desde a sua gestação, tornando-se um companheiro da esposa nas tarefas familiares, sendo um pai presente, amoroso, que transmite conhecimento e valores, e é atuante na educação e preparação escolar do filho. Dessa maneira o afeto se torna um dos elementos mais importantes do direito de família do século XXI.

Nessa linha de raciocínio, nos deparamos com direitos fundamentais, princípio da dignidade da pessoa humana, melhor interesse da criança e paternidade responsável, mas a grande discussão ainda é: será que a imposição do exame de DNA comprovando uma paternidade indesejada trará benefícios de valor afetivo para a criança ou adolescente?

Os princípios constitucionais que ao mesmo tempo protegem os direitos dos menores (criança e adolescente), dando-lhes o direito de ver reconhecida sua paternidade, ao mesmo tempo não impõe a este pai amar, cuidar, proteger e dar afeto a esse filho, tornando-se assim uma imposição negativa que não gerará bons sentimentos para com esse filho, pelo fato de que ninguém é obrigado a amar. Além disso, não se deve instituir um direito em benefício da coletividade que prejudique a individualidade.

3.3 A Família e a Jurisdição do Afeto: Transformação em Valor Jurídico

O valor jurídico do afeto ao indivíduo tem sido um dos temas mais discutidos dentro do direito de família, haja vista as mudanças ocorridas nos últimos anos, com o surgimento das novas modalidades de família face ao princípio da dignidade da pessoa humana. O

matrimônio já não é mais fundado no patrimônio e sim nos laços de afeto, prova disso são as famílias alternativas, as adoções estabelecidas pelo vínculo de afeto pré-estabelecido, pais adotantes tem direito à licença maternidade se caso a criança tenha menos de 01 (um) ano de idade, conforme decisão do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, no caso acontecido em Campinas, São Paulo:

Processo: CSJT 150/2008-895.15.00.0.”Decisão: I – por unanimidade: a) conhecer de ofício da matéria; b) no mérito, declarar a legalidade da decisão que reconheceu o direito à licença de 90 (noventa) dias ao servidor solteiro, em razão da obtenção da guarda, para fins de adoção, de criança com idade inferior a um ano; II – por maioria, vencidos os Exmos. Conselheiros Vantuil Abdala e Milton de Moura França, conferir efeito normativo ao presente acórdão, a fim de que seja editada Resolução para este Conselho Superior. Declarou-se impedido o Exmo. Conselheiro Luis Carlos Cândido Martins Sotero da Silva”. BRASIL – Tribunal Superior do Trabalho. Decisão do Conselho Superior de Justiça do Trabalho em 03.04.2009, referente ao processo CSJT 150/2008-895.15.00.0⁶⁵.

Vale ressaltarmos, a importância desse julgado que abriu caminhos para muitos que pretendiam realizar a adoção, porém não tinham subsídios na lei para tal finalidade e, por questões de ordem trabalhista, não tinham esse determinado tempo para estabelecer vínculos de afeto com o adotado. Ressaltemos ainda que o referido caso só obteve resultado positivo em instância superior, sendo reconhecido o direito da criança e do adotante⁶⁶.

Outrossim, o afeto passou a ser elemento jurídico primordial que define e regula relações familiares, especialmente no que tange ao reconhecimento da paternidade.

Corroborando com a afirmação acima, cumpre mencionarmos:

Contemporaneamente, o afeto é desenvolvido e fortalecido na família, sendo este, ao mesmo tempo, a expressão de união entre seus membros e a mola propulsora dos integrantes que buscam sua realização pessoal através da sua exteriorização de forma autêntica⁶⁷.

⁶⁵ Karow, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**/Curitiba: Juruá, 2012, p. 124.

⁶⁶ (...) com fundamento no art. 5º da Constituição que trata da isonomia entre o homem e a mulher e ainda no melhor interesse da criança que necessita no período de adaptação desenvolver laços de afetividade com o seu pai ora adotante. Contemporaneamente, o afeto é desenvolvido e fortalecido na família, sendo este, ao mesmo tempo, a expressão de união entre seus membros e a mola propulsora dos integrantes que buscam sua realização pessoal através da sua exteriorização de forma autêntica. Op. cit., p. 126.

⁶⁷ Op. cit., p. 126.

José Sebastião de Oliveira comenta que o desenvolvimento pessoal dos componentes da família, por meio do afeto, é complementar ao desenvolvimento da família como um todo, ou seja, são partes que se completam:

É dentro da família que os laços de afetividade tornam-se mais vigorosos e aptos a sustentar as vigas do relacionamento familiar contra males externos; é nela que seus membros recebem estímulo para pôr em prática suas aptidões pessoais. Daí então ser a característica da afetividade, aliada, por óbvio, à nuclearidade, a responsável pela plena realização pessoal de cada membro familiar. A afetividade faz com que a vida em família seja sentida da maneira mais intensa e sincera possível, e isto só será possível caso seus integrantes vivam apenas para si mesmo: cada um é o 'contribuinte' da felicidade de todos⁶⁸.

O afeto dentro desse prisma acabou se tornando um valor jurídico palpável, que une a família e começa a delinear as suas novas modalidades que também se refere ao princípio da dignidade da pessoa. Nesse intuito, a família forma-se, desenvolve-se e modifica-se graças ao vínculo de afeto que esta inerente a ela.

Nas palavras de Giselle Groening, o afeto é:

(...) no direito, em ramos da filosofia e no senso comum, identificado como amor. Em nossa visão positivista era inclusive visto como dissociado do pensamento. Mas, ele é muito mais do que isto. Sem dúvida, uma qualidade que nos caracteriza é a ampla gama de sentimentos com que somos dotados e que nos vinculam – uns aos outros, de forma original face a outras espécies. Com base nos afetos, que se transformam em sentimentos, é que criamos as relações intersubjetivas - compostas de razão e emoção - do que nos move. À diferença dos outros animais, somos constituídos, além dos instintos, de sua tradução mental em impulsos de vida e de morte. Estes ganham a qualidade mental de afetos – energia mental com a qualidade de ligação, de vinculação = libido, Eros, ou de desligamento, de não existência = morte, Thanatos. São estes impulsos que nos afetam, desde dentro, e que se transformam em sentimentos - que ganham um sentido, uma direção na relação com as outras pessoas, com nuances que variam do amor ao ódio, em combinações variadas. É por meio dos afetos que valorizamos e julgamos a experiência em prazerosa, desprazerosa, boa, má. Mas vamos além disto, e valoramos nossas experiências também de acordo com o pensamento, com a experiência e com valores construídos nas relações e apreendidos do meio social. São os afetos que nos vinculam das mais diversas formas às pessoas. E é certo que também somos afetados pelos estímulos externos que são traduzidos, interpretados mentalmente segundo as experiências passadas e a valoração que lhes foram atribuídas. Somos seres axiológicos por excelência, e parte desta qualidade que nos é inerente vem justamente dos afetos.⁶⁹

⁶⁸ OLIVEIRA, José Sebastião. Op. Cit., p. 235, apud Aline Biasuz Suarez Karow. **Abandono Afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**/Curitiba: Juruá, 2012, p.126.

⁶⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A outra face do poder judiciário-decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. Belo Horizonte: Del Rey/São Paulo: Escola Paulista de Direito – EPD. (2005), Disponível em http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0612.html, acessado em 23 de Set. 2014.

Desta maneira, podemos compreender que a valorização do afeto deve ser positivada pelo legislador, por ser esta entendida como mais importante do que o próprio vínculo biológico. Destaque-se que as jurisprudências e muitos julgados já punem o abandono afetivo paterno-filial, considerando o poder familiar como algo irrenunciável⁷⁰. E, a partir do momento em que o pai ou a mãe se tornam omissos do dever de cuidar de seus filhos, a única maneira de compensação é a valorização jurídica deste afeto. Tornando assim a afetividade algo valorizado na sociedade e constitucionalizado na norma.

Assim, torna-se inegável que o reconhecimento do afeto como valor jurídico seja inerente ao direito de família, pois, o mesmo vem ganhando proteção jurídica onde quer que seja reivindicado. Fernando Dias Andrade destaca o desenvolvimento do afeto no ambiente familiar:

A família é tanto campo para criação, o exercício e a formação para submissão e ódio quanto para o universo: a participação e o amor. Sem nenhuma necessidade de embasamento moral ou teológico, é o caso de pensar a família como ambiente afetivo – porque ambiente de constante confronto de corpos e afetos, de constante manifestação de dependências e expectativas – no qual o poder familiar não pode existir enquanto poder, mas unicamente como imagem daquilo que está, por direito, ao alcance de quem é investido do *imperium* da responsabilidade familiar, e deve ser substituído por uma noção, não jurídica, de potência familiar, na qual se concebe coletivamente o que são todos os integrantes de uma família – que por sua vez também resta definida – e que os torna identificados àquela família. Um dos elementos para essa identificação pode ser bem concreto, aquela da real dependência moral e afetiva de um indivíduo sobre o outro, e que nos faz imediatamente pensar da dependência do filho impúbere perante os pais adultos ou dos pais idosos perante os filhos adultos⁷¹.

Abstraímos desse ensinamento que o afeto dentro do direito de família é analisado sob a ótica de valor jurídico, já que a falta deste pode causar inúmeros danos irreparáveis. No entanto, teses contrárias a esse entendimento alegam que o afeto é externo, não fazendo parte do ordenamento jurídico. Adiante analisaremos com mais ênfase a valorização jurídica do afeto. Na sequência, examinaremos um projeto que tem mudado a vida de muitas pessoas, dada a sua efetividade.

⁷⁰ Processo: APL 0001053220118260415 SP 0001053-52.2011.8.26.0415, Relator(a): Luiz Ambra, Julgamento: 06003/2013, Órgão Julgador: *a Câmara de Direito Privado. RESPONSABILIDADE CIVIL. Indenização Danos morais. Abandono Afetivo. Julgamento antecipado que caracterizou cerceamento de defesa. Sentença anulada. Recurso provido para este fim.

⁷¹ ANDRADE, Fernando Dias. **Poder familiar e afeto numa perspectiva**. Espinosama. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Op.. cit., p. 392.

3.4 Projeto Pai Presente

O Projeto Pai Presente vem sendo desenvolvido em diversas comarcas do Brasil, o projeto que temos como espelho para discutir o tema neste trabalho tem como entidade idealizadora, “ONG-BRASIL SEM GRADES”. O objetivo deste projeto é dar ao filho a paternidade que fora esquecida, garantindo assim o direito inerente ao indivíduo, que é ter o nome do pai no registro de nascimento. Através deste projeto, idealiza-se também a busca pela afetividade perdida da relação entre o pai e o filho.

O projeto é desenvolvido partindo da premissa de que o filho que cresce sem a presença efetiva do pai, sem amor, carinho e orientação, tem prejuízo na formação de sua personalidade. Destaque-se que a legislação prevê como sendo um dos direitos básicos de cidadania, o registro civil de nascimento, tendo o Estado que garantir a efetividade deste direito.

Na atualidade a paternidade tem sofrido muitas mudanças e incertezas, as quais caracterizam as dificuldades que os pais enfrentam no exercício da função paterna. Muitos pais não são responsáveis por seus filhos, deixando as mães com todo encargo de criação, educação, transmissão de valores e provimento. Tendo em vista muitos não estarem preparados para exercer tal função, no entanto, os filhos não devem pagar pela irresponsabilidade do pai. Assim sendo, a finalidade do projeto não é apenas que o pai registre o filho, mas também que participe ativamente da vida deste⁷².

Dentro dos objetivos do projeto, primeiramente, identifica-se nas escolas aquelas crianças que não tenham o nome de seus pais em seu registro civil, visando a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, ao fortalecer os vínculos parentais e diminuir os comportamentos anti-sociais.

As estratégias de intervenção deste projeto iniciam-se com um convênio firmado entre as unidades executoras do projeto (Defensoria Pública, Ministério Público, Varas de Família, ONG's, etc.), secretárias de saúde e hospitais, buscando incentivar as mães da importância da participação do pai na criação do filho. A atuação do cartório de registro civil deve ser regulamentada pelo poder judiciário, o cartório verificará a relação dos nascidos e quantos foram registrados, encaminhando ao Ministério Público a relação daqueles não registrados

⁷² **PROJETO PAI ? PRESENTE! em busca da paternidade efetiva**, Disponível em: <http://www.dpe.rs.gov.br/site/arquivos/3.5.pdf>, acessado em: 19 de Nov. de 2014.

para que exerça as providências cabíveis. A partir das declarações fornecidas pelas mães que não registraram os filhos com o nome do pai, o Ministério Público instaurará procedimento administrativo visando o reconhecimento da paternidade desta criança.

Nos casos de reconhecimento voluntário, o pai reconhecerá e registrará o filho, sendo fixados guarda, alimentos, visitas, que posteriormente serão homologados por juiz competente. Porém, naqueles casos em que o pai tenha dúvidas acerca da paternidade, estes serão encaminhados à Defensoria Pública por ofício, que providenciarão o exame de DNA extrajudicial e, para aqueles que se neguem fazer o exame, será iniciada ação de investigação de paternidade. Em muitos casos de investigação de paternidade poderão ser encontradas situações de paternidade sócio-afetiva, os quais deverão proceder a ação de adoção.

Por derradeiro, a finalidade deste projeto é conscientizar e sensibilizar a mãe da importância do pai na vida do filho, responsabilizando-o pela participação na vida deste, cumulando os ônus e bônus da função de ser pai, (conforme projeto que segue anexo).

