

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”
GRADUAÇÃO EM DIREITO

ÁTILA PEREIRA LIMA

**ABANDONO AFETIVO: RESPONSABILIDADE CIVIL E POSSIBILIDADE DE
INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA**

UBERLÂNDIA - MG
DEZEMBRO DE 2017

ÁTILA PEREIRA LIMA

**ABANDONO AFETIVO: RESPONSABILIDADE CIVIL E POSSIBILIDADE DE
INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito Prof. Jacy de Assis da
Universidade Federal de Uberlândia, sob
orientação do Prof. Me.Gustavo Henrique
Velasco Boyadjian, como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em
Direito.

UBERLÂNDIA

2017

ÁTILA PEREIRA LIMA

**Abandono afetivo: responsabilidade civil e possibilidade de indenização
pecuniária**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito Prof. Jacy de Assis da
Universidade Federal de Uberlândia, sob
orientação do Prof. Me. Gustavo Henrique
Velasco Boyadjian, como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Banca de Avaliação:

Prof. Me. Gustavo Henrique Velasco Boyadjian - Orientador

Prof. Dr. Me. Alexandre Garrido da Silva

Prof^a. Me. Neiva Flávia de Oliveira

Nota: _____

Data da Avaliação: ____/____/____

UBERLÂNDIA

2017

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar a família em suas mais diversas formações e como o afeto tem relação direta com suas mudanças e sua formação atual. Trata-se de estudo a respeito do fenômeno do abandono afetivo ainda tão presente em várias entidades familiares e como este abandono pode ou não ensejar uma indenização pecuniária à crianças e adolescentes que tiveram um escasso ou nenhum tipo de suporte afetivo por seus genitores. A análise é realizada através do método lógico dedutivo, partindo do exame das normas constitucionais, princípios gerais e específicos do Direito de família, normas gerais e legislação esparsa. A pesquisa é orientada a partir de posicionamento doutrinário jurídico e no sistema normativo pátrio, vez que o tema aqui ainda não se encontra pacificado junto aos tribunais brasileiros. O referido estudo visa ainda analisar os pontos de vista sobre a possibilidade ou não da responsabilização pecuniária por abandono afetivo para tanto, explana-se sobre doutrinadores e juristas com opiniões distintas sobre o tema. Por fim, faz-se uma breve análise sobre a Lei nº 13.058, Lei da Guarda compartilhada como uma alternativa ao problema social que é o abandono afetivo.

PALAVRAS-CHAVES: Afeto, afetividade, família, Direito de família, filiação, Efetividade, Direitos fundamentais, dignidade, abandono afetivo, responsabilidade, lei

ABSTRACT:

The present study aims analyze the family and their several formation and how the affection is straight related with your changes and the current formation. It is a study about of the phenomenon affective abandonment and still present in several families and how this abandonment can or not to attempt a financial compensation to the children and adolescents that did not have any kind of affection from their parents. The analysis is performed through the deductive logic method, from the constitutional rules, general principles and specific of family right, general rules and sparse legislation. The research is oriented from the doctrinal legal position and the brazilian normative system, once the present analyzed system is not pacified yet with the brazilian courts. The self-reported study aim analyze the points of view about the possibility or not of the financial responsibility for affective abandonment, it was understood about the legal professors and jurists with different opinions about the theme. Ultimately, it is made a brief analyze about the shared custody as a possible alternative to th social problem which is affective abandonment.

KEY WORD: Affection, affectivity, family, family rights, filiation, effectiveness, fundamental rights, dignity, affective abandonment, responsibility, law.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO I - A FAMÍLIA NO DIREITO ROMANO	10
1.1. A família pós-moderna	12
1.2. Situação jurídica e social da família antes constituição de 1988.....	13
1.3. A família eudemonista e o direito a felicidade.....	16
1.4. O afeto como princípio pilar basilar do direito de família.....	19
CAPÍTULO II - NOVOS ARRANJOS FAMILIARES.....	24
2.1. Família Monoparental.....	25
2.2. Família homoafetiva	26
2.3. União Estável	28
2.4. Família Anaparental	32
CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA	33
3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana	33
3.2. Princípio da Solidariedade familiar	34
3.3. Dever de sustento	36
3.4. Dever de guarda.....	37
3.5. Direito à convivência	38
CAPÍTULO IV – DA TUTELA DO AFETO E A RESPONSABILIDADE POR ABANDONO AFETIVO	40
4.1. Abandono afetivo	40
4.2. Responsabilidade civil	41
4.3. Tipos de responsabilidade.....	44
4.4. Da culpa	45
4.5. Do Dano	46
4.6. Do nexo causal.....	49
4.7. Indenização pecuniária por abandono afetivo.....	51
CAPÍTULO V – A GUARDA COMPARTILHADA COMO ALTERNATIVA POSSÍVEL AO ABANDONO AFETIVO	55
CONCLUSÃO	60
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

INTRODUÇÃO

A instituição familiar da forma que conhecemos hoje é um fenômeno atual e recente, este instituto passou por inúmeras transformações no decorrer das ultimas décadas até se transformar no modelo que conhecemos atualmente fundado nos laços afetivos.

O presente trabalho trata do fenômeno do abandono afetivo, este que deve ser considerado como a interrupção voluntária e imotivado do afeto dispensado pelos pais aos filhos. Este abandono não se limita as relações consanguíneas uma vez que já é superada a equiparação desta com a parentalidade socioafetiva.

Diante do cenário atual, onde infelizmente o abandono afetivo é uma situação bastante recorrente nas famílias brasileira, pretendo o presente trabalho realizar uma análise sobre a possibilidade da responsabilização civil proveniente do abandono afetivo o que ensejaria uma reparação pecuniária.

Conforme demonstrado no decorrer do trabalho, percebe-se que por mais que a reparação civil mediante pecúnia seja uma possibilidade válida ela não traz uma solução a esta problemática por se tratar de ações remediativas. Neste sentido, o presente trabalho aponta a guarda compartilhada como possibilidade real de coibir o abandono afetivo, promovendo aos pais e filhos acesso ao convívio igualitário, resguardado o direito a convivência e ao afeto.

Para a realização do presente trabalho utilizou-se do método de revisão bibliográfica que consiste basicamente na ampla e extensa procura e estudo, de materiais já elaborados e publicados existentes sobre a temática aqui apresentada, com a intenção de reunir o máximo de informações possíveis sobre o tema. Dessa forma, foram coletados, confrontados, analisados e discutidos estudos teóricos, estudos de casos, jurisprudências e demais textos sobre o tema até hoje realizados e publicados.

Assim sendo, no primeiro capítulo é realizada uma análise histórica social e jurídica da formação da família e das mudanças suportadas em seu seio até a concretização da família eudemonista, voltada ao alcance da felicidade de seus membros e cujos pilares estão fundados no afeto.

Neste diapasão, o segundo capítulo trata dos novos arranjos sociais que tiveram seu reconhecimento com o advento da Constituição Federal de 1988. Para esta análise foram pinçados alguns das diversas formações possíveis das entidades familiares para a melhor elucidação e reafirmação de que a família atual tem como principal característica o afeto entre seus membros e a manutenção do respeito mútuo e a busca pela felicidade, assim sendo, há de se vislumbrar que qualquer delimitação dos arranjos sociais seria errôneo, por este motivo, destacou-se determinadas entidades para uma breve explanação.

Por conseguinte, o terceiro capítulo dedica-se a explanação sobre os principais princípios constitucionais que norteiam as relações familiares, bem como os direitos inerentes a seus membros. No ordenamento jurídico brasileiro os princípios são dotados de força normativa que dão sentidos as normas, preenchem lacunas, orientam a interpretação das normas, dentre outras funções. Diante de seu caráter altamente abrangente e de certa forma abstrata os princípios são muito vastos e dinâmicos, razão pela qual se elencou para o presente trabalho princípios que possuem uma maior aderência a temática aqui tratada.

Após o entendimento da importância do direito ao afeto na relação familiar e como sua ausência origina danos irreparáveis aos abandonados, o quarto capítulo traz a discussão a possibilidade da indenização pecuniária decorrente do abandono afetivo. Apesar da ausência de pacificação deste assunto é trazido a tona diante de opiniões positivas e negativas quando a incidência da responsabilidade e da possibilidade da reparação financeira. Por fim, entende-se pela possibilidade de sua aplicação, contudo, percebe-se que por se tratar de uma reparação a fato que já ocorreu esta alternativa não seria a mais adequada para o fim de coibição.

Não obstante o fato da reparação civil já ocorrer após a ocorrência e comprovação do dano esta reparação está condicionada aos recursos financeiros do abandonante, a morosidade do processo judicial e demais trâmites burocráticos que dificulta até mesmo a simples e muito necessária obtenção de alimentos.

Por fim, o último capítulo apresenta como alternativa preventiva ao abandono afetivo a estipulação da guarda compartilhada, assim sendo, os pais gozariam de igualdade e corresponsabilidade na criação, educação e guarda dos filhos.

Como dito, o abandono afetivo é uma realidade de muitas crianças e adolescentes no Brasil e necessita ser trabalhada de forma célere e com a apresentação de alternativas viáveis que resguardecem o melhor interesse da criança e do adolescente e forneça a este todo o ambiente propício a seu desenvolvimento social, físico e psicológico. E que ainda assegure a estes indivíduos em desenvolvimento seu acesso aos direitos constitucionais, especialmente aos que concernem à sua dignidade.

CAPÍTULO I - A FAMÍLIA NO DIREITO ROMANO

Inúmeros registros históricos, obras literárias, fragmentos jurídicos, e outros documentos comprovam acertadamente que a família tal como conhecemos hoje é uma entidade bastante diversa daquela de sua origem, a família viveu por longos períodos de forma "patriarcal", como grande exemplo temos a família Romana.

A família Greco-Romana era estabelecida sobre a égide da autoridade masculina, o ancião era portador do *pater familias*¹, à ele era atribuído o direito de vida e morte, sobre seus descendentes e noras. Ele era o líder social, religioso e econômico. Sobre este aspecto comenta Pereira²:

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 ou tirar-lhe a vida.

Para Orlando Gomes³ a família Romana era um:

conjunto de pessoas sujeitas ao poder do *pater familias*, ora grupo de parentes unidos pelo vínculo de cognição, ora o patrimônio, ora a herança.

Fustel de Coulanges⁴ menciona que na família Romana o afeto nunca foi uma de suas características, porquanto sempre esteve fundada na autoridade do homem sobre a mulher e os filhos.

A família Romana era uma unidade ao mesmo tempo econômica, religiosa, política e jurídica. Quanto aos bens, Wald⁵ aduz:

[...] inicialmente, havia um patrimônio só que pertencia à família, embora administrado pelo pater. Numa fase mais evoluída do Direito Romano, surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do pater.

Neste primeiro momento, a mulher era completamente dependente da autoridade marital, sua função estava limitada as atividades domésticas e o cuidado

¹ *Pater familias* era a condição mais elevada no estatuto familiar (*status familiae*) na Roma Antiga, sempre ocupado por uma figura masculina. Em latim o termo significa, literalmente, "pai da família". O termo *pater* se refere a um território ou jurisdição governado por um patriarca.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento da paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.7

³ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 33

⁴ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 36.

⁵ WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 10

dos filhos, só eram permitidos aos homens ter patrimônio, e às filhas mulheres não lhe era reservado nem mesmo direito à herança.

Para os Romanos, a procriação era obrigatória para a perpetuação dos cultos religiosos, contudo, não bastava apenas a existência de filhos, destes deveriam ser frutos do casamento. Segundo Coulanges⁶ aos filhos gerados fora do casamento não era permitido fazer parte do culto nem oferecer refeições fúnebres.

Desta forma, a ausência de filhos poderia acarretar consequências cruéis aos cônjuges considerados estéreis, em regra, estas consequências atingiam somente às mulheres por estas estarem ligadas à gestação e não haver neste momento formas de se provar a esterilidade masculina, as sanções aplicadas poderiam ir desde a anulação do casamento até à exclusão da sociedade.

No mesmo sentido complementa Coulanges⁷:

Tendo sido o casamento contratado apenas para perpetuar a família, parece justo que pudesse anular-se no caso de esterilidade da mulher. O divórcio, para este caso, foi sempre, entre os antigos, um direito; é mesmo possível tenha sido até obrigação. Na Índia, a religião prescrevia que “a mulher estéril fosse substituída ao fim de oito anos.

O Direito Romano influenciou de forma expressiva o Direito de Família. Os conceitos de família e filiação estavam diretamente ligados ao casamento e no autoritarismo da figura masculina, o que originou o termo pátrio poder, posteriormente substituído pelo termo poder familiar. Esses conceitos foram incorporados pelo Direito brasileiro no antigo Código Civil, contudo, ainda hoje se percebe a sua influência e seus resquícios na sociedade e legislação vigente.

2.1. O Direito Canônico

Diferentemente do Direito Romano, o Direito Canônico foi marcado pelo advento do cristianismo. A partir desse momento só se consideravam como família aquela originada através da cerimônia religiosa do matrimônio. Segundo Wald⁸, o Direito Canônico pode ser compreendido como:

o ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana [...] a denominação ‘canônico’ deriva da palavra grega Kánon (regra, norma), com a qual originariamente se indicava qualquer prescrição relativa a fé ou à ação cristã [...]

⁶ COULANGES, Op. Cit. p. 36.

⁷ COULANGES, Op. Cit. p. 47

⁸ WALD, op. cit.. 53-4

Neste momento, o casamento passa por uma grande mudança, pois o cristianismo o eleva a ato sagrado. Por ser um ato sagrado, o casamento só poderia ser desfeito pela morte, considerando-o assim uma união indissolúvel.

O cristianismo acentuou o evidente machismo já presente na sociedade e ainda reforçou a autoridade masculina dentro do núcleo familiar, ao considerá-lo chefe absoluto e sacerdote da família, com poderes sobre a vida e morte de seus integrantes, e a mulher, por sua vez, permanece tendo seu lugar limitado às atividades domésticas e a criação dos filhos, privada até mesmo de capacidade jurídica.

Com o fortalecimento da influenciada Igreja, esta começou a intervir de forma decisiva nos assuntos familiares. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira⁹, a partir desse momento a Igreja passou a se empenhar em combater tudo o que pudesse desagregar o seio familiar para assim ter a salvo o modelo matrimonial de família.

Nas décadas seguintes, a família e seus integrantes passaram por inúmeras mudanças econômicas e sociais, nascendo-se assim novos conceitos de família, não limitadas pelo casamento, mas baseada nas relações afetivas de seus membros, surgia então a família pós-moderna.

1.1. A família pós-moderna

A pós-modernidade, período histórico posterior à Revolução Francesa (1789) e a Revolução Industrial que ocorreu no final do Século XVIII, traz um modelo de família completamente diferente do Greco-Romano e da família sobre a égide do Direito Canônico. A família da pós-modernidade é marcada pelo afeto entre seus membros e a constante busca pela felicidade (eudonista).

Rodrigo da Cunha Pereira¹⁰ menciona que a evolução da tutela jurídica familiar desatou-se a partir da evolução científica, dos movimentos sociais e da globalização. Segundo ele, essas profundas mudanças estão atreladas a alguns

⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 3v. p. 16 -7

¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 05, jan-fev-mar. 2003

acontecimentos históricos como: à Revolução Industrial, à re-divisão do trabalho e a inserção da mulher no mercado de trabalho e à Revolução Francesa, que tinha como ideais a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Eliane Goulart Martins Carossi¹¹ aponta outros fatores para a passagem da família para a pós-modernidade. Segundo a Autora o ingresso da mulher no mercado de trabalho em meados de 1950, bem como a descoberta da pílula anticoncepcional nos anos seguintes, a família deixa de ser uma entidade unicamente econômica ou religiosa e o casamento passa a ser alicerçado no amor e não mais em um contrato econômico.

Segundo Maria Cláudia Crespo Brauner¹² os métodos contraceptivos possibilitaram a organização dos nascimentos dos filhos e até mesmo a opção por não tê-los, perdendo-se assim, a procriação como fator para o casamento:

Os esposos, cônjuges ou companheiros se devem reciprocidade antes de tudo, afeição, dedicação e assistência mútua. Pode-se afirmar que, no presente, um casal se une para buscar a felicidade por meio de relações de afeição e solidariedade, que significam os pilares de base para a existência da família moderna. Chega-se assim a uma concepção nuclear de família.

A família contemporânea como demonstrado acima, tem como grande característica a diversidade, tanto de seus membros quanto das relações que os unem, uma justificativa possível para isso seria a incessante busca humana pelo afeto e felicidade. Dessa forma, a filiação também tem suas bases no afeto e na convivência harmoniosa e saudável entre seus familiares, abrindo-se espaço para a possibilidade da filiação não limitada à oriunda nos laços sanguíneos, mas também aquela oriunda do amor e da convivência, como é o caso da filiação socioafetiva.

É importante destacar, que o Direito de Família, frente a todos os ramos do Direito, pode ser considerado o que mais avançou nos últimos tempos, visto que seu objeto são as relações interpessoais e que estas acompanham os passos da evolução social.

1.2. Situação jurídica e social da família antes constituição de 1988.

¹¹ CAROSSO, Eliane Goulart Martins. **As relações familiares e o direito de família no século XXI**. Revista Faculdade de Direito, Caxias do Sul. v. 12, p. 49, 2003

¹² BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **O direito de família: descobrindo novos caminhos**. São Leopoldo: Edição da Autora, 2001. p. 10.

O Direito brasileiro durante muito tempo, no que concerne a família foi regido pelo Direito Canônico através das Ordenações Filipinas e demais legislações esparsas. Estas legislações anteriores à Constituição de 1988 sistematizavam o modelo patriarcal de família, privando as demais espécies de entidades familiares, bem como os filhos que não fossem havidos na constância do casamento da tutela jurisdicional.