Continuamente, para complementar o objetivo deste trabalho, desenvolveremos tema muito importante e polêmico que vem sendo discutido pela doutrina e jurisprudência, denominado Alienação Parental.

3.5 Alienação Parental

Explicitaremos neste tópico que muitas vezes o abandono afetivo ocorre devido a prática da alienação parental, tendo em vista que esta provoca o afastamento de um dos pais da vida cotidiana do filho.

Segundo a cartilha desenvolvida pelo Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso em comunhão com o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, o conceito de alienação parental é:

Considera-se ato de Alienação Parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este⁷³.

⁷³ **Cartilha Alienação Parental**, Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso – IBDFAM – Instituto Brasileiro de **Direito de Famílias**. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/NoticiaImprensa/file/2014/04%20-%20Abril/25%20-%20Cartilha%20-%20Aliena%C3%A7%C3%A3o.pdf>, acessado em 05 de Nov. de 2014.

De outro norte, a autora Maria Berenice Dias explica que além da Alienação Parental, temos a Síndrome da Alienação Parental que é consequência da anterior e conhecida também como implantação de falsas memórias⁷⁴, quando o filho após uma separação judicial é utilizado como instrumento da agressividade, sendo induzido a odiar o outro genitor, ou seja, trata-se de uma campanha de desmoralização⁷⁵.

Conforme salientado, ainda nos dizeres de Maria Berenice Dias, nesse jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter havido abuso sexual⁷⁶.

Quando esse fato é destacado o filho mais uma vez se torna vítima do alienador, tendo como prejuízos, a implantação de falsas memórias.

A alienação parental sempre afasta um dos genitores da vida do filho, na maioria dos casos em que se constata a alienação, é devido ao inconformismo de um dos cônjuges pelo divórcio ou separação. Ocorre que o genitor alienante busca prejudicar o genitor alienado, no entanto, a criança que se torna a vítima, ocasionando-lhes estas consequências de cunho psicológico e moral, como citado abaixo:

A síndrome, uma vez instalada no menor, enseja que este, quando adulto padeça de um grave complexo de culpa por ter sido cúmplice de uma grande injustiça contra o genitor alienado. Por outro lado, o genitor alienante passa a ter papel principal e único modelo para a criança que, no futuro, tenderá a repetir o mesmo comportamento⁷⁷.

Como já salientamos, a origem da alienação parental advém da separação dos cônjuges, quando da disputa pela guarda dos filhos. Os pais não buscam resguardar o melhor interesse da criança, mas o somente o deles, por não se conformarem com o fim do relacionamento, utilizam os filhos para agredir o outro cônjuge.

Merece destaque a lei 8.069/90 Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual dispõe: “são direitos fundamentais da criança a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação das

⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Famílias, 9. Ed. Ver., atual e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 472.

⁷⁵ DIAS, Op. cit., p. 473.

⁷⁶ DIAS, Op. cit., p. 474.

⁷⁷ FONSECA, Priscila Maria Pereira Côrrea da. **Síndrome da Alienação Parental**, p. 05. Disponível em: http://www.wilsoncamilo.org/arquivos/alienacao_parental.pdf, acessado em 18 de Nov. de 2014.

políticas sociais públicas que permitem o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”⁷⁸.

Porém, o que acontece quando da prática da alienação parental é totalmente o contrário, pois os pais utilizam os filhos colocando na cabeça destes que o outro genitor não o ama, que não o respeita. E, assim, acaba o filho afastando-se do seu genitor, graças à influência negativa do outro genitor, provocando abalos psicológicos, como: tornando a criança uma pessoa ansiosa, depressiva, insegura etc.

Euclides Oliveira destaca que os filhos numa disputa judicial são: “colocados como epicentro da disputa paterna, como se fossem meros objetos numa relação de forçada convivência em que lhes renega a posição de sujeitos de direitos”⁷⁹.

Quando a guarda do filho é decidida pelo judiciário aquele que ganhou a demanda, no entanto, também aquele que não se conforma com o divórcio, buscará demonstrar sua superioridade e, a partir de então, provocará a alienação parental contra a criança, desmerecendo o outro genitor, alegando que se ele decidiu por se separar é porque não os ama e quer ficar distante para constituir nova família. Assim, confunde-se a cabeça da criança, diante da influência do genitor que “o cuida, o instrui, o ama”. Por consequência, a criança começará a se afastar do outro, não querendo ficar com o genitor alienado nos dias de visita por exemplo. Assim, restará configurada a alienação parental e futuramente a síndrome que é consequência desta, a qual restará evidenciada.

Importante destacarmos, ainda, a diferença entre a alienação parental e a síndrome da alienação parental, Priscila Maria esclarece:

A alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome da alienação parental, por seu turno, diz respeito às seqüelas emocionais e comportamentais de quem padecer a criança ou vítima daquele alijamento⁸⁰.

⁷⁸ BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei. 8.060/90, Brasília, DF, Senado Federal, 1990.

⁷⁹ OLIVEIRA, Euclides. **Os operadores do direito frente às questões de parentalidade**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 20, Out/Nov, 2003, p. 151.

⁸⁰ FONSECA, Priscila Maria Corrêa da. Bacharel em ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica. Artigo publicado em Pediatría (São Paulo), 2006; 28(3)162-8, p.12. apud ROSA, Felipe Niemezewski da. **A síndrome de alienação parental nos casos de separações Judiciais no direito civil brasileiro**, p. 15.

Desta maneira, compreendemos que a síndrome é a consequência da alienação e ambas destroem o vínculo da criança com um dos genitores e, conseqüentemente, irá desenvolver na criança a raiva pelo genitor alienado, devido aos transtornos psicológicos sofridos. Por outro lado abre-se o seguinte questionamento, qual a maneira de identificar uma criança vítima de alienação?

Podevyn conceitua a identificação da síndrome, da seguinte maneira:

Para identificar uma criança alienada, é mostrada como o genitor alienador confia a seu filho seus sentimentos negativos e às más experiências vividas com o genitor ausente. Dessa forma, o filho vai observando toda a negatividade que o alienador coloca no alienado, levando-o a sentir-se no dever de proteger, não o alienado, mas, curiosamente, o alienador, criando uma ligação psicopatológica similar a uma “folie a deux”. Forma-se a dupla contra o alienado, uma aliança baseada não em aspectos saudáveis da personalidade, mas na necessidade de dar corpo ao vazio⁸¹.

Por oportuno, trazemos ainda o esclarecimento feito por Maria Berenice Dias:

Nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias⁸².

Assim, compreendemos que a alienação parental é a interferência prejudicial à formação da personalidade da criança, promovida por um dos genitores, ou por quem detenha sua guarda, é uma forma de abuso psicológico. São formas de alienação parental:

- I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade.
- II – dificultar o exercício da autoridade parental.
- III – dificultar contato de criança ou adolescente com o genitor.
- IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar.
- V – omitir deliberadamente ao genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço.
- VI – apresentar falsa denúncia contra o genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente.

⁸¹ PODEVYN, François. Tradução para Português: Apase – Associação de Pais e Mães Separados: Associação Pais para Sempre: disponível em <http://www.paisparasemprebrasil.org>, apud ROSA, Felipe Niemezewski da. **A síndrome de alienação parental nos casos de separações Judiciais no direito civil brasileiro**, p. 18.

⁸² DIAS, Maria Berenice. Síndrome da Alienação Parental, o que é isso? Apud ROSA, Felipe Niemezewski da. **A síndrome de alienação parental nos casos de separações Judiciais no direito civil brasileiro**, p. 24.

VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós⁸³.

De outro norte, cumpre-nos dizer que a lei que defina a alienação parental é a Lei nº 12.318/2010. Não podemos deixar de mencionar ainda a posição das jurisprudências quanto ao tema em apreço:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.133.388-3, DE FORO REGIONAL DE SÃO JOSÉ DOS PINHAIS DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA - VARA INFÂNCIA, JUVENTUDE, FAMÍLIA E ANEXOS AGRAVANTE:W.B.AGRAVADO:G.P.P.RELATOR : DESEMBARGADOR RENATO LOPES DE PAIVA AGRADO DE INSTRUMENTO AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS RECONHECIMENTO INCIDENTAL DA PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL SENTENÇA QUE APÓS A IMPOSIÇÃO INEFICAZ DE OUTRAS MEDIDAS DETERMINOU A INVERSÃO DA GUARDA DA CRIANÇA EM FAVOR DE SEU GENITOR RECURSO DE APELAÇÃO RECEBIDO NOS EFEITOS DEVOLUTIVO E SUSPENSIVO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA RECEBIMENTO DO APELO APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO MEDIDA QUE GARANTE A EFETIVA E IMEDIATA CONVIVÊNCIA FAMILIAR RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Acordam os Integrantes da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. (TJPR - 11ª C.Cível - AI - 1133388-3 - Foro Regional de São José dos Pinhais da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Renato Lopes de Paiva - Unânime - - J. 04.06.2014) (TJ-PR - Ação Civil de Improbidade Administrativa: 11333883 PR 1133388-3 (Acórdão), Relator: Renato Lopes de Paiva, Data de Julgamento: 04/06/2014, 11ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1361 29/06/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - FAMÍLIA - REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - DIREITO DA GENITORA - INDÍCIOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL - ACOMPANHAMENTO POR PROFISSIONAL FORENSE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Nos litígios em que estejam envolvidos interesses relativos a crianças, notadamente naqueles que envolvam regulamentação do direito de visita, o julgador deve ter em vista, sempre e primordialmente, o interesse do menor. - Ausente prova nos autos de conduta grave da mãe a ocasionar peremptória repugnância da filha, até porque a genitora nunca desistira de prestar assistência à infante, insistindo em acordos com o pai da menor e mesmo com a adoção de medidas judiciais, o que corrobora a tese de alienação parental praticada pelo pai, impõe-se autorizar as visitas da mãe à menor, o que preserva o seu melhor desenvolvimento e interesse. - Revela-se prudente, por outro lado, que as visitas sejam supervisionadas por profissional forense, diante do que resultou dos estudos psicossociais. AGRADO DE INSTRUMENTO - GUARDA - DIREITO DE VISITAS - ACORDO HOMOLOGADO EM JUÍZO - RESISTÊNCIA DA ADOLESCENTE - REVISÃO DOS TERMOS DA

⁸³ **Cartilha Alienação Parental**, Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso – IBDFAM – Instituto Brasileiro de **Direito de Famílias**. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/NoticiaImprensa/file/2014/04%20-%20Abril/25%20-%20Cartilha%20-%20Aliena%C3%A7%C3%A3o.pdf>, acessado em 19 de Nov. de 2014.

VISITAÇÃO - POSSIBILIDADE - MELHOR INTERESSE DO MENOR. - Em se tratando de interesse de crianças e adolescentes, o magistrado não deve se ater ao formalismo processual e determinar o simples cumprimento do acordo homologado em tempo pretérito em juízo, inclusive com imposição de astreintes, desconsiderando a instabilidade emocional e o desejo da menina, que apresenta notória resistência às visitas da mãe. - Estudo social que concluiu que "existem dificuldades sérias e ainda obscuras que inviabilizam, no atual estágio de sofrimento da adolescente, o retorno à visitação a sua genitora". - Visando a estreitar os laços materno-filiais, porém, atenta à angústia da adolescente, recomendável, por ora, a visitação supervisionada em sábados alternados, na cidade em que reside a menor. - Recurso parcialmente provido. (TJ-MG - AI: 10378030092126003 MG, Relator: Versiani Penna, Data de Julgamento: 08/03/2013, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 26/03/2013).

Desta feita, concluímos que a alienação parental advém das separações e disputas sobre a guarda dos filhos, sendo que os pais utilizam de artifícios para alcanças seus objetivos. Esse comportamento será avaliado e punido pelo poder judiciário, primeiramente com uma advertência, seguido de uma multa, acompanhamento psicológico, alteração ou inversão da guarda e por fim a suspensão da autoridade parental.

A reflexão que devemos fazer acerca da responsabilidade por abandono afetivo frente à ocorrência da alienação parental, é que não é o pai que torna-se ausente, mas sim aquele que dificulta a interferência do outro, o qual deverá ser responsabilizado pelo abandono. Neste caso específico é o pai agente da alienação que deve responder pelo abandono, em caso de reparação civil pelo seu filho.

Adiante ver-se-á a respeito do afeto e do desenvolvimento da personalidade, sob o enfoque constitucional e do direito de família.

3.6 O Afeto e o Desenvolvimento da Personalidade

A constitucionalização do afeto vem acontecendo nos últimos tempos por meio do reconhecimento da união estável e da adoção, sendo que a discussão atual dos nossos tribunais pertine na reparação civil, por falta de afeto dos pais. Os juristas que defendem essa tese de reparação civil por abandono afetivo, estão totalmente embasados no princípio da dignidade da pessoa humana, pautado na proteção do desenvolvimento da personalidade da criança. Conforme salientam Chaves e Rosenvald:

(...) que a Constituição da república de 1988 promoveu uma verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, a partir da afirmação cidadania como elemento propulsor, que demonstra, mais uma vez, a introjeção do Direito Constitucional e, em especial, dos

direitos e deveres fundamentais, também no tocante as relações de família, de natureza privada⁸⁴.

A discussão que ainda existe acerca do tema é: trata-se de obrigação moral dos pais de dar afeto aos filhos, ou dever jurídico?

Imbasciati analisa o afeto da seguinte maneira:

A compreensão dos afetos passa por um jogo relacional (...). A estrutura afetiva é de fato uma memória. Os psicanalistas não conseguem reconstruir a estrutura afetiva do paciente reconstruindo os eventos externos do seu passado remoto, nem isso de nada serviria se pudéssemos fazê-lo; em vez disso, eles ajudam a reconstruir o sentido da sua história interior em função das progressivas vivências do seu desenvolvimento⁸⁵.