O primeiro marco legislativo histórico foi a promulgação da Lei nº 3.071¹³, de 1916 (antigo Código Civil). A legislação trazida neste Código era totalmente patrimonialista, sua grande preocupação estava no “ter” e não no “ser” e era direcionado aos grandes proprietários, contudo, a maioria da população não sabia de seus direitos e, muito menos como invocá-los.

A família patriarcal permanecia como modelo na legislação civilista, como exemplo disso temos a indissolubilidade do casamento e a capacidade relativa da mulher. O artigo 233 do Código Civil de 1916 atribuía ao marido a chefia da sociedade conjugal, outorgando a ele poderes de administração sobre a casa, os bens (inclusive os particulares da esposa) e os filhos. Outrossim, à mulher restava somente a função de colaboradora no exercício dos encargos familiares, conforme artigo 240 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

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

I - a representação legal da família;

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I e 311);

III - o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique;

IV – prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277.

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

Parágrafo único. A mulher poderá acrescentar aos seus os apelidos do marido.

¹³BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916: **Código Civil Brasileiro**. In: Código Civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1.118 -1453

Segundo Eliane Goulart Martins Carossi¹⁴, a legislação cível estava altamente voltada a conservação do casamento, dedicando-lhe uma parte especial que disciplinava os impedimentos para a sua realização, suas formalidades, direitos e deveres dos cônjuges, regimes de casamento, entre outros assuntos.

Quanto à filiação havia uma evidente distinção entre filhos, que eram classificados como: legítimos ou ilegítimos, naturais ou adotivos, tendo cada filho anotado em seu assento de seu nascimento a origem de sua filiação. Esta diferenciação entre os filhos tinha reflexos diretos na divisão da herança, conforme art. 377 do Código Civil de 1916 e ainda mesmo que o filho “ilegítimo” fosse reconhecido por um dos cônjuges este não poderia residir no lar conjugal sem a anuência do outro consorte, conforme dispõe o artigo 359 do mesmo diploma. Ademais, em casos de separação a guarda dos filhos era reservada ao consorte que não possuísse culpa na separação, sem se atentar ao melhor interesse da criança ou adolescente.

Em 1962 entra em vigor o Estatuto da Mulher Casada¹⁵, este diploma devolveu a capacidade plena à mulher casada e ainda contribuiu para a emancipação feminina em diversas áreas. Apesar das mudanças trazidas neste diploma não terem ocorrido imediatamente, o Estatuto da Mulher Casada marcou o início de diversas transformações legais a respeito dos direitos e deveres da mulher.

Posteriormente em 1977, entrou em vigor a Lei nº 6.515¹⁶, comumente denominada de Lei do Divórcio, esta lei regulava os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos. A Lei do Divórcio foi significativa em vários aspectos, deste a opção da mulher permanecer ou não com o nome de família assumido no casamento quanto ao estabelecimento do regime parcial de bens como o regime legal e a possibilidade dos vínculos familiares se encerrem com o divórcio.

Não obstante, a referida lei representou grande avanço na conquista dos direitos dos filhos permitindo o reconhecimento dos filhos ilegítimos, inclusive os

¹⁴ CAROSSO, op. Cit p. 66

¹⁵ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm > Acesso em 02/11/2017.

¹⁶ Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977: Dispõe os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. In: Código Civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 623-30

adulterinos, mesmo na constância do casamento, considerando estes como titulares de direitos, sendo que nas legislações anteriores (Lei 883 de 1949), isso só poderia ocorrer com a extinção da sociedade conjugal. A Lei do Divórcio ainda conferiu aos filhos o direito de serem reconhecidos, independente do estado civil dos genitores e, ainda, conferiu-lhes direitos sobre o patrimônio do pai.

Apesar dos avanços mencionados, ainda havia inúmeros ajustes a serem feitos, o Código Civil e demais legislações esparsas não contemplavam as relações afetivas nem tutelavam as outras formações familiares já bastante presentes na sociedade brasileira.

1.3. A família eudemonista e o direito a felicidade

Como demonstrado, as mudanças suportadas pelo instituto familiar desabrocharam-se na conjugação de formas familiares eudemonistas. A família eudemonista é um moderno conceito que faz referência às entidades familiares que buscam a realização plena de seus membros, através da comunhão de afetiva, a solidariedade, consideração e o respeito mútuos, não estando limitada aos vínculos biológicos.

Nas palavras do Relator José Carlos Teixeira Giorgis¹⁷:

Embora a norma continue a mesma, a sua fundamentação ética, arejada pelos valores dos tempos atuais, passa a ser outra, e, por isso, a regra que se extrai dessa norma é também outra. Ocorre que a família nos dias que correm é informada pelo valor do AFETO. É a família eudemonista, em que a realização plena de seus integrantes passa a ser a razão e a justificação de existência desse núcleo.

Maria Berenice Dias¹⁸ assevera:

Surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento efetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a

¹⁷ APELAÇÃO CÍVEL Nº 70005246897, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, JULGADO EM 12/03/2003. Disponível em: http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=99392&ano=2002.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2007, p. 52/53

assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.

O eudemonismo encontrado nas novas formações familiares, através da busca pela felicidade vai consoante a princípios constitucionais como o direito à felicidade. A felicidade que por muitos pode ser entendida como uma busca individual, pois se trata de objetivos e projetos de vida de caráter subjetivo, dentro do ambiente familiar encontra um terreno fértil para seu desenvolvimento. Para Maria Berenice Dias¹⁹, por mais difícil que seja a definição de felicidade diante de seu alto subjetivismo, é claro que é o que todos almejam, sonham e querem, sendo, portanto, o maior compromisso do Estado assegurar o acesso a este direito a todos os cidadãos.

A este respeito, Martins Filho²⁰, afirma:

Há unanimidade em reconhecer que a felicidade é o bem mais excelente e meta da ética (política), mas quanto ao que consiste divergem as opiniões no tempo e no espaço. Para o vulgo a felicidade se confunde com o prazer;

[...] O bem, no sentido mais amplo, que a tudo abarcasse, seria aquele pelo que tudo o mais é feito, ou seja, a ele subordinamos todos os demais fins. Esse bem autossuficiente e completo só pode ser a felicidade, para a qual a sabedoria, prazeres, riqueza e virtude são apenas meios de obtenção. Assim, a felicidade seria o bem mais excelente e a finalidade última de todas as ações.

[...] Enquanto uma ação nobre e a virtude são louváveis (meios), a felicidade é valorável (fim). A felicidade é uma atividade da alma em conformidade com a virtude perfeita e cabe ao verdadeiro estadista tornar os cidadãos virtuosos e respeitadores da lei. [...]

Não há como se assegurar a dignidade aos indivíduos sem lhes assegurar o direito a serem felizes, com suas escolhas, com seus recomeços e com a forma com a qual escolheram viver e estabelecer seus laços afetivos. De acordo com essa visão eudemonista, pontua Dias²¹:

[...] o fato é que as pessoas não perdem a mania de buscar a felicidade. Abandonam relacionamentos jurados como eternos, partem em busca de novos amores, ingressam em novos vínculos afetivos, mesmo afrontando o estabelecido pelo estado como forma única de constituição de família. Mas a felicidade nem sempre se encontra no relacionamento heterossexual.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Discurso de abertura do II Congresso Internacional do IBDFAM**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/discurso-discurso-de-abertura-do-ii-congresso-internacional-do-ibdfam.cont>>. Acesso em: 04/12/2017

²⁰ MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Ética e Ficção: de Aristóteles a Tolkien**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. P. 10/11.

²¹DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: RT, 2007. P. 182

O Direito como um instrumento criado pelo homem e para o homem com o principal objetivo de organizar a vida em sociedade, deve ser considerado um dos maiores meios para a busca do fim maior de seus destinatários, a felicidade humana (eudemonia). O Estado, como a personificação do Direito, está incumbido de garantir ao cidadão seu acesso à felicidade e este acesso passa pela tutela dos diversos arranjos familiares, pois só assim será resguardado os direitos fundamentais do indivíduo bem como resguardar a dignidade humana como motivo da tutela jurídica das relações interpessoais.

Apesar da ausência de posituação do direito à felicidade a doutrina e jurisprudência têm esta questão como pacificada e o entendimento é que o direito a felicidade é um princípio constitucional que decorre da dignidade da pessoa humana. Como exemplo, colhemos respeitável julgado Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477.554²², sobre a relatoria do Ministro Celso de Mello, cuja ementa segue *in verbis*:

[...] A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Posituação desse princípio no plano do direito comparado. [...]

A felicidade dos indivíduos somente é garantida através dos princípios constitucionais e do Direito de Família ao se considerar o valor jurídico do afeto e

²²Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf>. Acesso em: 04/12/2017.

reconhecê-lo como princípio norteador das normas que tratam sobre relações familiares por ser este o princípio basilar das relações familiares contemporâneas.

1.4. O afeto como princípio pilar basilar do direito de família

As mudanças sociais, econômicas, jurídicas e outras que se operaram no seio da sociedade, bem como os fortes movimentos sociais que eclodiram nas décadas de 50 e 60 trouxeram novas pautas a serem discutidas e levantaram questões antes não debatidas. Nas palavras de Maria Helena Diniz²³, temos:

O distanciamento entre Estado e Igreja culminou na busca de referenciais outros para a manutenção das estruturas convencionais. Sem o freio da religião, valores outros precisaram ser prestigiados, e a moral e a ética foram convocadas como formas de adequação do convívio social. Esses os paradigmas que começaram a ser invocados para tentar conter a evolução dos costumes. [...] A questão pós-moderna essencial passa a ser a ética.

A afetividade, bem como a família afetiva são frutos de uma construção cultural, que se deu na convivência, alheia a interesses econômicos, tendo sua constituição e desconstituição realizada de livre e espontânea vontade por seus membros. Revela-se em um ambiente de solidariedade e responsabilidade. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estes suas causas originária e final, haverá uma família.

A família, na atualidade, mesmo as formadas por laços sanguíneos não se justificam sem a existência do afeto, pois é ele o elemento formador e estruturador das entidades familiares. Assim sendo, a família é uma relação ancorada no afeto, este que deve ser tutelado pelo Estado.

O afeto é o princípio norteador das relações familiares contemporâneas, não devendo ser considerado apenas um laço que envolve os integrantes de uma família, mas um laço que une pessoas objetivando a felicidade de todas as pessoas pertencentes aquele meio. De acordo com Maria Berenice Dias²⁴, portanto:

os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família.

²³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. Vol. 5. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 2.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

Da mesma maneira, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti²⁵ dispõe que:

a evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil. Assim, o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e, ainda, da própria união estável, que tem nele o principal elemento para o reconhecimento do status jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka²⁶, enfatiza:

Na ideia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.

Desta forma, o ambiente familiar passou a ser ligado pelos laços do afeto, independente de diferenças de sexo, tendo, em conjunto com a solidariedade o primado da busca de felicidade entre os membros daquela entidade familiar, sendo, portanto, a família, de acordo com o disposto na Constituição Federal de 1988, a base da sociedade brasileira.

O princípio do afeto decorre da dignidade da pessoa humana, o primado básico da Constituição Federal de 1988, desta forma, há de serem tuteladas as mais diversas formas de formação familiar. Nas palavras de Lôbo²⁷, temos:

não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

O grande “divisor de águas” na conquista de direitos da família e da filiação foi a promulgação da Constituição Federal de 1988. A partir desta a família recebeu novos contornos, vislumbrando os princípios e direitos conquistados pela sociedade, nela foi reconhecida a união estável e o modelo de família tradicional passou a ser

²⁵ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, p. 221.

²⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 8, abr-jun. 1999.

²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto, **Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do numerusclaus**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8199-8198-1-PB.htm> Acesso em 04/11/17.

apenas uma das formas de se constituir um núcleo familiar, assim sendo, a família passa a ser uma comunidade fundada na igualdade e no afeto.

Com a tutela jurídica às entidades familiares ficou vedada qualquer discriminação em virtude da origem da filiação. Igualmente, a família incorporou o pensamento da contemporaneidade (igualdade e afeto), à luz dos princípios trazidos pela Magna Carta e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e demais legislações especiais.

A constitucionalização contemporânea da afetividade a posiciona no patamar de princípio norteador do direito das famílias, passando a ser tratada como princípio da afetividade.

Apesar de tal princípio não possuir previsão expressa em nosso ordenamento jurídico ele pode ser visto implicitamente em inúmeras disposições trazidas em nossa Constituição Federal, como a igualdade dos filhos, sem distinção de origem (artigo 227 §6º), na adoção; no reconhecimento da união estável como forma de constituição de família (artigo 226 §3º), no reconhecimento da família homoafetiva (artigo 2º da lei 11.340/06), na liberdade sobre o planejamento familiar (artigo 226 §7º), dentre vários outros.

Sobre o reconhecimento constitucional à dignidade da pessoa humana, destaca Ingo Wolfgang SARLET²⁸:

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Segundo a percepção Kantiana, a humanidade é concebida como sujeitos portadores de conhecimento e, por esta razão, seria capaz de ser responsável por seus próprios atos e de ter consciência de seus deveres. Desta forma, Immanuel Kant²⁹concluiu que: “*o homem existe como fim em si mesmo, nunca como meio para*

²⁸ SARLET, I.W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 68.

²⁹ KANT, I. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003

realização das vontades". Esta idealização da humanidade como ser autônomo, representa que suas escolhas, em especial, as escolhas pessoais como com quem se quer constituir uma família ou a quem se investe seu afeto deve ser respeitado e tutelado pelo Estado, vedado qualquer julgamento ou discriminação.

Portanto, o afeto é o liame da família, com a intenção de constituir um amor familiar entre pessoas, independentemente da sexualidade destas, uma vez que a afetividade é o elo de estruturação das entidades familiares na atualidade.

Maria Berenice Dias³⁰ descreve que:

Outorgando a Constituição proteção à família, independentemente da celebração do casamento, houve a inserção de um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos de afetivos outros. Tanto a união estável entre um homem e uma mulher como as relações de um dos ascendentes com sua prole passaram a configurar uma família. Nessa nova paisagem, não mais se distingue a família pela existência do matrimônio, solenidade que deixou de ser o único traço diferenciador para sua conceituação. Igualmente, tal dispositivo não diz que, para que a convivência seja digna da proteção do Estado, impõe-se a diferenciação de sexos do casal.

Temos nas palavras de Lôbo³¹:

A tutela do Estado voltou-se, então, para as pessoas que integram a família construída sobre os laços do afeto e direcionada para a realização espiritual e ao desenvolvimento da personalidade de seus membros. Tem-se a chamada repersonalização ou despatrimonialização das relações familiares, entendida como a realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade como função básica da família da época presente.

Ademais, afirma Flademir Jerônimo Belinati Martins³²:

Os valores constitucionais são a mais completa tradução dos fins que a comunidade pretende ver realizados no plano concreto – da vida real mesma – mediante a normatização empreendida pela Constituição [...] Com efeito, enquanto ordem objetiva de valores, a Constituição cumpre o importante papel de transformar os valores predominantes em uma comunidade histórica concreta em normas constitucionais; com todos os efeitos e implicações que esta normatização possa ter.

A tutela constitucional à dignidade da pessoa humana bem como a própria afetividade trazem a luz os mais diversos arranjos sociais que a muito tempo já habitava a sociedade, contudo eram negligenciados e desconsiderados pelo

³⁰ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 116.

³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=527> Acesso em 28/11/2017

³² MARTINS, F.J.B. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2003.p.55

judiciário e demais órgãos do Estado. Todo reconhecimento às formações familiares é uma grande avanço jurídico e social.

CAPÍTULO II - NOVOS ARRANJOS FAMILIARES

Antes de se delimitar quaisquer das espécies de entidades familiares preconizadas no ordenamento jurídico pátrio, se faz necessário ressaltar que para esta delimitação parte-se da concepção eudemonista acima referida.

Neste tocante, vale destacar o caput do art. 226 da Constituição Federal³³ que diz “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Como se vê, constitucionalmente, não há qualquer adjetivo que remeta a uma definição de família, percebe-se, portanto a intenção da Carta Maior de priorizar as comunidades familiares pautadas no afeto, havendo somente a imposição ao Estado de garantir proteção às quaisquer comunidades familiares, sendo o rol presente no artigo supracitado simplesmente exemplificativo.

Nas lições de Pedro Lenza³⁴ temos:

O Estado, então, deverá assegurar proteção especial para as mães solteiras, os pais solteiros, a comunidade de pai ou mãe separados ou divorciados e eventuais filhos, as famílias instituídas por inseminação artificial, produção independente, etc. Prioriza-se, portanto, a família sócioafetiva à luz da dignidade da pessoa humana, como destaque para a função social da família, consagrando a igualdade absoluta entre os cônjuges (art. 226, § 5º) e os filhos (art. 227, § 6º).

Ainda, sobre esta temática, brilhantemente elucida Maria Berenice Dias³⁵:

O alargamento das relações interpessoais acabou deitando reflexos na conformação da família, que não possui mais um significado singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. Assim, expressões como ilegítima, espúria, adulterina, informal, impura estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas, nem com referência às relações afetivas, nem aos vínculos parentais. Seja em relação à família, seja no que diz respeito aos filhos, não se admite qualquer adjetivação. O pluralismo das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família. [...] Dita flexibilização conceitual vem permitindo que os relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados, adquiram visibilidade, o que acaba conduzindo a sociedade à aceitação de todas as formas que as pessoas encontram para buscar a felicidade.

³³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04/12/2017

³⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 859/860

³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2007.