Considerando que a Constituição Federal é a norma suprema do nosso país, todos os outros ordenamentos jurídicos devem-lhe obediência, nesse intuito, as relações do direito de família passarão a ser regidas pela Constituição e não, tão somente, ao seu código específico. Conforme o direito tem evoluído, as novas formas de família têm surgido, dentre outros institutos do direito de família, essas questões foram sendo dirimidas pela norma constitucional, ante a seu caráter de proteção dos direitos e deveres fundamentais. Desta feita, concluiu-se que o afeto deve ser resguardado pelo nosso ordenamento jurídico e é o que tem embasado a maioria das decisões dos tribunais pátrios.

Maria Berenice Dias defende que o afeto deve ser um dos princípios regentes do direito de família, e assim esclarece que “o Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade a todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto”⁸⁶.

A visão da autora é totalmente embasada no que a Constituição Federal garante a todos os indivíduos que, neste caso específico, trata-se dos direitos dos filhos, os quais estão

⁸⁴ CHAVES, Cristiano de Farias e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB. Vol. 1. 10. ed. Rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. Apud Heleno Florindo da Silva em **A família e o afeto: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana**, p. 03.

⁸⁵ IMBASCIATI, Antônio. **Afeto e Representação: para uma psicanálise dos processos cognitivos**. Trad. por RESENDE, Neide Luiza de. São Paulo: Editora 34, 1998. Apud Heleno Florindo da Silva em **A família e o afeto: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana** p. 08.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 69.

elencados em vários artigos. Analisando detidamente a constitucionalização do direito civil, bem como a normatização do afeto através deste, torna-se necessário a análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a partir de três teorias, sendo elas:

A) Teoria do *State Action*, a qual alude que se deve negar a eficácia dos direitos fundamentais, no tocante ao relações privadas, entendendo assim que o estado é o único sujeito passivo. B) Teoria da Eficácia Indireta e Mediata dos direitos fundamentais no âmbito privado, sendo que a mesma defende que a Constituição não autoriza aplicação de tais direitos nas relações privadas, servindo apenas como norte ao legislador. C) Teoria da Eficácia Direta e Imediata dos direitos fundamentais frente às relações particulares, a qual determina a aplicação integral dos direitos, nas relações interpessoais, sendo esta a teoria adotada no Brasil (grifo nosso)⁸⁷.

Ainda nesse ponto, depreendemos que numa sociedade desigual na qual estamos inseridos, nada mais justo que seja estendido os direitos fundamentais às relações privadas, para que este possa nortear tais relações.

Paulo Bonavides salienta acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais:

Com efeito, os direitos fundamentais, ao extrapolarem aquela relação cidadão-Estado, adquirem, segundo Bockenforde, uma dimensão até então ignorada – a de norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula⁸⁸.

Ademais, inferimos desta citação que a eficácia horizontal de alguns princípios torna a Constituição a base para interpretação das inúmeras relações privadas, as quais necessitam de ordenamento constitucional e infraconstitucional⁸⁹.

Assim sendo, se os pais exercerem o poder familiar da forma que está expresso na lei, respeitando os princípios constitucionais, os direitos fundamentais, o afeto que deve ser declarado aos filhos é mera consequência de todo esse exercício, sendo que não haverá necessidade de valoração do afeto. No entanto, se o pai se torna ausente, acarretando prejuízos à formação da personalidade da criança, o filho, não tendo outra saída para ver reconhecido seus direitos acaba por promover ações, para se ver compensado de forma monetária, diante de todo descaso e falta de afeto que lhe fora imposto.

⁸⁷ SILVA, Heleno Florindo da. **A família e o afeto**: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana, p. 05.

⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 587-588, apud Heleno Florindo da Silva. *A família e o afeto: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana*, p. 05-06.

⁸⁹ Op. cit. p. 06.

Nestes termos, a psicologia e a psicanálise estudam a importância e a necessidade do afeto na vida de uma pessoa, porém os profissionais incumbidos deste estudo ressaltam que é muito difícil valorar algo tão imprescindível a formação da personalidade humana, já que o afeto é descoberto logo nos primeiros anos de vida. Portanto, cabe mencionar que:

(...) as totalidades das psicologias, dentre as quais se destaca a psicanálise, se debruçam ao estudo do afeto, não havendo dúvidas, neste sentido, de que todas essas psicologias consideram o afeto algo comunicável, advindo da relação entre os seres⁹⁰.

Diante dessa afirmação, destaque deve ser dado ao pensamento de Antônio Imbasciati:

(...) o afeto, é um esquema funcional adquirido nas experiências precoces, ou então na vida psíquica primária: o fato de cada indivíduo ter a sua específica estrutura afetiva depõe para uma aquisição pessoal desta; e já que o afeto é comunicável, a aquisição deve ser relacional⁹¹.

Assim sendo, o afeto é a primeira estrutura da mente, caracterizado a partir de uma experiência interpessoal entre pai e filho, por isso tão importante na formação da personalidade. A psicanálise tem fundamental papel nesse estudo, haja vista estudar a mente humana, por meio das experiências afetivas vivenciadas.

Portanto, conforme fora afirmado, vemos que a personalidade humana é formada desde os primeiros anos de vida da pessoa e os psicólogos e psicanalistas que estudam a mente humana e seu comportamento, alegam que não há como modificar aquilo que fica “gravado na mente”, não tendo como se desfazer de momentos desprovidos de afeto, os quais virão a interferir na formação da personalidade humana. Destaque-se neste íterim o seguinte pensamento:

A formação da personalidade humana e, conseqüentemente, a efetivação da dignidade da pessoa humana, passa pelo relacionamento humano - afetivo entre os indivíduos, em sua primeira infância – crianças – e seus pais. A falta dessa relação afetiva poderá, segundo se demonstrou, ocasionar problemas de identificação e de relacionamento humano no futuro dessa criança, o que, conforme visto acima, consubstancia um prejuízo à personalidade humana sem possibilidade de

⁹⁰ SILVA, Heleno Florindo da. **A família e o afeto**: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana, p. 07.

⁹¹ IMBASCIATI, Antônio. **Afeto e Representação: para uma psicanálise dos processos cognitivos**. Trad. por RESENDE, Neide Luiza de. São Paulo: Editora 34, 1998, p. 129, apud Heleno Florindo da Silva. **A família e o afeto**: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana, p. 07.

reconfiguração, haja vista o fato dos psicanalistas não conseguirem reconstruir a estrutura afetiva do paciente⁹².

Assim, conforme o pensamento de Heleno Florindo da Silva, o dever jurídico dos pais em dar afeto aos filhos é um mecanismo de proteção à dignidade e o desenvolvimento da personalidade humana. A sociedade, a qual estamos inseridos não está preparada para compreender o poder familiar apenas como obrigação moral. Não estamos, aqui, rechaçando a obrigação moral, mas apenas constatando que ela não é suficiente. Nesse sentido, o estudo que deve ser desenvolvido é no intuito de ver reconhecido e exercido esse dever fundamental.

Alguns autores discutem a ineficácia jurídica desses deveres fundamentais, sendo que existem inúmeras teorias que defendem estes princípios, no entanto, falta normatividade.

Nas palavras de Martinez os deveres fundamentais elencados constitucionalmente são divididos em três aspectos, quais sejam:

(...) o dever jurídico existe com independência de que o dever trabalhado tenha tido previamente, ou não, uma dimensão moral; o dever jurídico tem que estar reconhecido por uma norma pertencente ao ordenamento, e normalmente os deveres jurídicos trazem consigo uma sanção para os casos onde houver o seu inadimplemento⁹³.

Desta maneira podemos concluir que os deveres fundamentais, existem e devem ser respeitados, se analisados do ponto de vista moral. No entanto, esse dever deve estar atrelado a uma norma que o reconheça e imponha uma sanção, caso haja descumprimento de tal regra ou norma. Percebemos assim, a preocupação do autor em distinguir cada fase do dever fundamental, analisado como dever jurídico.

O ápice do problema esta na possibilidade de contraprestação, nos casos de descumprimento dos deveres fundamentais, analisado do ponto de vista moral e jurídico.

Ademais, torna-se nítida a imposição de contraprestação para aqueles pais que se recusam a cumprir com os deveres fundamentais de dar afeto a pessoa de seus filhos, estão a

⁹² SILVA, Heleno Florindo da. **A família e o afeto: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

⁹³ No original: a) “El deber jurídico existe con independencia de que el deber de que se trata haya tenido previamente o no una dimensión moral (...); b) El deber jurídico tiene que estar reconocido por una norma perteneciente al Ordenamiento; c) normalmente los deberes jurídicos llevan aparejada una sanción en caso de incumplimiento (...)”. MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. Los Deberes Fundamentales. In: DOXA, 4, 1986. p. 329 apud SILVA, Heleno Florindo da. **A família e o afeto: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

mercê das decisões do Estado, ou seja, enquanto não há lei que regule essas situações, ficamos todos ansiosos por uma análise criteriosa de cada caso, haja vista nem todos os pais serem condenados. O que se busca através do direito é uma regulamentação, um norte a ser seguido, tendo em vista, que é totalmente descabido em algumas situações os pais serem obrigados a compensar pelo abandono afetivo alguém que eles jamais souberam da existência, o que é bem diferente da situação daquele pai que sabe da existência do filho e o abandona, deixando todo o encargo para a pessoa da mãe ou terceiros.

Por este e muitos outros fatos característicos é que temos que estudar a mente humana, o direito de família e todas as suas vertentes, a evolução da sociedade, o papel do Estado e buscar entender até que ponto os deveres fundamentais influenciam as decisões nesse sentido e porque é tão difícil regulamentar essa situação, dada a gravidade de muitas crianças terem sua personalidade e desenvolvimento prejudicados.

Diante disso, encontramos inúmeras opiniões favoráveis e contrárias acerca da responsabilidade pela omissão em dar afeto, assim, não podemos ser extremistas acerca do assunto e analisar apenas uma vertente, acreditamos que toda essa problemática deve ser discutida passo a passo para não restringir ninguém de seus direitos.

O filho deve receber amor, afeto e cuidado de seu pai, para que assim possa crescer com identidade e valores morais transmitidos por este, de outro norte, o pai não deve ser obrigado a amar, e muito menos a pagar pela falta deste, através de uma imposição do Estado, haja vista existirem situações que o abandono não gerou na prole abalo psicológico ou moral, digno de compensação, por ter sido suprido de outras formas, por outra figura, ou não era fundamental para o filho de alguma maneira, a figura do pai. Existem casos ainda, que o pai desconhece a existência do filho e não tem sequer condições de arcar com essa responsabilidade paterno-filial. Nesse sentido que os autores se dividem acerca de infinitas teorias, ora protege os direitos dos filhos, ora protege os interesses do pai.

Honneth⁹⁴ alude sobre os problemas advindos da falta de afeto dos pais, sejam eles: os sintomas de borderline⁹⁵ e de narcisismo⁹⁶.

⁹⁴ HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. por REPA, Luiz. São Paulo: Editora 34, 2003.

⁹⁵ Síndrome de Borderline, ou transtorno de personalidade Limítrofe, é uma grave doença psicológica. Os indivíduos com a síndrome de Borderline vivem no limite entre a normalidade e os surtos psicóticos. As dificuldades para se relacionar, oscilações de humor e impulsividade são algumas características da síndrome de Borderline que o paciente pode apresentar, atingindo também as pessoas que o cercam. Esses sintomas começam

A partir desses conceitos, vê-se a importância do afeto, tornando-se assim totalmente inegável a existência do dever fundamental reconhecido constitucionalmente através do artigo 227 da Constituição Federal⁹⁷, o qual atribui dever à família, à sociedade e ao Estado de

a se manifestar na adolescência e se tornam mais frequentes no início da vida adulta. Dr. Arthur Frazão (Médico), Disponível em: <http://www.tuasauade.com/sindrome-de-borderline/acessado> em 07 de outubro de 2014.

⁹⁶ Narcisismo é um conceito da psicanálise que define o indivíduo que admira exageradamente a sua própria imagem e nutre uma paixão excessiva por si mesmo. O termo é derivado de Narciso, que segundo a mitologia grega, era um belo jovem que despertou o amor da ninfa Eco. Mas Narciso rejeitou esse amor e por isso foi condenado a apaixonar-se pela sua própria imagem refletida na água. Narciso acabou cometendo suicídio por afogamento. Posteriormente, a mãe Terra o converteu em uma flor (narciso). Disponível em <http://www.significados.com.br/narcisismo/> acessado em 07 de Out.2014.

⁹⁷ **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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 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.

§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

proteger e resguardar os interesses das crianças. Desse modo, foi atribuído a Constituição e ao Direito Civil, o dever fundamental de proteger o princípio do afeto e, dessa maneira é inquestionável a possibilidade de reparação civil nos casos de abandono afetividade.

A forma como fora transcrito na Constituição, não deixa dúvidas de que as crianças, adolescentes e jovens devem ser protegidos pelos pais, pela família, Estado e sociedade no geral, assim sendo, o dever fundamental é totalmente plausível, devendo ser respeitado por estes. Adentramos mais profundamente em casos específicos de abandono afetivo, e discutiremos acerca das vertentes da decisão que fora tomada por nossos tribunais no tópico que segue.

3.7 Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva nas Relações Paterno- Filiais

O abandono afetivo é um tema muito recorrente nos últimos anos, e a responsabilidade civil que advém do mesmo está desamparada, ante a falta de posicionamento da legislação. Quanto ao judiciário, podemos argumentar que apesar das inúmeras dificuldades que encontra tem sido muito corajoso para julgar essas lides.

As questões as quais se buscam respostas são as seguintes: Pode um pai ou uma mãe abandonar seu filho psicologicamente e moralmente? E em decorrência disso ser responsabilizado civilmente, através da condenação por indenização?

Acerca do tema em apreço, torna-se importante destacar o pensamento de Rolf Madaleno:

Justamente por conta das separações e dos ressentimentos que remanescem na ruptura da sociedade conjugal, não é nada incomum deparar com casais apartados, usando os filhos como moeda de troca, agindo na contramão de sua função parental e pouco se importando com os nefastos efeitos de suas ausências, suas omissões e propositadas inadimplências dos seus deveres. Terminam os filhos, experimentando vivências de abandono, mutilações psíquicas e emocionais, causadas pela rejeição de um dos pais e que só servem para magoar o genitor guardião. Como bombástico e suplementar efeito, baixa a níveis irrecuperáveis a auto-estima e o amor próprio do filho enjeitado pela incompreensão dos pais⁹⁸.

§ 8º A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

⁹⁸ MADALENO, Rolf. **O preço do afeto**. In Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). A ética da convivência familiar: questões polêmicas no cotidiano dos tribunais (título provisório). Trata-se de obra coletiva que se encontra nesse momento, no prelo, a ser lançada pela Editora Forense, apud Giselda Maria

Segundo o autor, o abandono afetivo pode causar danos psíquicos à criança, caracterizando assim a infração do não cumprimento dos deveres fundamentais, os quais são inerentes do poder familiar.

Desta feita, por um lado temos a relação paterno-filial estabelecida, sendo que por um fato da vida, este pai torna-se ausente, prejudicando diretamente os vínculos de afetividade já estabelecidos. Assim, é por óbvio caracterizado o dano, o qual futuramente ensejará a um pedido de indenização por parte do filho, por ter seus direitos à formação da personalidade humana violados.

De outro norte, em muitos casos a relação paterno-filial jamais fora estabelecida, ante ao desconhecimento do pai da existência deste filho, esse é um dos modelos de ação que o judiciário não recepciona, pois, não há como provar o dano moral sofrido, ou seja, se não há nexo de causalidade, também não é justo a condenação em responsabilidade civil.

Saliente-se o pensamento de Sérgio Resende de Barros um defensor da idéia, o qual alude que o afeto é “um direito individual, uma liberdade que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos.”⁹⁹

Referido autor merece destaque, pois, o seu raciocínio é pautado na proteção da dignidade da pessoa humana, no desenvolvimento da personalidade, no respeito ao direito ao qual esta constitucionalizado, o direito de família e o afeto, frise-se ainda que o dano que gera a responsabilidade civil, antes de tudo ela é culposa.

Desta maneira, corroborando com a compreensão de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, “o fundamento do dever de indenizar advém de reflexões acerca da dignidade da pessoa humana, a qual deve ser respeitada e jamais maculada, por ser esta o ápice de toda a formação legislativa do país”. Nesse intuito, a reparação civil, decorrente do abandono afetivo não busca apenas a valoração do afeto, mas também a participação dos pais na vida dos filhos transmitindo valores morais e éticos a estes.

Fernandes Novaes Hironaka em Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material.

⁹⁹ Sérgio Resende de Barros. **A ideologia do afeto**. Revista IBDFAM. Del Rey. Apud Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka em **Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material**.

Dadas as circunstâncias que o direito de família vem enfrentando, graças à evolução das pessoas, do comportamento, das novas formas de constituir família, etc., verificamos o direito tentando se amoldar a essas novas situações, no entanto, há muito o que evoluir para que todos possam ter seus direitos reconhecidos e respeitados, tanto pelo direito, quanto pela sociedade e o Estado.

Assim sendo, os avanços e adaptações do direito de família tem por fundamento não apenas condenar, impor e delegar dever aos pais, mas sim, restabelecer relações paterno-filiais que estão sendo desprezadas. Não buscamos defender a falta de afeto como sendo motivo ensejador de indenizações, porém, buscamos conscientizar os pais e mães, para que não ajam dessa maneira, pois prejudicam a formação da personalidade do filho, violam os deveres fundamentais os quais estão garantidos pela Constituição, e por fim ainda poderão vir a responder civilmente por este abandono, se ficar comprovado o dolo ou a culpa, através da valoração do afeto. Deste modo, temos o seguinte pensamento:

É na afetividade que se desdobra o traço de identidade fundamental do direito gerado no seio da relação paterno-filial, que, sem deixar de ser jurídica, distingue-se de todas as demais relações justamente pelo fato de que ela, e apenas ela, pode, efetivamente, caracterizar-se e valorar-se, na esfera jurídica, pela presença do afeto¹⁰⁰.

O direito caminha no intuito de regulamentar estas situações, por este fato não podemos deixar de mencionar que há o risco da banalização, porque este é evidente, no entanto, não podemos deixar de lutar pelo reconhecimento deste direito, ante a estes empecilhos que são corriqueiros de toda mudança.

Nesse instituto, cada caso é um caso e, assim sendo cada qual tem suas especificidades, não podendo serem tratados com o mesmo ordenamento. Acreditamos que o reconhecimento do abandono afetivo seja uma evolução no direito de família, pois, acontece dia-a-dia e cada vez em maiores proporções. Entretanto, não se pode generalizar, pois, sempre haverá alguém tentando se valer da normativa para prejudicar o outro.

Desse modo, a indenização por abandono afetivo, se for utilizada com parcimônia e bom senso, sem ser transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou em fonte de lucro fácil, poderá converter-se em instrumento de extrema importância para a configuração de um Direito de Família mais consentâneo com a

¹⁰⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material**, p. 12.

contemporaneidade, podendo desempenhar, inclusive, um importante papel pedagógico no seio das relações familiares.¹⁰¹

É totalmente compreensível que haja rejeições quanto ao surgimento dessas evoluções, pois nem todos os indivíduos estão preparados para aceitar e respeitar essas mudanças de paradigmas, ainda mais diante desse assunto que é tão delicado e com tantas vertentes. Até mesmo o judiciário se divide, pelo fato de que cada caso é específico, não podendo ser julgado da mesma maneira, o sistema tem se mostrado inovador e, suas decisões louváveis pela ampla análise e cuidado em julgar cada caso.

Toda alteração paradigmática é sempre muito complicada, polêmica e gera efeitos divergentes. Se for certo que o mundo e a vida dos homens estão em transição contínua, também será verdade que a mudança causa sempre uma expectativa que, por um lado, é ser eufórica, mas por outro lado, preocupante. E não poderia ser diferente agora, diante desse assunto – tão delicado quanto difícil – que é a responsabilidade civil por abandono afetivo. Tanto a sociedade quanto a comunidade jurídica propriamente dita tem reagido de maneira dúplice em face do tema em destaque¹⁰².

Talvez o maior preconceito que ainda exista quanto ao tema, seja da não aceitação em valorar o afeto, já que “o afeto e o amor”, são espontâneos e imprescindíveis na vida de uma pessoa, não podendo assim ter limites de valor para que seja aplicado.

Na visão de Rolf Madaleno, as decisões favoráveis aos pedidos dos filhos que sentiram-se lesados pelo abandono afetivo de seus pais:

(...) não condenam a reparar a falta de amor, ou o desamor, nem tampouco a preferência de um pai sobre um filho e seu descaso sobre o outro, condutas que evidentemente causam danos; penalizam, porém, a violação dos deveres morais contidos nos direitos fundados na formação da personalidade do filho rejeitado.¹⁰³

¹⁰¹ Ap. n. 2004.001.13664, rel. desembargador Mario dos Santos Paulo, 4ª Câmara Cível, TJRJ, j. 08/09/04. Boa parte das considerações expendidas neste item já havia sido apresentadas em anterior artigo, de lavra desta autora, denominado Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In *A ética da convivência familiar...*, cit. apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material, p. 24.

¹⁰² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material**, p. 24-25.

¹⁰³ MADALENO, Rolf, **O preço do afeto**, cit. Apud Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka em Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material, p. 26.

Desta feita, podemos abstrair de tudo que fora exposto até esse momento que o afeto não tem preço, o que se busca através da ação de reparação através da responsabilidade civil é a reforma de valores sociais, alteração dos paradigmas jurídicos, respeito aos deveres fundamentais e ao princípio da dignidade humana, pelo fato que a indenização não paga o afeto, mas sim condena a violação dos deveres morais.

No capítulo subsequente, iremos analisar o abandono afetivo, sob as vertentes da responsabilidade civil, os casos que são passíveis de condenação, outros que são meros aborrecimentos que acabam por provocar essa demanda, a posição da jurisprudência referente ao problema enfrentado dentro do direito de família, dentre outros elementos que irão compor aquele capítulo.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO

Antes de esmiuçarmos as vertentes que a responsabilidade civil acarreta dentro do direito civil e tratando do trabalho em questão dentro do direito de família, torna-se imprescindível destacar a importância da família como sendo a base construtora de uma sociedade.

Assim, se analisarmos o direito de família no que tange a pessoa, perceberemos as relações que lhe estarão intrínsecas, como por exemplo: o poder familiar, os direitos e deveres fundamentais, a dignidade da pessoa humana, o direito à personalidade, etc. O objetivo precípuo deste capítulo é demonstrarmos as hipóteses possíveis de reparação civil no âmbito do direito de família e demonstrarmos que a família deve ser mais valorizada, obtendo-se assim relações sociais harmônicas.

4.1 A Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro

A palavra responsabilidade deriva do vocábulo latino *respondere* (responder), e deste sentido surge seu significado técnico-jurídico, ou seja, responsabilizar-se, tornar-se responsável, ser obrigado a responder¹⁰⁴. Nesse sentido, compreende-se como sendo o reconhecimento de um compromisso, a responsabilidade pelo descumprimento de alguma obrigação.

Em sentido geral, a responsabilidade civil exprime a obrigação de satisfazer alguma dívida. Destaque-se que a responsabilidade civil pode ser imputada. Através de omissão ou comissão do indivíduo em determinada situação, bem como pode ser empregada para reparar o dano. Nesse entorno, encontramos inúmeras dificuldades para definir a responsabilidade, tanto é que renomados autores são controversos em suas conceituações, não chegando ao mesmo conceito.

Portanto, para melhor compreensão da definição da responsabilidade civil, apontaremos alguns entendimentos estrangeiros ao nosso ordenamento, para chegarmos a conclusão da conceituação mais acertada.

¹⁰⁴ Cf. TRUJILLO, Elcio. Responsabilidade do estado por ato lícito. Leme: LED, 1996, p. 31; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995. P. 15.

Para Kelsen; “a responsabilidade não é (...) um dever, mas a relação do indivíduo contra o qual o ato coercitivo é dirigido com o delito por ele ou por outrem cometido”¹⁰⁵.

Na visão do autor a responsabilidade não deve ser imposta, a não ser que este indivíduo se obrigue a tal fato, ou seja, quando ele tem a consciência de que o ato realizado proporcionará pedidos de reparação.

Primeiramente buscaremos no direito romano as elucidações que irão embasar nosso estudo. Para Aguiar Dias, “o único fundamento da responsabilidade civil, no direito romano, e durante muito tempo, era a culpa contratual, o desrespeito a uma obrigação voluntariamente assumida em relação a outrem, por negligência, imprudência e imperícia”¹⁰⁶.

Cabe mencionarmos nesse sentido, através do pensamento do autor, que a responsabilidade civil para o direito romano era subjetiva e contratual, afastando a responsabilidade delitual, aquiliana ou extracontratual.

Na França os estudos foram mais profundos e críticos acerca do assunto, o que repercutiu em inúmeras definições. Para alguns autores, como *Mazeaud* e *Chabas* o indivíduo responderá pelo dano sofrido por outrem¹⁰⁷. *Josserand* ampliou os estudos e compreendeu que a responsabilidade civil deve ser definida como sendo o equilíbrio de direitos e interesses¹⁰⁸. *Malaurie* e *Aynès* foram mais concisos em sua definição alegando que a responsabilidade é mera obrigação de reparação¹⁰⁹. *Soudart* fora mais audacioso, analisou a responsabilidade para além da reparação civil, admitindo a possibilidade de indenização pecuniária¹¹⁰. *Prisson* e *De Villé* entenderam a responsabilidade como sendo uma obrigação imposta pela lei, para as

¹⁰⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado (Trad.). 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. P. 136.

¹⁰⁶ DIAS, José de Aguiar. **Responsabilidade civil em debate**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. P. 30.

¹⁰⁷ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil: obligations*. 9. Ed. Paris: Montchrestien, 1998. t. II, p. 365. No original: “une personne est responsable civilement quand elle est ténue de réparer un dommage subi par autrui. Elle en répond”. Apud CARVALHO NETO, Inacio de. **Responsabilidade civil no direito de família**/ 5ª edição./ Curitiba: Juruá, 2013, p. 30.

¹⁰⁸ JOSSERAND, Louis. *Évolutions et actualités*. Paris: Sirey, 1936, passim, especialmente à p. 45. Apud Op. cit., p. 30.

¹⁰⁹ MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Cours de droit civil: les obligations*. 6. Ed. Paris: cujas, t. VI, p. 23. No original: “La responsabilité civile est l’ obligation de réparer Le dommage qu’une personne cause à une autre. Apud Op. Cit., p. 31.