Destarte, é necessário compreender que o pluralismo das entidades familiares deve ser reconhecido e ter efetiva proteção do Estado. O reconhecimento das inúmeras possibilidades de arranjos familiares são instrumentos para o efetivo acesso à felicidade de seus membros. Esta perspectiva não representa nada mais do que a própria aplicação da filosofia da eudemonologia como orientação e parâmetro de legitimação de qualquer interpretação aos institutos jurídicos familiares.

2.1. Família Monoparental

Em um país que possui mais de cinco milhões de pessoas que sequer possuem o registro de pais em sua certidão de nascimento percebe-se que é altamente necessário o reconhecimento e tutela da família monoparental, visto que esta entidade familiar é um fato comum em nossa sociedade. A família monoparental em sua grande maioria é composta por mulheres na posição de ascendente.

A Constituição Federal no § 4º do artigo 226, positivou o reconhecimento a família constituída por um dos ascendentes e seus descendentes, denominando-a de “Família Monoparental”. A utilização dessa terminologia deixa claro que esta família é formada por apenas a mãe ou o pai e seus descendentes, ou seja, conta somente com a presença de um genitor, este que será responsável pelo sustento, educação e guarda dos filhos.

De acordo com Maria Berenice Dias³⁶, junto ao declínio do patriarcado e a inserção da mulher no mercado de trabalho as famílias constituídas por um genitor e sua prole aumentaram e adquiriram maior visibilidade. Seu expressivo número, e a discrepante predominância feminina, é inegavelmente uma forte oposição ao modelo binário dominante.

Durante um bom tempo a sociedade acreditava e disseminava que a Família Monoparental era formada por pessoas que “falharam” em seus relacionamentos amorosos. Desta forma, os membros desta família eram vistos como em uma condição marginal. Atualmente a realidade destas famílias é outra, a sociedade

³⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.212

evoluiu e entendeu que as Famílias Monoparentais podem ser constituídas simplesmente por livre escolha e não mais uma determinação ou “fracasso” amoroso.

Os fatos que desencadeiam a formação de uma Família Monoparental são os mais diversos possíveis, às vezes por uma imposição, como o caso do término do casamento ou a viuvez ou por opção, que é o caso da escolha de se ter um filho sozinho seja de forma natural ou através da inseminação artificial e até a adoção por pessoa solteira e ainda podemos citar a inseminação artificial *pos mortem*.

De acordo com Maria Berenice Dias³⁷, para que se configure uma entidade familiar monoparental, basta que haja diferença nas gerações entre um de seus membros e a inexistência de relacionamento sexual entre eles. Desta forma, a família pode ser constituída por qualquer parente mesmo que não seja um dos genitores, que igualmente, constituirá vínculo uniparental.

Sobre o tema Farias e Rosenvald³⁸ ressaltam:

Sem dúvida, muito bem andou o constituinte, reconhecendo um fato social grande relevância prática, especialmente em grandes centros urbanos, ao abrigar como entidade familiar o núcleo formado por pessoas sozinhas (solteiros, descasados, viúvos...) que vivem com a sua prole. São as chamadas famílias monoparentais. Tratando, assim, as comunidades formadas por ascendentes e descendentes como entidades familiares, disso deflui que estarão protegidas pelas regras jurídicas correspondentes, como, v.g., a tutela decorrente do bem de família.

É necessário que se dispense especial atenção à família monoparental, como forma de se assegurar a igualdade substancial, sobretudo pelo fato da mulher, no papel de única genitora ter que arcar sozinha com as despesas de toda a família, é de comum conhecimento que a mulher ainda recebe salário menor do que o homem, esta discriminação do mercado de trabalho induz as mulheres a aceitar menores salários o que revela a face injusta de nossa realidade social.

2.2. Família homoafetiva

³⁷ Op. Cit. 25.

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 49.

O ambiente familiar deve ser considerado como o espaço capaz de proporcionar ao indivíduo as ferramentas necessárias para a busca de sua felicidade completa, por este motivo, qualquer interpretação e aplicação da norma jurídica referente às temáticas de família deve respeitar o dinamismo das relações e das entidades familiares.

Como se observa no decorrer do presente trabalho, o afeto é o pressuposto lógico das relações familiares, porquanto estas, nada mais são que eixos afetivos organizados em prol da realização plena de seus membros.

Neste cenário, a família homoafetiva se apresenta no meio social como resultado das mudanças sociais que conferiram maior liberdade aos indivíduos, esta mudança é fruto da ruptura de um padrão moral antiquado. A Liberdade aqui mencionada se refere à autodeterminação afetiva dos indivíduos.

Neste sentido, explana Farias e Rosenthal³⁹:

Com efeito, é na exuberante arquitetura civil-constitucional, construída para a proteção da pessoa humana, que sobreleva afirmar a compreensão das uniões homoafetivas como núcleos familiares, merecedores de 'especial proteção do Estado', a partir da cláusula inclusiva do art. 226 da Lei Maior.

[...]

Secundus, importa realçar que a família moderna tem o seu ponto de referência no afeto, evidenciado como verdadeiro direito à liberdade de autodeterminação emocional, que se encontra garantida constitucionalmente.

Tertius, não proteger a entidade homossexual também como grupo familiar é negar a sua compreensão instrumentalizada, retirando proteção da pessoa humana e reprimando uma era já superada (definitivamente!) institucionalista, como se a proteção não fosse dedicada à pessoa, atentando contra a sua intransigível dignidade.

[...]

Daí ser lícita a conclusão de que o reconhecimento da união homoafetiva dentro do Direito de Família é imperativo constitucional, não sendo possível violar a dignidade do homem, por apego absurdo a formalismos legais.

Vale ressaltar, que a própria sexualidade é um elemento integrante da natureza humana, sendo um direito fundamental inerente ao ser humano desde o seu nascimento. Assim sendo, ninguém poderá ter restrito o exercício de sua sexualidade, tanto a liberdade sexual quanto a liberdade da livre orientação sexual.

³⁹FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENTHAL, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.54/58.

Desta forma, todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade como forma de garantir sua realização pessoal e garantir o acesso à felicidade.

Em toda a extensão do texto constitucional fica nítido a intenção de ter assegurado o direito à igualdade, vetando-se assim qualquer tipo de restrição, neste sentido assevera Giorgis⁴⁰:

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso 3º, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.

Ainda, neste entendimento temos os dizeres de Dias⁴¹:

Diante da expressão legal, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma unidade doméstica, não importando o sexo dos parceiros. Quer as uniões formadas por um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta identidade de gênero, todas configuram entidade familiar. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, fato é que ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros. Se também família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade.

Considerando-se, que a partir da nova compreensão de família cuja proposta é a busca da realização plena de seus membros, a entidade familiar homoafetiva não pode ser excluída salvaguarda constitucional estabelecida no art. 226 da Constituição da República de 1988. Desta forma, o reconhecimento e tutela das famílias homoafetivas e a igualdade de tratamento dispensado às demais entidades familiares é sem sombra de dúvidas a realização dos principais objetivos da constituição, que é a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

2.3. União Estável

Como já mencionado, a realização plena dos membros integrantes das famílias brasileiras é o alicerce do Estado, pois somente assim se permite que haja um desenvolvimento pleno da sociedade brasileira.

⁴⁰GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica**. In Revista da AJURIS, nº 88 – Tomo 1. Porto Alegre: dezembro de 2002

⁴¹DIAS, Maria Berenice. **Violência doméstica e as uniões homoafetivas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1185, 29 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8985>>. Acesso em: 05/12/2017.

Com a entrada em vigor da Constituição da República de 1988, Não mais se conferiu proteção única e exclusivamente à família matrimonial, o casamento, portanto, deixou de ser a única forma pelo meio da qual as pessoas poderiam constituir uma família e passa-se a possibilidade de se estabelecer uma comunidade familiar baseada no afeto e na solidariedade entre seus membros, sem que seja necessário que entre eles tenha ocorrido o matrimônio.

O ordenamento jurídico, rastreando a vivência da sociedade, percebeu a necessidade de reconhecer a existência de entidades familiares fora do casamento, mas, como uma forma de exercitar certo controle social, por décadas restringiu-se a tutelar somente as relações heterossexuais. O engessamento dos vínculos afetivos sempre esteve presente em nossa sociedade, seja por valores culturais e, principalmente, influências religiosas predominantes em determinada época. Desta forma, por inúmeros motivos deixou-se de regular determinadas formas de relacionamento que não possuem como pressuposto a diversidade de sexos.

A união estável é entidade familiar, que constitui na união afetiva entre indivíduos fora do casamento, para sua caracterização esta deve ser duradoura, pública e com fins de constituir família. A este instituto é empregado na grande maioria tratamento igual ao casamento.