¹¹⁰ SOUDART, M. A. *Traité general de La responsabilité*. 6. Ed. Paris: Marchal & Billard, 1911. T. I, p. 1. No original: “on entend, par responsabilité réparer de préjudice résultant d’un fait dont on est l’auteur direct ou indirect...la responsabilité civile consiste à réparer, au moyen d’une indemnité pécuniaire, Le dommage, que l’on a cause aux individus”. Apud Op. cit., p.31.

peçoas responder pelos seus atos¹¹¹. Para *Planiol, Ripert, Boulanger*, a obrigação de reparação é uma obrigação legal que nasce da falta cometida¹¹².

Com todo esse aparato de definições, cumpre destacar a lição de José de Aguiar Dias:

A evolução do Direito francês nos tempos modernos dispensa considerações mais longas. Basta recordar que se deu através da mais extraordinária obra de jurisprudência de todos os tempos. A tarefa dos tribunais franceses, atualizando os textos e criando um direito rejuvenescido, foi tão impressionante que não há quem a desconheça, na audácia fecunda que é um dos encantos do gênio francês¹¹³.

A partir de todos esses ensinamentos em busca de um conceito amplo da responsabilidade civil, é de bom alvitre discorrermos acerca dos mesmos. Conforme explanação acima, podemos perceber a evolução de um pensamento à outro, inicia-se com uma conceituação mais simples e superficial e a partir de determinado período percebemos a evolução do pensamento, adaptando-se esse ao presente, o qual estamos vivendo.

Destaque-se o conceito de grande ponderação na França do autor G. Marton que alude:

(...) definindo a responsabilidade como situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, vê-se exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas¹¹⁴.

De outro âmbito, temos a definição construída pela Alemanha, em que *Enneccerus, Kipp e Wolf* conceituam responsabilidade civil como toda irrogação de danos contrária ao

¹¹¹ CF. Galhera, Suzana Valéria. CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade civil no Direito de família**. 5º edição. Curitiba: Juruá, 2013, p. 31.

¹¹² PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Traité élémentaire de droit civil*. 2. Ed. Paris: Génèrele de Droit et de Jurisprudence, 1947. T. II, p. 302. No original: “...l’obligation de réparation est une obligation légale qui naît de La faute commise”. Apud CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade civil no Direito de família**. 5º edição. Curitiba: Juruá, 2013, p. 32.

¹¹³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. Ed. Io de Janeiro: Forense, 1997. P. 20-21.

¹¹⁴ MARTON, G. *Les fondements de La responsabilité civile*. Paris: Recueil Sirey, 1938. P. 251. No original: “L’expression ‘responsabilité’ définit La situation ou l’on on se trouve lorsque, ayant manque à um devoir, à une obligation prescrits par une norme quelconque (loi, coutume, précepte moral ou religieux etc), on se voit exposé aux conséquences fâcheuses que l’autorité appelée à veiller à l’observation de la norme, prévoit em câs de violation de cette norme (selon des règles déterminées à l’avance ou non)” apud CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade civil no Direito de família**. 5º edição. Curitiba: Juruá, 2013, p. 30.

direito, que obriga a indenizar¹¹⁵, ou seja, para os autores tudo aquilo que for contra o ordenamento jurídico, deve ser indenizado por quem o causou.

Assim sendo, nas opiniões que formulam esse conceito é compreendido como sendo: cada um é responsável por seus atos, devendo responder por tais.

Cumpramos referirmos, que foi na Itália o início das ponderações acerca da obrigação de indenizar, no entanto, “não se encontra um princípio determinante da responsabilidade civil, senão a cogitação de casos concretos”, bem como o conceito de *Giorgio Giorgi*, o qual demonstrou sua opinião diante do tema, como devendo ser quase sempre pecuniária a indenização mediante o dano causado¹¹⁶.

No direito brasileiro encontramos muitas discussões acerca do tema, tendo em vista a dificuldade em conceituar o mesmo consensualmente. Para uns, o conceito deve ser pautado na culpa, a qual provoca o dano. Para outros, trata-se de uma divisão de prejuízos, devendo haver equilíbrio entre direitos e interesses.

Nesse sentido, transcreveremos algumas citações com opiniões distintas, para melhor compreensão do que buscamos. Para o autor Silvio Rodrigues:

(...) o problema em foco é o saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado¹¹⁷.

José Afonso da Silva afirma que responsabilidade civil significa a obrigação de reparar os danos ou prejuízos de natureza patrimonial (e, às vezes, moral) que uma pessoa cause a outrem¹¹⁸. Maria Helena Diniz alega, que a responsabilidade civil é:

(...) a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal¹¹⁹.

¹¹⁵ ENNERCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones. 3. Ed. Blas Perez Gonzalez, Jose Alguer (trad.). Barcelona: Bosch, 1966. V. 2, t. 2, p. 1.022. No original: “...toda irrogación de daños contraria a derecho obliga a indemnizar”. Op. cit., p. 33.

¹¹⁶ GIORGI, Giorgio. Op. cit., v. 5, p. 213. No Original: “La responsabilité civile diretta l’ obbligo di riparare mediante indennit , quase sempre pecuniária, il danno Che il nostro fatto illecito arrec  ad altri”, apud Op. cit., p. 34.

¹¹⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. V.4, p. 4-5.

¹¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Privado**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 620.

¹¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996. V. 7, p. 30.

Pontes de Miranda vai além e percebe um aspecto de responsabilidade social:

A responsabilidade resulta de fatos sociais, de relações de vida, porque também ela é fato social, sujeito a tentativas de caracterização e de exame em estado bruto, ou purificado de elementos que o obscureçam (...) o conceito de responsabilidade é aspecto da realidade social, representação psicológica das instituições¹²⁰.

Mas parece-nos que deve ser adotada diante do momento histórico o qual estamos vivenciando dentro do direito de família e, conseqüentemente, dentro do direito civil é o pensamento do autor Caio Mário da Silva Pereira:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio responsabilidade civil, que então se enuncia como princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independentemente desta. Em qualquer circunstancia, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil¹²¹.

Podemos notar pensamentos interligados para o mesmo fim, vê-se que os autores só apreciam o fato da responsabilização por danos causados à outrem, não percebendo a infinidade de características que fundam tal assunto. Portanto, a visão do autor Pontes de Miranda interliga as relações sociais a esse instituto. E, para demonstrar a capacidade de percepção, estudo e dedicação ao tema, versa-se a ideia do ilustríssimo autor Caio Mário da Silva Pereira o qual delimita sua tese, tornando-a rica em detalhes e conceituando o tema de tal forma que não paira questionamentos, a não ser para os críticos e estudiosos que buscam sempre fugir do senso comum para buscar sempre a melhor maneira de adaptar ao mundo jurídico suas teses.

A seguir discutiremos a evolução da responsabilidade civil sendo a mesma aplicada quando causado danos à personalidade, sob um enfoque jurisprudencial.

4.2 Responsabilidade Civil por Danos aos Direitos da Personalidade

Neste item discutiremos as consequências exaradas diante das violações acontecidas aos direitos da personalidade. A primeira quando falamos acerca do tema é: Quem tem legitimidade para postular ação reparatória?

¹²⁰ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, apud CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade civil no Direito de família**. 5º edição. Curitiba: Juruá, 2013, p. 36

¹²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.11.

Provavelmente, seria quem sofreu o dano. De outro norte, apontamos que não há prescrição para o direito de requerer reparação para os danos à personalidade. Cumpre lembrar, em princípio, que a violação dos direitos à personalidade seriam a violação ao direito à vida, à imagem, à intimidade, o direito ao nome e ao pseudônimo, dentre outros, que ferem à dignidade da pessoa humana, conforme texto constitucional.

Conforme o pensamento de Fábio Siebeneichler de Andrade, “a indenização por danos extrapatrimoniais é nova na doutrina e jurisprudência se considerando que até a promulgação da Constituição de 1988 não prosperava a discussão do debate”¹²².

Quando do surgimento do tema em apreço, a doutrina detinha parecer favorável, no entanto a jurisprudência entendia por negar essa reparação. Logo, foram surgindo alguns acórdãos nesse sentido, porém o julgado paradigma, ápice do problema adveio no ano de 2003, em que foi publicada uma sentença no estado do Rio grande do Sul, “a qual condenou um pai a indenizar seu filho com o pagamento de R\$ 48.000,00(quarenta e oito mil reais), corrigidos e acrescidos de juros moratórios em face do abandono afetivo”¹²³.

De fato, essa sentença fora pioneira tendo muita repercussão na mídia, pois a partir de então abriu-se novos caminhos, novos pensamentos, ou seja, evolução do direito de família. Passemos a apreciar tal decisão:

No ano de 2004, o Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais foi expoente em decisão que reformou a decisão de primeiro grau que havia julgado improcedente a demanda de reparação civil por abandono filial-afetivo. O acórdão teve como relator o desembargador que fixou a indenização no valor de R\$ 44.000,00(quarenta e quatro mil reais), devendo ser atualizado monetariamente de acordo com a tabela da Corregedoria Geral de Justiça e com juros de mora de 1% ao Mês a contar da publicação do acórdão¹²⁴.

Mais adiante surge o questionamento jurídico, se é ou não possível a reparação civil por abandono afetivo, haja vista que a repercussão dada ao assunto tem fundado muitos

¹²² ANDRADE, Fabio Siebeneichler de. **A reparação de danos morais por dissolução do vínculo conjugal e por violação de deveres pessoais entre os cônjuges**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 802, p. 20.

¹²³ **REVISTA Brasileira de Direito de Família**. Processo 141/103001232-0 tramitou na 2ª Vara Cível, apud Karow, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno filiais**. Curitiba, Juruá, 2012, p. 207

¹²⁴ **Indenização danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade**. “A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Súmula: deram provimento. Produziu sustentação oral pelo apelado o Dr. João Bosco Kumaira e assistiu ao julgamento pelo apelante Dra Thais Câmara Maia”. MINAS GERAIS – Tribunal de justiça de MG – Número do Processo: 2.0000.00.408550-5/000(1) – Rel. Unias Silva. J. em 01.04.2004, data de publicação: 29.04.2004. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>, acessado em 11 de Out. de 2014.

oportunismos. Assim sendo, há muitas críticas totalmente fundamentadas pelo excesso de demandas, em razão da falta de critério para análise destes casos. Buscamos então, a partir desse estudo a análise do abandono afetivo intrínseco na relação paterno-filial, analisada sob o enfoque do direito de família.

Desta maneira fica caracterizado o abandono afetivo, como já explanado em capítulo anterior, quando há evidente desamparo, rejeição, desprezo, humilhação, indiferença, atos repugnáveis, porém que devem ser comprovados para que possa ser efetivada a reparação civil.

Os elementos clássicos da responsabilidade civil são: o ato ilícito, o dano, e o nexo causal¹²⁵. Nesse intuito cabe mencionar o artigo 186 do Código Civil e sua complementação, artigo 927, do mesmo código.

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.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, 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 outrem¹²⁶.

A propósito, os artigos aqui delineados, reputam-se ao problema que o direito e a jurisprudência vêm enfrentando, esses artigos são uma base do estudo e devem ser observados e analisados com muita precisão, para que não sejam cometidas eventuais injustiças. Fica claro, sob a análise dos mesmos que o legislador foi bem específico, não deixando a desejar no que concerne até onde a letra da lei pode alcançar.

Além disso, como a responsabilidade civil têm sido moldada a cada novo caso de reparação, urge destacar os dizeres de alguns autores acerca dos elementos que compõem a responsabilidade e sua aderência aos casos de abandono.

Em adição, adotaremos o pensamento do autor Fernando Noronha, o qual alega em seu manual os elementos que surtem a obrigação de indenizar:

¹²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**, apud Karow, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno filiais**. Curitiba, Juruá, 2012, p. 215.

¹²⁶ BRASIL, Código Civil de 2002, Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002.

(...) a) que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independentemente da vontade, ou ainda um fato da natureza), que seja **antijurídico** (isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas conseqüências); b) que este fato possa ser **imputado** a alguém, seja por se dever à atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela; c) que tenham sido produzidos danos; d) que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta. O jurista traz ainda a estes elementos citados uma condição suplementar, nominada por ele assim esmo, qual é: e) que o **dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada**, ou seja, exige-se que o dano verificado seja resultado da violação de um bem protegido¹²⁷.

Ao passo que refletimos acerca dessa citação, compreendemos que o autor justifica na doutrina a obrigação de reparação, ou seja, de prestar a afetividade aos filhos durante o período da formação de sua personalidade. Em outras palavras, para aqueles que não defendem a aplicação da responsabilidade civil para o abandono afetivo, ante ao fato de que não há na norma jurídica, ou na lei, termos suficientes para punir quem abandona afetivamente seus filhos, a letra “e” do autor citado, serve para esses que desacreditam nos princípios que estão tutelados pela nossa Constituição, como exemplo, o princípio da afetividade, solidariedade, dever de assistir aos filhos etc.

Muito embora, todas as vertentes do trabalho tenham de ser estudadas e respeitadas, passaremos a esmiuçar os elementos que compõem a responsabilidade definidas por Fernando de Noronha. Primeiramente, o comportamento de omissão praticado pelo pai ou pela mãe, afeta diretamente o psíquico e a personalidade da criança e o comportamento comissivo, aquele praticado inúmeras vezes ocasionam o desamparo afetivo e moral.

Por sua vez, para que seja configurado o abandono, alguém deve tê-lo provocado, este fato é imputado a um dos genitores, ou seja, quando um ou ambos os pais não exercem seu direito-dever de proteger, orientar e amar seus filhos.