Rodrigo da Cunha Pereira⁴² conceitua união estável como sendo:

O delineamento do conceito de união estável deve ser feito buscando os elementos caracterizadores de um “núcleo familiar”. É preciso saber se daquela relação nasceu uma entidade familiar. Os ingredientes são aqueles já demarcados principalmente pela jurisprudência e doutrina pós-constituição de 1988: durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole, relação de dependência econômica. Entretanto, se faltar um desses elementos, não significa que esteja descaracterizada a união estável. É o conjunto de determinados elementos que ajuda a objetivar e a formatar o conceito de família. O essencial é que se tenha formado com aquela relação afetiva e amorosa uma família, repita-se.

Por mais que o texto constitucional no § 3º do art. 226⁴³ nos diz que “*para o 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*” é necessário se atentar que O texto constitucional em toda a sua extensão garante o

⁴² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Da União Estável**. IBDFAM. 2010

⁴³Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04/12/2017

tratamento igualitário das pessoas e não poderia ser diferente no âmbito familiar, limitando-se a tutelar a entidade familiar heterossexual.

Partindo da ideia de indivíduo como objeto principal da atividade estatal não é aceitável que a tutela jurídica faça acepção entre umas e outras para fins de tutela. Essa diferenciação dificulta a satisfação das necessidades humanas e realização da felicidade que é o cerne da dignidade da pessoa humana.

Percebe-se que doutrinariamente e em toda a jurisprudência pátria que a convivência homossexual em nada se diferencia da união estável heterossexual, que menos ainda se diferencia do casamento. Ainda que haja certa restrição legislativa, uma vez que no artigo traz implícito que trata-se de uma união entre “homem e mulher”, imperioso é haja, como tem ocorrido, uma interpretação analógica, e se aplique os mesmos regramentos legais à todas as entidades familiares.

Após a Constituição de 1988, a união estável veio a ser regulamentada pelas Leis Federais 8.971, de 1994, e 9.278, de 1996, sendo posteriormente examinada com o advento do Código Civil de 2002 a redação do art. 1.723⁴⁴ deste diploma nos diz que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

A partir de tal dispositivo, é possível perceber os elementos caracterizadores da união estável, quais sejam: a) ânimo de constituir família; b) estabilidade; c) publicidade e d) continuidade.

No que diz respeito ao ânimo de constituir família, esta é a principal distinção da união estável do namoro e do noivado, este pode ser considerado como o principal requisito, materializado na vontade que os companheiros têm de viverem como se casados fossem (convivência *more uxório*), também chamado de *intuito familiae* e *affectio maritalis*. A comprovação do *affectio maritalis* decorre da demonstração da existência de vida em comum, contudo, é dispensável que a vida em comum seja sob o mesmo teto (coabitação), com fundamento na Súmula 382 do

⁴⁴BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 04/12/2017.

Supremo Tribunal Federal⁴⁵, bastando que haja o reconhecimento da intenção pela sociedade para esta caracterização.

Quanto a estabilidade, estarefere-se a uma certa duração no tempo, contudo, não há de se falar em exigência mínima de convivência. Esta estabilidade decorre da situação em que os conviventes já estão juntos a certo lapso de tempo, tendo compartilhado bons e maus momentos, alegrias e tristezas.

A continuidade vem aliada à noção de estabilidade e refere-se à solidez do vínculo afetivo entre os companheiros. É natural que durante o relacionamento haja desavenças e rompimentos, mas a continuidade diz respeito ao convívio que, mesmo diante de alguma interrupção, não afetou o vínculo afetivo do relacionamento.

Por outro lado, a publicidade diz respeito ao conhecimento do público da existência de uma comunhão de vida em comum entre os companheiros. Trata-se da notoriedade do comportamento dos companheiros, pelo domínio público de que se portam como se casados fossem.

Não obstante, também se faz necessário frisar que para a constituição de união estável é necessário que não se encontrem presentes nenhum dos impedimentos para o casamento. O art. 1.723, § 1º, do Código Civil de 2002, diz que “a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso IV no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

Cumprе ressaltar que o afeto é a essência de qualquer relação familiar, desta forma, a nenhuma comunidade que tenha por base o vínculo do afeto se pode negar de lhe conferir o status de família, jamais podendo ser conferido tratamento discriminatórios entre a união estável e o casamento, ambos merecedores proteção do Estado.

⁴⁵ SUMULA 382 - STJ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2488>. Acesso em 04/12/2017.

2.4. Família Anaparental

A Família Anaparental constitui-se basicamente pela convivência entre parentes seja com vínculo de colateralidade ou demais pessoas mesmo que não sejam parentes que não possuam conotação sexual, dentro de uma mesma entidade com animus de constituir família e que exercitem os princípios norteadores das relações familiares como solidariedade, respeito mútuo, afeto, busca pela felicidade, dentre outros. O reconhecimento desta instituição como familiar se dá pela existência de vínculo afetivo entre seus membros, elemento essencial para a caracterização de toda comunidade familiar.

Como dito, a família anaparental não se limita aos parentes, podemos citar como exemplo a entidade familiar composta por duas amigas que decidem compartilhar sua vida juntas, dividindo alegrias e tristezas, esta convivência se caracteriza pelo auxílio material e emocional mútuo e pelo sentimento sincero de amizade.

Segundo Luana Silva Calheira⁴⁶ explica:

[...] O texto constitucional mudou e trouxe um conceito amplo de família, não determinando tipos de família específicos, ao revés, o caput do artigo 226 da CF/88 nada mais é senão, uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível, portanto, desconsiderar qualquer entidade que satisfaça os requisitos de afetividade, ostensibilidade e estabilidade, haja vista que se trata de rol exemplificativo.

Apesar do crescimento desta nova realidade no Brasil, ela ainda não tem a devida atenção dos doutrinadores nem do próprio Estado, contudo, por se tratar de uma entidade familiar, o Direito de Família também deve lhe conferir proteção para que nela ocorram efeitos jurídicos no âmbito familiar, tais como obrigação de prestar alimentos e o parentesco.

⁴⁶CALHEIRA, Luana Silva. **Os princípios do Direito de Família na C. F/88 e a importância aplicada ao afeto.** Viajus. Disponível em <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=769>>. Acesso em 05/12/2017.

CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

O Direito de família pode ser considerado como o ramo do direito mais humano. Por este motivo torna-se imperativo pensar o atual Direito de família sob a ótica dos Direitos Humanos, cuja base e pilares estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania e dignidade.

A dignidade da pessoa humana constitui-se um dos princípios basilares da República Federativa do Brasil, conforme se verifica pelo artigo 1º, inciso III de sua Constituição Federal. Do mesmo modo, o artigo 226, § 7º, do mesmo diploma legal⁴⁷ também faz menção expressa ao princípio da dignidade da pessoa humana, especificamente ao Direito de Família, *in verbis*:

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

[...]

§ 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.

A concepção principiológica da dignidade da pessoa humana, embora não lhe seja determinada um conceito fixo, atribui-lhe considerável relevância jurídica cuja pretensão é a ter plena normatividade do princípio, uma vez que foi inserido pelo Constituinte brasileiro em um patamar axiológico-normativo superior.

Nesse sentido, também destaca Ingo Wolfgang⁴⁸ Sarlet:

A dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma

⁴⁸SARLET, I.W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Desta forma, o principal propósito da família é garantir efetivamente a dignidade da pessoa humana a cada um de seus membros, uma vez que a família tem íntima relação com o desenvolvimento existencial de cada indivíduo. Segundo Maria Helena Diniz⁴⁹ o respeito ao princípio da dignidade da pessoahumana:

constitui base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva), garantindo, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros [...]

O respeito à dignidade da pessoa humana integra o rol de deveres paternos. Cabe aos pais promover as circunstâncias favoráveis para o desenvolvimento e consolidação da realização existencial de seus filhos.

Por consequência, a função dos pais de garantir a dignidade humana de sua prole também envolve a proteção à seus direitos da personalidade. Cabendo aos ascendentes ajuda-los a desenvolver suas habilidades psíquica, físicas e sociais. Giselda Hironaka afirma que o dano proveniente de abandono na relação paterno-filial *“é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar [...]”*⁵⁰.

3.2. Princípio da Solidariedade familiar

O princípio da solidariedade familiar implica em ações de respeito e consideração mútua entre os membros da entidade familiar. A solidariedade não se resume somente ao aspecto patrimonial, mas também afetiva e psicológica. Pode-se considerá-lo como o dever de mútua assistência que os parentes possuem uns para com os outros.

Maria Berenice Dias⁵¹ aduz que:

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.37

⁵⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, Não paginado. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18/11/2017.

⁵¹ DIAS, op. cit., 63 p

[...] solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste.

A solidariedade é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o artigo 3º, inciso I da Constituição Federal. O princípio da solidariedade familiar também possui fundamento constitucional, conforme se verifica nos artigos 3º, 226, 227 e 230 da Constituição Federal de 1988.

Lobo⁵² ensina que:

a solidariedade em relação aos filhos responde a exigência de a pessoa ser cuidada até atingir a idade adulta, ou seja, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social.

Uma das relevantes demonstrações da consagração deste princípio está no artigo 1.696 do Código Civil, que firma que “*o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos*”⁵³. Entretanto, a solidariedade familiar não se limita a prestação de alimentos e muito menos a simples aspectos materiais. A solidariedade familiar trata-se da contemplação da fraternidade e reciprocidade sob a óptica das necessidades extrapatrimoniais dos membros da entidade familiar. Conforme ressalta Paulo Lôbo⁵⁴ este princípio está diretamente ligado à ajuda e ao cuidado:

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade. [...] O cuidado, sob o ponto de vista do direito, recebe a força subjacente do princípio da solidariedade, como expressão particularizada desta.

Ainda, conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves⁵⁵:

O dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. Originariamente, não passava de um dever moral, ou uma obrigação ética, que no direito romano se expressava na equidade, ou no *officium pietatis*, ou na caritas. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural.

⁵² Lobo (2008, p. 477 apud Amin, 2008, p. 181)

⁵³ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 18/11/2017

⁵⁴ LÔBO. Direito Civil... Op. cit., 65 p

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. VI v. São Paulo: Saraiva, 2005.

Há uma grande expectativa para que os pais empenhem grande dedicação e cuidado na criação de seus filhos, bem como, há uma expectativa de reciprocidade deste cuidado em momento oportuno. Desta forma, a idealização da concepção de paternidade responsável é uma decorrência lógica do princípio da solidariedade familiar. Desta forma, para maior aplicabilidade deste princípio, a legislação pátria utilizou-se de outros diplomas como o do Estatuto da criança e do adolescente e o Estatuto do Idoso, a fim de proteger os indivíduos sob a égide deste princípio.

3.3. Dever de sustento

O dever de sustento tem caráter especificamente patrimonial e se baseia na disposição de meios condizentes com a necessidade de educação, alimentação, vestuário, dentre outros aos filhos e à disposição destes, por parte dos pais. Importante ressaltar, que mesmo que o genitor que possua a guarda unilateral consiga sozinho manter o sustento dos filhos, não elimina a necessidade de alimentos, ou o dever de sustento por parte do outro genitor o qual deverá, dentro de suas possibilidades financeiras, contribuir para este sustento, conforme preconiza o artigo 1568 do Código Civil⁵⁶.

Contudo, o sustento dos filhos deve ater-se a condição econômico-financeira de seus genitores, não os isentando do descumprimento deste dever. O não cumprimento do dever de sustento dos filhos menores implica em mora, que em alguns casos pode até acarretar a prisão civil.

É importante frisar que o dever de sustento não se confunde com a obrigação alimentar, na medida em que o dever de sustento decorre do poder parental, enquanto a obrigação alimentar decorre do parentesco e é recíproca entre as pessoas indicadas no art. 1.694 do Código Civil:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

⁵⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 21/11/2017.

É imperativo que para uma vida digna da prole os pais precisam exercer o dever de sustento, fornecendo à criança e ao adolescente condições sociais e psicológicas de desenvolvimento, não é só o dever de dar alimento ou vestuário, vai muito, além disso, é dar ao menor acesso a todos os seus direitos.

3.4. Dever de guarda

É dever da família, especialmente dos pais, o cuidado com as crianças e o adolescente em desenvolvimento, estes indivíduos merecem especial atenção principalmente na efetivação dos seus direitos fundamentais. Assim sendo, a família figura como responsável pelo cuidado, zelo, respeito, atenção e educação do menor que esta sob seus cuidados.

O dever de guarda ou dever de cuidado, diz ele respeito à manutenção dos filhos em companhia dos pais, ou de pelo menos um deles, salvo se para o exercício do melhor interesse das crianças, estas devam ser afastadas da convivência com seus genitores. Este dever naturalmente decorre do poder familiar, por esta razão incumbe, primordialmente, aos pais, este direito-dever.

De acordo com o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁷, o dever de guarda que compete aos pais e responsáveis pelo menor é exercido de maneira comum ou natural dos pais e filhos. Como dito, a guarda é mais do que um dever dos pais, é direito do menor de ser reconhecido e guardado enquanto pessoa em desenvolvimento. Nos casos onde este direito não seja cumprido pela família, esta se tornará a principal responsável pelos danos causados ao menor podendo até mesmo perder a guarda e o poder familiar sobre o menor.

A ministra do STJ, Fátima Nancy Andrighi⁵⁸, esclarece a diferença entre o cuidado e o amor e reafirma o cuidado como um dever jurídico:

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tísado

⁵⁷Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 19/11/2017.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso Especial nº 20090193701-9. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Brasília (DF), 24 de abril de 2012.

por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. [...] Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

O direito-dever de guarda ultrapassa o disposto na lei, uma vez que os pais como guardiões desse direito, devem cumprir com zelo e dedicação em relação aos filhos menores de idade que ainda estejam sob sua guarda e proteção, não podendo, outorgá-lo a outrem que não tenha o dever de cuidar do menor.

3.5. Direito à convivência

A convivência familiar pode ser classificada como um direito-dever, ou como um valor jurídico. O artigo 227 da Constituição federal dispõe que é um dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade o direito à convivência familiar, o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, também considera a convivência familiar como uma obrigação da família, da sociedade e do Estado.

A convivência familiar e comunitária é um direito fundamental de crianças e adolescentes, artigo 19 do ECA estabelece:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

É no seio da família que os menores têm seus primeiros contatos com a sociedade. O direito de convivência com a família natural é inerente a todo ser humano e processa-se no princípio da dignidade da pessoa humana, nada mais é que a garantia de convivência e educação pelos seus próprios pais. Ainda, com fundamento no princípio da proteção integral, expresso no art. 1º do ECA, é direito fundamental das crianças e dos adolescentes serem criados no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, tão somente quando tal medida for indispensável à proteção e melhor interesse do menor.

Paulo Lôbo acrescenta que o direito à convivência é um “direito recíproco dos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles”⁵⁹. Ademais:

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.⁶⁰

Atualmente participar da vida das crianças e adolescentes tem se mostrado uma questão imprescindível para o pleno desenvolvimento dos menores no seio da família e em sociedade. Estar presente na escola, em datas festivas e acompanhar o menor em suas atividades cotidianas éelementar para o progresso saudável da criança e do adolescente em situação de desenvolvimento.

Aprivação de convivência familiar também viola os deveres legais decorrentes do exercício da paternidade responsável. Assim sendo, quando ocorre oinadimplemento do direito do filho à convivência familiar causar danos também seráconsiderado um ato ilícito.

⁵⁹ LÔBO. **Direito Civil...** Op. cit., 75 p

⁶⁰ LÔBO. **Direito Civil...** Op. cit., 74 p.

CAPÍTULO IV – DA TUTELA DO AFETO E A RESPONSABILIDADE POR ABANDONO AFETIVO

4.1. Abandono afetivo

O Carinho, zelo, atenção e solidariedade entre os familiares e principalmente para com os filhos são elementos que excedem os limites do Direito e integram a dignidade da pessoa humana, portanto sendo um direito de todos e necessário de tutela na jurisdição pátria.

Mormente, para a ciência do direito estende os bens juridicamente tuteláveis a outros elementos para além do direito positivado, incluindo princípios e valores que habitam o seio da sociedade.

A palavra afeto vem do latim *affectus* o qual pode ser definido como sentimento ou estado da alma, desta forma o afeto consiste num estado, ou em uma disposição do indivíduo com fortes influências exteriores e pode ser expressado em sentimentos como amizade, paixão, simpatia, empatia, dentre outros. Segundo Nicola Abagnano⁶¹ podemos entender o afeto como:

emoções positivas a que se refere o caráter das pessoas e que não tem o caráter dominante e totalitário da paixão. (...) Constituem classe restrita de emoções que acompanham algumas relações interpessoais (entre pais e filhos, entre amigos, entre parentes)

Assim sendo, como dito anteriormente o afeto ou os laços afetivos que unem as pessoas e forma assim a família, em regra deveria estar presente em todas as formações familiares e partilhado entre seus membros de forma natural e contínua. Contudo, a realidade social de muitas famílias, principalmente nas relações de filiação é a de uma ausência da assistência afetiva por parte de um ou demais genitores, o que se denomina de abandono afetivo.

Entende-se como abandono afetivo a abstenção dos filhos da convivência com seus genitores, que, como é de notório conhecimento na grande maioria dos casos ocorre com a figura paterna. O abandono afetivo pode ocorrer involuntariamente pela imposição de um dos genitores ou pela vontade do pai

⁶¹ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p.21.

que deixa de cumprir com o seu dever de paternidade responsável e assim deixar de conviver com o sua prole e fornecer o afeto necessário para uma plena formação psicológica.