Somemos a isto, a provocação de um dano, quando este é realizado contra a dignidade da criança, afetando o seu desenvolvimento saudável, assim fica configurado o dano extrapatrimonial, assim o dano é contra os planos de vida dessa pessoa.

Acrescentemos também que os danos são causados por atos ou fatos, praticados pelos pais, havendo assim a caracterização do nexa causal. Devido a esses elementos, o dano deve ser o objeto jurídico tutelado pela lei, dentre elas: Convenção dos Direitos das Crianças,

¹²⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 467.

Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil, bem como a Constituição Federal, os quais são de primordial importância para proteger os interesses das crianças do abandono afetivo, praticado por seus genitores.

Analisemos então a seguinte afirmação feita por Anderson Schreiber:

Mais que a preocupação com o crescimento exponencial do número de ações de indenização por dano moral, o que o uso do termo indústria anuncia é uma frontal rejeição à sua produção mecânica, algo artificial, com vistas à obtenção de lucro, em uma espécie de abordagem capitalizada de um instituto ontologicamente existencial¹²⁸.

A partir de todas as incongruências que são apresentadas pelos genitores que abandonam tanto moralmente, como afetivamente seus filhos, percebemos que há também como já delineado, pessoas que aproveitam-se da situação, utilizando da má-fé para requerer direitos que não os tem. Nesses casos, alguns que já foram julgados, constatou-se a falta de requisitos que comprovassem e caracterizassem o abandono, por isso a sua negativa.

No que tange à imputação da responsabilidade civil, verificam-se os sujeitos passivos da lide como sendo: os genitores, bem como os pais adotivos e registrais, os quais devem reconhecer a paternidade ou maternidade, pois, naqueles casos em que o pai desconhece a existência do filho, este não poderá responder civilmente por isto. Poderão haver casos em que a mãe não o reconheceu formalmente no registro civil, quando entrega a criança para a adoção, caso em que será destituído o poder familiar e passado para a família adotante, dentre outras situações.

Partindo dessa premissa, temos a situação do pai socioafetivo em que se abre o seguinte questionamento. O pai socioafetivo pode responder por abandono afetivo?¹²⁹

A resposta parece óbvia, mas não é tão simples quanto parece. O pai que não o biológico registra a criança como seu filho, desenvolve laços de afetividade, cria, educa, dá afeto e após longos anos de convivência por desafetos com a genitora da criança vem a se

¹²⁸ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos, 5º ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 194.

¹²⁹ Para Regina Beatriz Tavares da Silva, “Um dos requisitos dessa paternidade socioafetiva é a inexistência de vício de consentimento. Isto é, o homem que registra seu filho como seu deve ter consciência de que se trata de filho alheio. Esse homem não pode ter sido enganado pela mulher. Não pode ter feito o registro por erro ou por dolo da mulher. Outro requisito da paternidade sócio-afetiva é que o pai trate o filho como seu, de modo a assim ser havido em sociedade”. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A paternidade socioafetiva**. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Regina_socioafetiva.doc. Acessado em 12 de Out. de 2014.

separar. Cabendo ao Estado resolver a lide, através de prova pericial que fique ou não comprovado abalo psíquico, emocional ou afetivo dessa criança.

Do mesmo modo não podemos deixar de dar ênfase a síndrome da alienação parental, muito arguida dentre os pais que são processados por abandono afetivo. Neste sentido, a autora Aline Biasuz Suarez Karow alude:

Em matéria de defesa a alegação de alienação parental é muito oportuna, dado ao fato de que alegam que terceiros impediram a aproximação efetiva e plena. Contudo, esse fato deve ser comprovado. Deve ser analisado se o pai ou mãe passivos buscaram minimizar as barreiras impostas por outrem, ou se para eles essa situação se tornou confortável por isentá-los de sua responsabilidade¹³⁰.

Além de todas as circunstâncias aqui discurridas, para que se possa concluir que houve o dano e este deve ser responsabilizado civilmente, deve se analisar outros fatos como exemplo a guarda compartilhada, em que um dos pais pode se tornar ausente ou omissos em suas responsabilidades.

Enfim, as situações que imputam a responsabilidade civil pelo abandono afetivo são: desprezo, humilhação, rejeição, descaso, negligência etc., são atos antijurídicos que serão comprovados ou não por perícias e provas testemunhais, pelo fato de que cada criança tem uma personalidade e nem todas se abalam emocionalmente por essa ausência.

Portanto, superados os elementos que acarretam à responsabilidade, passaremos a analisar o dano extrapatrimonial.

4.3 O Dano Extrapatrimonial e sua Relação com a Reparação Civil

O dano extrapatrimonial (dano moral, ou mesmo o existencial) é o ilícito causador da responsabilidade civil, tratando-se de um tema polêmico e ao mesmo tempo provocador de mudanças dentro da lei, da doutrina e jurisprudência. Como já dissemos, o dano é o ferimento a interesse, tendo como resultado o prejuízo moral e emocional no caso do abandono afetivo.

Para Fernando Noronha:

“dano é o prejuízo, da natureza individual ou coletiva, econômico ou não econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à

¹³⁰ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**./Curitiba: Juruá, 2012, p. 227

pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada”¹³¹.

Podemos compreender assim que o dano é todo aquele que repercute negativamente à dignidade da pessoa humana, tanto no âmbito patrimonial como extrapatrimonial.

Muito embora a responsabilidade civil pelo abandono trate dos danos extrapatrimoniais, esta também poderá alcançar os patrimoniais, no caso de condenação a tratamento médico, psicológico, terapêutico, tudo fundado pelo abandono afetivo.

Maria Celina Bodin Moraes argumenta a seguinte conceituação de dano moral:

Na tormentosa questão de saber o que configura o dano moral, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da sensibilidade ético-social normal. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem da grande sensibilidade. Nesta linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar, não bastando mero dissabor, aborrecimento, mágoa ou sensibilidade exacerbada¹³².

A definição da autora é bem sucinta e característica quanto ao tema, no entanto a definição de Carlos Fernández Sessarego parece-nos mais adequada quanto a definição que buscamos defender:

O dano moral é somente um dos tantos componentes do amplo espectro de lesões que se comprometem abaixo do genérico conceito de dano à pessoa. O dano moral consiste numa lesão a um dos múltiplos aspectos e facetas da personalidade, integrando ao genérico conceito de dano subjetivo ao dano à pessoa. O dano moral para o autor é diferente do dano ao projeto de vida, pois este é transitório e tende a desaparecer e minimizar-se com o tempo, transformando-se em outros sentimentos, enquanto aquele acompanha a pessoa geralmente no transcurso de toda a sua vida. A frustração do projeto de vida com frequência não é superável porque compromete o mesmo sentido da existência, razão de ser da vida humana. A frustração do projeto existencial comporta um permanente estado de frustração e ninguém escapa dos tremendos efeitos que pode ocasionar esta situação para o afetado¹³³.

Dessa forma, percebemos que o dano expressado pelo autor é o mais intrínseco ao que a criança sofre ao ser abandonada por seus genitores, por este fato que o fundamento do dano

¹³¹ NORONHA, Fernando. Apud KAROW, Op. Cit., p. 232.

¹³² MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos Morais e relações de família**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.), p. 402. Apud. Op. cit. p. 235.

¹³³ SESSAREGO, Carlos Fernández. apud Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**/Curitiba: Juruá, 2012, p. 236.

deve ser minuciosamente analisado, pois os direitos fundamentais da pessoa têm ligação direta com a proteção à tutela integral desta.

Importante esclarecer que a responsabilidade civil não visa apenas reprimir o comportamento, mas, também a reparação dos danos extrapatrimoniais causados ao lesado. O que vem acontecendo muito é a chamada “indústria do dano moral” e é isso que deve ser freado dentro do sistema jurídico, ante ao fato de este motivo manchar o espaço que vem sendo conquistado por aqueles que efetivamente necessitam do judiciário para resolver seus conflitos.

Da exposição feita, passaremos ao último tópico deste trabalho, o qual tratará especificamente do problema deste trabalho, sendo o abandono afetivo nas relações paterno-filiais.

4.4 Abandono Afetivo: Danos Morais na Relação Paterno-Filial

Nos últimos anos, o direito civil tem inovado através do direito de família, reconhecendo a possibilidade do direito ao afeto nas relações paterno-filiais, assim como a reparação por intermédio da responsabilidade civil havendo caracterizado abandono afetivo.

É fato, as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que existem acerca do tema, bem como os tribunais encontram-se inúmeras vezes enfrentando esse problema, tendo que se utilizar de princípios, da Constituição, da prova do dano e outros meios, pelo fato de não haver disposição de lei, para decidir as lides acerca desse assunto.

Desta feita, analisemos algumas jurisprudências, cada qual com sua posição diante desse problema enfrentado dentro das relações paterno-filiais.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO DE MENOR - GENITOR QUE SE RECUSA A CONHECER E ESTABELECE CONVÍVIO COM FILHO - REPERCUSSÃO PSICOLÓGICA - VIOLAÇÃO AO DIREITO DE CONVÍVIO FAMILIAR - INTELIGÊNCIA DO ART. 227, DA CR/88 - DANO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - REPARAÇÃO DEVIDA - PRECEDENTES - 'QUANTUM' INDENIZATÓRIO - RATIFICAÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO - SENTENÇA CONFIRMADA. - A responsabilidade pela concepção de uma criança e o próprio exercício da parentalidade responsável não devem ser imputados exclusivamente à mulher, pois decorrem do exercício da liberdade sexual assumido por ambos os genitores.¹³⁴

¹³⁴ (TJ-MG - AC: 10145074116982001 MG, Relator: Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 16/01/2014, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/01/2014), Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Abandono+afetivo+do+genitor>, acessado em 12 de Out.2014

Quanto a esse primeiro caso, vejamos o claro abandono configurado, pois o genitor aqui não fez prova da efetiva participação na vida da criança, deixando o encargo todo para a genitora. Assim, fora condenado a pagar o valor de R\$ 50.000,000 (cinquenta mil reais), vindo a apelar da decisão, alegando que não foi possível estabelecer a paternidade responsável, por desentendimentos havidos entre a genitora da criança, o que para o direito da criança não há nenhum vínculo, pois se há desentendimentos entre os genitores, estes devem ser resolvidos entre ambos, a criança não deve pagar por isso.

Segue outra decisão acerca do tema:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. VIDA DESREGRADA DOS GENITORES. ABANDONO AFETIVO E MATERIAL. ATOS CONTRÁRIOS À MORAL E AOS BONS COSTUMES. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE SUSTENTO, GUARDA E EDUCAÇÃO DAS FILHAS MENORES. ALEGAÇÃO DA GENITORA DE MUDANÇA POSITIVA EM SEU COMPORTAMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA. SITUAÇÃO DE RISCO EVIDENCIADA. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DAS MENORES. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Consoante o disposto no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, "aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores" e segundo regra cogente insculpida no Código Civil. Assim, a negligência dos genitores, em não fornecer condições mínimas necessárias para o desenvolvimento afetivo, psicológico, moral, educacional e material dos infantes, implica no descumprimento injustificado dos direitos e obrigações acima expostos, dando azo à destituição do poder familiar, nos termos do art. 24 da Lei n. 8.069/1990 c/c artigo 1.638 do Código Civil.¹³⁵

Aqui, a pretensão de destituição do poder familiar partiu da iniciativa do Ministério Público, dada a situação de risco que havia para com essa criança, o juízo de primeiro grau decidiu pela destituição do poder familiar e a mãe das crianças apelou. No entanto, ficou configurada a irresponsabilidade dos genitores, a omissão quanto aos deveres inerentes ao poder familiar e a nítida desestrutura familiar, comprovados por estudo social realizado. Desta feita, totalmente plausível a decisão exarada no acórdão.

Vejamos, ainda, o seguinte julgado:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - Abandono afetivo - Filha que alega receber tratamento discriminatório por parte do genitor - Improcedência da demanda - Inconformismo - Inadmissibilidade - Causa de pedir que reflete a pretensão eminentemente patrimonial da demanda - Insatisfação financeira que foi discutida

¹³⁵ (TJ-SC - AC: 357065 SC 2010.035706-5, Relator: Joel Figueira Júnior, Data de Julgamento: 22/09/2010, Primeira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Araranguá), Op. cit. <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Abandono+afetivo+do+genitor>

em ação revisional de alimentos julgada em 1º grau - Ato ilícito e nexo de causalidade inexistentes - Sentença mantida - Recurso desprovido.¹³⁶.

Nesse último caso, a filha é autora da ação e também do recurso de apelação. Ficou decidido em instância de primeiro grau pela improcedência do pedido, haja vista o juízo *a quo* ter entendido que a pretensão da autora é meramente patrimonial, pois quando da contestação o pai, ora apelado, comprovou claramente que sempre proveu financeiramente a filha, nunca deixando-a desamparada, e quanto ao fato de não morarem na mesma cidade é por ela ser havida de um relacionamento extraconjugal. Em razão de inúmeras ações de revisão de alimentos propostas pela autora, decidiu-se pelo improvimento do recurso, entendendo ser interesse meramente pecuniário.

Destaque-se que o Ministério Público requereu a produção de provas, no entanto, a Procuradoria Geral da Justiça negou tal pedido. Nos casos de eminente pedido patrimonial, os mesmos devem ser analisados criteriosamente e improvidos, caso não fique configurado abandono afetivo, mas sim recalcitrância em aceitar o que lhe fora dado.

Destarte, muitos daqueles que são contrários à responsabilização por dano moral e pelo abandono afetivo argumentam em suas teses que a indenização não irá restabelecer a relação paterno-filial, muito pelo contrário, conforme pensamento da autora Maria Aracy Menezes da Costa, “pagar pela falta de amor não faz surgir o amor, e tampouco o restabelece; pagar pela falta de companhia, não tem o dom de substituir o prazer de conviver¹³⁷”.

Frente a posição da autora, filiamo-nos a ideia de que a reparação civil pecuniária não outorga afeto à relação paterno-filial. Porém, não pode ficar impune o causador do dano, pois a vítima merece ter compensado todo o sofrimento vivido.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama reflete acerca da evolução que acontece dia após dia e alega:

O tempo – um dos elementos determinantes na relação de filiação – traz a consolidação da ausência da figura paterna, o que influencia sobremaneira a formação da personalidade dos filhos. Essa questão possui o condão de deixar sérias marcas, muitas vezes incuráveis. A falta de um pai, além da infelicidade que lhe é

¹³⁶ (TJ-SP - Apelação: 9124395672007826 SP 9124395-67.2007.8.26.0000, Relator: J.L. Mônaco da Silva, Data de Julgamento: 14/11/2012, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/11/2012) Op. Cit. <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Abandono+afetivo+do+genitor>.

¹³⁷ COSTA, Maria Aracy Menezes da. **Responsabilidade civil no Direito de Família**. ADV – Advocacia Dinâmica – seleções jurídicas, n. 2, 2005, p. 157.

própria, gera a dificuldade em se assumir projetos de vida, tornando-se os filhos pessoas inseguras e com sentimento de rejeição¹³⁸.

Consoante o autor, quando há o abandono, mesmo que esse seja superado, vai ficar gravado no íntimo de quem passou por esse momento, pois, a criança fica exposta a sentimentos negativos exarados pelos pais. Desta forma, a paternidade responsável deve ser praticada e, mais o direito está em constante modificação, assim quanto mais o tempo passa mais devemos evoluir com os nossos pensamentos e aceitar o novo.

A responsabilidade paterna e materna possui um conteúdo muito amplo, o qual deve ser explorado. Por esse motivo, deve haver uma mudança de paradigma jurídico e social, realizando a conscientização pela participação de ambos os pais no desenvolvimento dos filhos. O reconhecimento do abandono afetivo pode ou não vigorar, porém este é uma tendência moderna no direito de família.

¹³⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Crsitina Leite de Lima. **Responsabilidade Civil nas relações familiares**. Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões, Magister, n. 24, 2011, p. 90.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todas as discussões aqui debatidas, chegamos ao momento de concluir o trabalho, momento esse muito importante e esclarecedor. É chegado a hora de nos posicionarmos quanto a possibilidade de reparação civil pelo abandono afetivo, haja vista termos delineado acerca do dever jurídico dos pais em dar afeto aos filhos. A compreensão a qual chegamos é que a constitucionalização do afeto já existe, não sendo algo alienígena ao direito de família, portanto deve ser respeitado dado ao fato de o afeto ser elemento caracterizador da formação da personalidade das pessoas, por isso tão importante a presença dos pais na vida dos filhos.

Por outro lado, percebemos que não somente a Constituição Federal de 1988, mas também o Direito Civil, em especial, o Direito de Família e o Estatuto da Criança e do Adolescente, possuem em seu texto artigos que resguardam e protegem os interesses e direitos das crianças e dos adolescentes, cabendo aos pais, ao Estado e a sociedade cumprir com o dever jurídico que lhes é imposto por lei.

Desta feita, chegamos a outro instituto, qual seja: o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio esse utilizado como base para desenvolvimento deste trabalho, tendo em vista adequar-se à modernidade e à evolução da sociedade estando sempre disposto a proteger os interesses da pessoa humana. Vale retomarmos, que o Estado é o ente que deve fazer valer o que está na lei, protegendo tanto os interesses individuais, quanto coletivos.

Ao longo do trabalho, além do estudo do poder familiar, tentamos demonstrar os aspectos da responsabilidade civil dentro do direito de família.

Constatamos que há a possibilidade da tutela jurisdicional nos casos em que o abandono afetivo provocado pelo pai causa inúmeras dores psicológicas aos filhos, analisamos também se a reparação pecuniária é o suficiente para compensar os danos sofridos. Assim sendo, pudemos notar que o afeto é totalmente relevante dentro do ordenamento jurídico, sendo considerando um dos pilares do direito de família, haja vista fundar os princípios que protegem os interesses das pessoa humana.

Nesse contexto, se ficar comprovado que houve a violação dos direitos dos filhos pela ausência provocada pelo pai, provada esta ausência por meio de estudos sociais, psicológicos e psiquiátricos, logicamente a reparação civil será totalmente plausível para coibir comportamentos como esses.

Por oportuno, retomamos a noção de que o abandono afetivo fica demonstrado quando há a omissão do pais na vida do filho, de cunho moral, emocional, psicológico e material.

O grande problema desenvolvido neste trabalho foi comprovarmos se a omissão dos pais é capaz de gerar dano moral indenizável. Se analisarmos pela doutrina e jurisprudência ficaremos apenas com um norte acerca do assunto, pois ambos ainda não se posicionaram de forma majoritária. De um lado temos alguns doutrinadores que defendem que deve haver sim a responsabilização dos pais pelo abandono afetivo. De outro, há aqueles doutrinadores que alegam que a indenização só faria aumentar o desprezo entre o pai e o filho, distanciando-os ainda mais, uma vez que o dinheiro não compra o amor.

Como já dito, não buscamos monetarizar o afeto e muito menos obrigar um pai a amar seu filho. O que buscamos é um meio de compensar o sofrimento desta criança vítima de abandono. Então, se ficar comprovado o dano moral, ou mesmo existencial, pela ausência do pais, deverá haver a responsabilização.

Deste modo, concluímos que deve haver sim a possibilidade de reparação pelo dano moral advindo da ausência do exercício do poder familiar entre as relações paterno-filiais, pois, se não haver a punição dos que abandonam seus filhos, o ordenamento jurídico estará se eximindo do dever constitucional de regulamentar esse problema, vinculado à família, haja vista o afeto ter por base o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual defende o interesse dos filhos. Assim, não podemos permitir a negligência desses pais quanto aos seus filhos.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Fabio Siebeneichler de. **A Reparação de Danos Morais por Dissolução do Vínculo Conjugal e por Violação de Deveres Pessoais entre os Cônjuges**. Revista dos Tribunais. São Paulo, V. 802.
- ANDRADE, Fernando Dias. **Poder Familiar e Afeto uma perspectiva Espinosama**. In: Pereira, Rodrigo da Cunha. (Coord.).
- BARROS, Sergio Resende de. **A Ideologia do Afeto**. Revista IBDFAM. Del Rey. Apud Giselda Maria Fernandez Novaes Hironaka em **Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos – Além da Obrigação Legal de caráter material**.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa de 1988**.
- BRASIL, **Lei nº 10.406** de 10 de janeiro de 2002.
- BRASIL, **Lei nº 8.069** de 13 de julho de 1990.
- CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. 5º ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- Cf. TRUJILLO, Elcio. **Responsabilidade do Estado por Ato Lícito**. Leme: Led, 1996.
- CÔRREA, Vanessa Ribeiro. **A Filiação entre a Verdade Biológica e Afetiva**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, n. 2 e 3, 2001 e 2002.
- COSTA, Maria Aracy Menezes da. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. ADV – Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas, n. 2, 2005.
- CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; GARCIA MENDES, EMÍLIO (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais**. 3º ed. 2. Tir. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIAS, José de Aguiar. **Responsabilidade Civil em debate**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, 2002.

Disponível em: http://abadireitodefamilia.blogspot.com.br/2010/04filiação_21.html, autor: Esdras Dantas de Souza, acessado em 18 de Ago. 2014.

Disponível em

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400, Mariana Andrade Sobral apud Paulo Luiz Neto Lôbo, acessado em 09 de Abr. 2014.

Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6447/poder-familiar-conceito-caracteristica-conteudi-causas-de-extinção-e-suspensão>, acessado em 21 de Mar. 2014 apud CUNHA, Gonçalves. Direito de Família e Sucessões.

Disponível em: http://www.wilsoncamilo.org/arquivos/alienacao_parental.pdf, acessado em 18 de Nov. de 2014.

Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10108, autor: Washington Luiz gaiotto filho, Advogado formado pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Sócio do escritório Gaiotto Advogados, Responsável pelas áreas de direito de família, contencioso cível e trabalhista, acessado em 18 de Ago. 2014.

Disponível em http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf612.html, acessado em 23 de Set. 2014.

Disponível em: http://www.JIJ.TJ.RS.GOV.BR/JIJ_site apud KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono Afetivo: Valorização Jurídica do afeto nas relações paterno-filiais- Curitiba:Juruá, 2012.

Disponível em

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?Q=abandono+abandono+afetivo+do+genitor>. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Aspectos Jurídicos da União de Pessoas do mesmo Sexo**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1996.

Família, Direitos Humanos, psicanálise e Inclusão Social. Revista Brasileira de Direito de Família, v. 16.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Companheirismo: Uma espécie de família**. 2ª ed., ver. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. **Responsabilidade Civil nas Relações Familiares**. Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões, Magister, n. 24, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro**, v. 6: Direito de Família – 8ª ed.- São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, V. 6, 5ª ed. ver. e atual. - São Paulo, Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**, Vol. VI - 6 ed. Ver. e atual- São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

HONNETH, AXEL. **Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Por REPA, Luiz. São Paulo: Editora 34, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandez Novaes em **Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos – Além da Obrigação Legal de caráter material**.

IMBASCIATI, Antonio. **Afeto e Representação: para uma psicanálise dos processos cognitivos**. Trad. Por RESENDE, Neide Luzia de. São Paulo: Editora 34, 1998.

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

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado (trad.). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiro, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. Ed. 2. Tiragem {S.L}: Saraiva, 2012.

MADALENO, Rolf. **O Preço do Afeto**. IN Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). **A Ética da Convivência Familiar: questões polêmicas no cotidiano dos tribunais (Título Provisório)**. Trata-se de obra coletiva que se encontra nesse momento, no prelo, a ser lançada pela editora Forense, apud Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka em **Os Contornos Jurídicos da responsabilidade Afetiva na Relação entre pais e filhos-além da obrigação legal de caráter material**.

MARTON, G.**Les fondements de La responsabilité civile**. Paris: Recueil Sirey, 1938. Apud CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. 5ª edição. Curitiba: Juruá, 2013.

MINAS GERAIS-TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MG – número do processo: 2.0000.00.408550-5/000(1)-Rel. Unias Silva. J. em 01 de abr.2004, Data de Publicação: 29 de abr. 2004. Disponível em **HTTP://WWW.TJMG.JUS.BR**, acessado em 11 de Out. 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos Morais e Relações de Família**. IN: Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord.).

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, José Sebastião. Apud Aline Biasuz Suarez Karow. **Abandono Afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**/Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Euclides. **Os operadores do direito frente às questões de parentalidade**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 20, Out/Nov.

PADOAN, Adayl Aparecida de Carvalho, [et.al]; **Temas Polêmicos de Direito de Família**. Organizadores: Cleyson de Moraes Mello, Thelma Araújo Esteves Fraga. – Rio de Janeiro; Freitas Bastos, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Vol. V. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**, Vol. V, 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito de Família**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1947, V. III.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. Processo 141/103001232-0 tramitou na 2ª Vara Cível, apud Aline Biasuz Suarez Karow. **Abandono Afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba, Juruá, 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28. ed. Atualização de Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, V. 6.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**, 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROSA, Felipe Niemezewski da. **A síndrome de alienação parental nos casos de separações Judiciais no direito civil brasileiro**.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Apud Aline Biasuz Suarez Karow. **Abandono Afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno filiais**/Curitiba; Juruá, 2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A Paternidade Socioafetiva**. Disponível em: [HTTP://WWW.FLAVIOTARTUCE.ADV.BR/SECOES/ARTIGOS/REGINA_SOCIOAFETIVA.DOC](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/regina_socioafetiva.doc). acessado em 12 de Out. 2014.

SOARES, Orlando. **Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry. [et.al] **Poder Familiar e Tutela: À Luz do Novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Florianópolis: OAB/SC, Editora. 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO AP. N. 2004.001.13664, Rel.
Desembargador Mario dos Santos Paulo, 4ª Câmara Cível, 08/09/04.

ANEXO PROJETO PAI PRESENTE**PROJETO****PAI ? PRESENTE!****em busca da paternidade**

**“Homem ou Mulher, aprendemos o amor, a
Realidade, o limite e o sonho de nosso pai”**

N. Escosteguy

I. IDENTIFICAÇÃO

1. Entidade Idealizadora

ONG – “Brasil Sem Grades”

2. Entidades Executoras

ONG – “Brasil Sem Grades”

Ministério Público

Poder Judiciário – Vara da Infância e da Juventude

Defensoria Pública

3. Entidades Parceiras

Prefeitura Municipal – Secretaria da Educação e da Saúde

Cartório de Registro Civil

Hospitais do Município

4. Nome do Projeto

PAI? PRESENTE! – Uma busca da paternidade negada, esquecida, abandonada. O direito de um filho ter o nome do pai no registro de nascimento. O possível resgate de um vínculo afetivo e efetivo.

5. Equipe Técnica Responsável

Promotor (a) de Justiça

Juiz (íza) de Direito

Defensor (a) Público (a)

Psicólogo (a) pertencente à Entidade Executora ou Parceira, identificado com o Projeto.

II. JUSTIFICATIVA

O projeto PAI? PRESENTE! parte da premissa de que a ausência de uma figura paterna efetiva que o (a) filho (a) goste, admire, que possa educar, compreender e orientar, é muito prejudicial à vida do indivíduo. A presença do pai numa relação comprometida e saudável com o filho é um marco fundamental para a saúde mental de uma criança e/ou adolescente e um protetor efetivo contra o abuso de drogas e a delinquência.

A legislação prevê a garantia da presença do pai no registro civil, um dos mais básicos direitos de cidadania, tendo o Estado o dever de fazer valer este direito. Então, por que o pai se ausenta e abre mão desta importante função? Por que não assume todos os direitos e os prazeres da paternidade? Há muitas respostas para estas questões.

A paternidade contemporânea vive um momento de mudanças, de dúvidas, de rupturas. Todas estas incertezas, no entanto, servem como pano de fundo para justificar as dificuldades no exercício da função paterna. Temos o entendimento e a consciência de que nem sempre, um homem declarado pai biológico vai assumir todas as obrigações que a função de pai exige. Na realidade, a verdade biológica é insuficiente para estabelecer vínculos parentais fortes. No entanto, a busca pelo reconhecimento biológico da paternidade, não pode ser negada a um filho. A certeza precisa substituir a dúvida e a partir daí, novos caminhos serem percorridos.

Este projeto propõe não somente identificar um pai no registro de nascimento, mas reconhecer um pai que participe, que compartilhe, que cumpra seu papel na vida do filho.

III. OBJETIVOS GERAIS

- Identificar crianças e adolescentes que não possuam paternidade registral, para regularizar esta situação de maneira efetiva, com o objetivo de:

- Fortalecer o princípio da dignidade da pessoa humana
- Fortalecer os vínculos parentais
- Reduzir a evasão escolar
- Reduzir comportamentos anti-sociais
- Reduzir a delinquência juvenil
- Reduzir o consumo de drogas

- O Projeto PAI? PRESENTE! não é simplesmente um processo de reconhecimento registral, mas de mudança de cultura, que visa ao resgate da importância da figura paterna (masculina) na vida das crianças e dos adolescentes.

IV. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Orientar e auxiliar as mães para que registrem seus filhos com o nome do pai biológico ou sócio-afetivo.

- Buscar apoio junto à Secretaria Municipal da Saúde (grupos de gestantes), área obstétrica dos hospitais existentes no Município, no incentivo às mães, para que não deixem o filho sem o nome do pai.

- Elaborar um procedimento junto ao Cartório de Registro Civil, tendente a evitar que as mães registrem seus filhos sem os nomes dos pais.

- Potencializar a participação dos pais biológicos ou afetivos na vida dos filhos.

- Sensibilizar a comunidade escolar sobre a importância da presença do pai na escola, interagindo com seus filhos e demais membros da escola.

- Criar espaços de convivência para que pais e filhos se aproximem e desenvolvam um vínculo afetivo e de ajuda.

- Proporcionar a aproximação e a cooperação entre as Entidades Executoras e as Entidades Parceiras, bem como de outros setores da comunidade.

V. ESTRATÉGIAS DE AÇÃO

O Projeto Pai? Presente! trabalha com a **Prevenção** e com a **Intervenção**

1. Ações de Prevenção

1.1. Secretaria da Saúde

- As Entidades Executoras devem firmar um convênio com a Secretaria de Saúde do Município, para que todo trabalho desenvolvido com as gestantes no pré-natal, aborde a importância da presença do pai na vida do filho. Esta é a primeira abordagem efetiva às futuras mães e um momento importante para a equipe que trabalha nesta área, identificar as mães mais vulneráveis e ajudá-las a refletir melhor sobre a situação. Muitos municípios contam com os Programas de Saúde da Família (PSF) e Agentes Comunitários de Saúde (ACS), os quais poderão facilitar o contato e a orientação às futuras mães. A equipe de obstetras, de enfermeiros, de psicólogos e de assistentes sociais, que realiza este trabalho, deve receber orientação sobre a importância do Projeto. (Link Modelo de Convênio com Município).

1.2. Hospitais

- A segunda abordagem às mães deve ser feita no Centro Obstétrico dos Hospitais do Município, para tanto as Entidades Executoras devem firmar um convênio de cooperação. No Hospital, as mães, que ainda estão indecisas quanto à presença do pai no registro de nascimento e na vida de seu filho, devem receber atenção especial da equipe técnica que atua no hospital, sendo novamente conscientizadas da importância do pai na vida do filho.

(Link modelo de convênio com os hospitais).

*O Hospital deverá comunicar ao Cartório de Registro Civil até o décimo quinto dia útil do mês, a relação dos nascidos no mês anterior. (Link do artigo 50 da Lei 6015/73).

1.3. Cartório de Registro Civil

- A atuação do Cartório, devido a sua relevância como entidade parceira, deverá ser regulamentada por provimento do Poder Judiciário, a fim de uniformizar o procedimento.

- O Cartório deverá, a partir da relação dos nascidos vivos fornecida pelos hospitais, verificar se todos foram registrados, remetendo ao Ministério Público a relação dos não registrados, para que adote as providências cabíveis.

- No Cartório, se a mãe ainda não quiser registrar o filho com o nome do pai, será novamente abordada sobre a importância de identificar o pai de seu filho. Caso não concorde, assinará uma declaração. O Cartório de Registro Civil remeterá ao Ministério Público, mensalmente, cópia das declarações das mães que não encaminharam a averiguação oficiosa de paternidade.

*** Para facilitar a execução das estratégias de prevenção são sugeridos alguns argumentos, visando à conscientização das mães a respeito da importância da presença dos pais na vida dos filhos.** (Link sugestão de abordagem às mães).

1.4. Atuação do Ministério Público

*** Crianças sem certidão de nascimento**

- A partir da relação das crianças não registradas, fornecida pelo Registro Civil, o Ministério Público cadastrará cada situação identificada como Recebimento Diverso (RD), entrará em contato com os hospitais solicitando as respectivas Declarações de Nascidos Vivos e após, notificará a mãe para prestar esclarecimentos, a partir dos quais serão adotadas as medidas pertinentes.

*** Crianças sem o pai registral**

- De posse das declarações das mães que não informaram a paternidade de seus filhos, encaminhadas pelo Registro Civil, deverá ser instaurado Procedimento Administrativo (PA), para cada criança, objetivando buscar junto à mãe elementos para identificar a paternidade com observação dos procedimentos legais. Após, o suposto pai e a mãe serão notificados para comparecerem em um dia previamente agendado, para a tentativa de reconhecimento espontâneo da paternidade.

- **Reconhecimento Voluntário da Paternidade** – Se na abordagem inicial, o pai reconhecer voluntariamente o filho, é feito Termo de Reconhecimento, fixando guarda, alimentos e visitas, a ser homologado.

- Se o suposto pai não for encontrado, tiver dúvidas com relação à paternidade ou mesmo notificado não comparecer, o caso deverá ser encaminhado para a Defensoria Pública, por ofício. Antes, porém, deverão se esgotados todos os meios disponíveis para sua localização.

- Se a mãe não indicar o suposto pai de seu filho, a Promotoria de Justiça analisará as razões e as justificativas apresentadas. Se forem julgadas improcedentes continuará investigando e, para tanto, buscará ouvir familiares, parentes e amigos e, além disso, examinará a possibilidade de responsabilizar judicialmente a mãe visando à aplicação das sanções administrativas e civis.

1.5. Atuação da Defensoria Pública

- A Defensoria Pública de posse dos ofícios remetidos pelo Ministério Público, analisará se será necessário atendimento individual ou por meio de mutirão, conforme a demanda local.

- A Defensoria Pública adotará o mesmo procedimento do Ministério Público no caso de Reconhecimento Voluntário de Paternidade. (Link do Modelo de Ação de Reconhecimento Voluntário).

*** Demais procedimentos realizados pela Defensoria Pública**

- **Exame de DNA Extrajudicial** – Para averiguar se o suposto pai é o genitor, a Defensoria Pública encaminhará os interessados para realizar o exame de DNA na Fundação Estadual de Pesquisa e Produção em Saúde – FEPPS, instituição que mantém convênio com a Defensoria Pública. Obtido o resultado, se confirmada a paternidade haverá o reconhecimento voluntário, ou, caso o pai se negue, mesmo assim, a reconhecer o filho, será ajuizada ação de investigação de paternidade litigiosa, sendo, em ambos os casos, cumulada com alimentos e visitas.

- **Ação de Investigação de Paternidade cumulada com alimentos e com visitas** - Procedimento realizado quando o pai não comparece na data determinada, ou não é encontrado, ou se nega a fazer o exame voluntariamente.

1.6. Atuação do Poder Judiciário

- Seria importante, que o Poder Judiciário, na medida do possível, desenvolvesse mecanismos para facilitar os trâmites das ações do **Pai? Presente!**, como por exemplo:

- Homologação de acordos firmados pelas partes, sem a designação de audiência para tanto.

- Designação de pauta especial nas ações em que são necessárias audiências (adoções e investigações).

- Expedição de mandado de averbação diretamente ao Cartório de Registro Civil, com requisição de remessa do Registro de Nascimento, já averbado, para entrega aos interessados.

- Emitir provimento em nível estadual, prevendo a uniformização dos procedimentos dos Cartórios de Registro Civil, nos casos das crianças sem registro, ou sem pai registral.

- Identificar as ações ajuizadas em decorrência do Projeto, que as diferencie das demais, como por exemplo: cadastro especial no Sistema *Themis*, etiqueta ou carimbo.

2. Ações de Intervenção

Paralelamente às ações de prevenção e de intervenção realizadas com os recém-nascidos, há importantes procedimentos de intervenção com crianças e adolescentes que não possuam pai identificado no registro de nascimento.

2.1. Atuações nas Escolas

- As Entidades Executoras e as Parceiras deverão firmar convênio com os Municípios, prevendo o levantamento, por meio da Secretaria de Educação, de todos os alunos que não possuam o pai no registro de nascimento. Inclui a Educação Infantil, o Ensino Fundamental e o Ensino Médio de todo o Município.

- O Município cederá um profissional Psicólogo preferencialmente do seu quadro de funcionários, para, a partir do levantamento feito pelas escolas, organizar e coordenar as reuniões com as mães que não registraram seu filho com o nome do pai. As reuniões terão como objetivo orientar e conscientizar as mães sobre a importância da figura paterna, bem como, o preenchimento de um formulário de dados, pertinentes ao Projeto.

- Após, o profissional, responsável pelos trabalhos, encaminhará os formulários ao Ministério Público que adotará os procedimentos indicados nas ações preventivas descritas anteriormente, para o caso de crianças sem o pai registral. Igualmente, a Defensoria Pública adotará os procedimentos das ações preventivas para solucionar tais casos.

*Como alternativa de otimização, a posterior notificação da mãe pelo Ministério Público, poderá ser enviada para a escola entregar aos alunos. Isto se justifica, pois a escola tem acesso direto com os alunos e suas famílias e agiliza os procedimentos necessários.

2.2. Situações de Guarda

- Durante o desenvolvimento do Projeto poderão ser identificadas situações de guarda fática, as quais deverão ser regularizadas.

2.3. Situações de Adoção

- Igualmente poderão ser encontrados casos de paternidade sócio-afetiva, como por exemplo, filhos que são criados por padrastos. Para os menores de idade, será ajuizada ação de adoção pelo Ministério Público e para os maiores, pela Defensoria Pública.

VI. RESULTADOS ESPERADOS

PAI ? PRESENTE!

EM BUSCA DA PATERNIDADE EFETIVA

Durante todo trabalho de conscientização das mães, desde o pré-natal, no grupo de gestantes, no momento do parto, na hora de registrar o filho, e no contato com as Entidades Executoras, o que se busca é identificar e construir uma relação de afeto, de proteção e de cuidado, auxiliando a mãe no entendimento de que um filho precisa de um pai e de que ela não pode lhe negar este direito. Ela precisa ser incentivada a buscar toda ajuda necessária, até chamar este pai à responsabilidade. Trata-se de um dever da mãe, de um direito do filho e de uma obrigação de um pai.

Concomitante às ações de conscientização e de sensibilização da mãe, almeja-se um trabalho permanente nas escolas de chamamento ao pai, para que participe efetivamente na vida escolar de seu filho. Cada escola deverá ser estimulada para, de modo livre, desenvolver atividades voltadas ao fortalecimento dos vínculos parentais. No final do ano letivo, as escolas poderão elaborar um relatório das atividades que foram desenvolvidas ao longo do ano, trocando experiências. As atividades de valorização da figura paterna poderão se tornar ações permanentes nas escolas, sendo inseridas nos programas pedagógicos de cada município, envolvendo as escolas de Educação Infantil, Ensino Fundamental e Médio.

Para além disso, a paternidade responsável poderá também ser abordada em outros seguimentos da comunidade, com o objetivo de conscientizar, o maior número de pessoas, sobre a importância da presença do pai no registro de nascimento e na participação efetiva na vida de seu filho.

VII. AVALIAÇÃO

- Periodicamente, as Entidades Executoras e as Parceiras deverão avaliar as facilidades e as dificuldades encontradas, adequando as ações realizadas visando ao alcance dos objetivos previstos no planejamento.

- Muito importante também são os **Dados Estatísticos** que deverão receber atenção especial, devendo cada Entidade Executora e Parceira implantar o Projeto Pai? Presente! tendo o cuidado de organizar estes dados.

• **Projeto Piloto em andamento no Município de São Sebastião do Caí – RS, desde março de 2009.**