Assim sendo, a conduta do genitor que abandona a sua prole viola o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o artigo 227 da Constituição Federal do Brasil⁶² inclui no rol dos direitos dos infantes a convivência familiar, *in verbis*:

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. (G.N)

Sergio Cavalieri Filho⁶³ entende que “a dignidade da pessoa humana a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos.” Segundo ele, o dano proveniente do abandono afetivo envolve a violação dos direitos da personalidade. Conforme leciona Washington de Barros Monteiro⁶⁴:

Nas relações familiares acentua-se a necessidade de tutela dos direitos da personalidade, por meio da proteção à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a família deve ser havida como centro de preservação da pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de ser tida como célula básica da sociedade.

Desta forma, o genitor que deixa de prestar assistência afetiva e psicológica a sua prole, viola seus deveres paternos praticando assim uma conduta ilícita ensejadora de reparação no campo moral.

4.2. Responsabilidade civil

Não há consenso entre a doutrina pátria e os tribunais a respeito da Responsabilidade Civil no Direito de Família, sendo ainda um tema bastante controverso. Mormente, no campo do dano moral no que concerne ao abandono afetivo dos genitores para com os filhos. Muitos juristas acreditam que o simples

⁶² BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil** de 1988. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Capturado/acesso 18 de nov. de 2017

⁶³ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p.80.

⁶⁴ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 19

descumprimento do dever de cuidado por si só não seria o elemento fundamental gerador de um dano irreparável àquele que se encontra em formação psicológica não aceitam sua aplicação.

Sobre a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo, na visão de Nehemias Domingos de Melo⁶⁵,

o dano ocorre quando os pais faltam com o dever de assistência moral aos seus filhos, na medida em que se fazem ausentes, e, por via de consequência, não prestam a devida assistência afetiva e amorosa durante o desenvolvimento da criança.

No mesmo sentido, Priscila Aparecida Lamana Diniz⁶⁶ aduz:

[...] propõe-se definir o denominado dano extrapatrimonial por abandono afetivo nas relações paterno-filiais como a lesão a direito da personalidade inerente ao filho menor ou ao pai idoso que tem violado, respectivamente, por seu genitor ou filho maior, algum ou alguns substratos de sua dignidade, quais sejam, a igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade, materializada nos novos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro [...].

Segundo Álvaro Villaça de Azevedo⁶⁷ discorrendo acerca do assunto assevera que:

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença.

A abstenção dos pais, de forma negligente e injustificada, em relação às necessidades psicológicas de sua prole é considerada como inobservância dos deveres de prestar auxílio imaterial. Esta forma de abandono, assim como a privação de auxílio material, gera consequências no plano jurídico.

Compreende-se pelo ora exposto que o cuidado é obrigação essencial dentre os de deveres para com os filhos. Nessa perspectiva, Fátima Nancy

⁶⁵MELO, Nehemias Domingos de. **Abandono Moral – Fundamentos da responsabilidade civil**, 2008, p.7.

⁶⁶ DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. **Responsabilidade civil por dano extrapatrimonial decorrente de abandono afetivo nas relações paterno-filiais: Apontamentos sobre os limites e possibilidades à luz do ordenamento jurídico-brasileiro**. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coords.). **Temas Contemporâneos de Direito das Famílias**. São Paulo: Pillares, 2013, p.150

⁶⁷Álvaro Villaça de Azevedo. **“Abandono Moral”** em entrevista cedida a OAB/SP, jornal do Advogado (edição 289 de Dez 2004, p. 14)

Andrighi⁶⁸, ao julgar um caso em que o pai abandonou o filho menor, discorreu que o cuidado é uma obrigação legal, e sintetizou “amar é faculdade, cuidar é dever”.

Na visão de Gisela Hinoraka⁶⁹ para a configuração do abandono afetivo:

torna-se necessário a comprovação da culpa do genitor não guardião, que deve ter se ocultado da convivência com o filho e, se negado de maneira deliberada a participar do desenvolvimento de sua personalidade.

Para melhor compreensão sobre como se opera a responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico, e para melhor esclarecimento Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁷⁰ conceituam a responsabilidade da seguinte forma:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

Conforme relata Sílvio de Salvo Venosa⁷¹ a responsabilidade civil:

A responsabilidade civil leva em conta, primordialmente, o dano, o prejuízo, o desequilíbrio patrimonial, embora em sede de dano exclusivamente moral. O que se tem em mira é a dor psíquica ou o desconforto comportamental da vítima. No entanto, é básico que, se não houver dano ou prejuízo a ser ressarcido, não temos porque falar em responsabilidade civil: simplesmente não há porque responder. A responsabilidade civil pressupõe um equilíbrio entre dois patrimônios que deve ser restabelecido.

A responsabilidade civil nada mais é que a aplicação de medidas que visam obrigar uma pessoa a reparar o dano causado seja moral (extrapatrimonial) ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato próprio, ato de terceiro por quem ele responda ou por alguma coisa que a ele pertencente ou simplesmente por imposição legal. Os pressupostos da responsabilidade civil estão baseados no que dispõe o art. 186 do Código Civil, quais sejam, ação ou omissão voluntária, dolo ou culpa do agente, relação de causalidade e dano, o artigo supra descreve sua literalidade:

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 ilícito⁷².

⁶⁸ STJ - Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.159.242/SP. Data do Julgamento: 24/04/2012, Relatora: Ministra Nancy Andrighi.

⁶⁹ HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Sobre peixes e afetos – Um devaneio acerca da ética no direito**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p.433-437.

⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva 2013. P. 47

⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 22

Nas palavras de Gisela Hironaka⁷³:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.

A responsabilidade civil no âmbito familiar tem uma dimensão própria, pois o ângulo central é o papel que cada integrante tem dentro da estrutura familiar de garantir aos outros integrantes da família dignidade humana. Nas relações paterno-filiais, a função do pai, como membro genitor da família, é ainda mais importante e deve ser impreterivelmente cumprida, para que não enseje à responsabilidade civil.

4.3. Tipos de responsabilidade

Como dito, a responsabilidade deriva de uma conduta violadora de uma norma jurídica ou um direito, assim sendo, podemos dividi-la em espécie, como a responsabilidade subjetiva e objetiva, civil e penal e responsabilidade contratual e extracontratual. Nas lições de Sergio Cavalieri Filho, são três elementos da responsabilidade civil subjetiva, que seguem:

- a) Conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”;
- b) Nexo causal, que vem expresso no verbo causar; e
- c) Dano, revelado nas expressões “violar direito ou causar dano a outrem”.

Portanto para que se considere um ato como ato ilícito é necessário que seja verificada a existência da culpa, como elemento subjetivo como principal pressuposto.

De acordo com Cavalieri Filho⁷⁴:

[...] o cerne da ilicitude consiste, precisamente, em ser o fato – evento ou conduta – contrário ao direito, no sentido de que nega os valores e os fins da ordem jurídica. E assim é porque o legislador ao impor determinada conduta, o faz porque, em momento prévio, valorou positivamente o fim que essa conduta visa atingir.

⁷² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 18 de nov. de 2017

⁷³ HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. IBDFAM, 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>. Acesso em: 18/11/2017.

⁷⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., 9 p

O ordenamento jurídico pátrio prevê, de forma excepcional, a responsabilidade civil objetiva, aquela que se opera independentemente de verificação de culpa. No entanto, no que tange à inexecução do dever paterno de afeto, gera, como consequência, uma responsabilidade civil subjetiva, pois não se encaixa nos pressupostos da responsabilidade objetiva.

4.4. Da culpa

Além da inquestionável necessidade de concretização do dano como elemento para a configuração de dever de indenizar, torna-se necessária a comprovação da culpa do genitor não-guardião, que se omitiu à convivência com os filhos, e propositadamente, de forma negligente ou imprudente, se negou a participar do desenvolvimento de sua personalidade.

A culpa é um dos pressupostos para a responsabilização civil, contudo pode ela estar presente ou não para que ocorra a configuração da conduta danosa e logo, para que o agente seja obrigado à reparação. Neste sentido, Stoco⁷⁵ nos orienta:

Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*).

Ainda, há de ser realizado a diferenciação entre negligência a imprudência, Arnaldo Rizzardo⁷⁶ esclarece tais conceitos:

A negligência consiste na ausência de diligência e prevenção, do cuidado necessário às normas que regem a conduta humana. [...] Omitem-se as precauções exigidas pela salvaguarda do dever que o agente está obrigado; é o descuido do comportamento, por displicência, por ignorância inaceitável e impossível de justificar. A imprudência revela-se na precipitação de uma atitude, no comportamento inconsiderado, na insensatez e no desprezo das cautelas necessárias em certos momentos. Os atos praticados trazem consequências ilícitas previsíveis, embora não pretendidas.

No caso de abandono afetivo, há a inobservância dos deveres de caráter imaterial inerentes ao poder familiar, desta forma, configurar-se-á a culpa em sua modalidade omissiva.

Nesse sentido, Flávio Calheiros do Nascimento⁷⁷ afirma que:

⁷⁵ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil** – 6º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁷⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei 10.406, de 10.01.2002**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 28.

Quando se diz que os pais devem cuidar dos filhos porque o cuidado é um interesse juridicamente tutelável, o que está a dizer aos pais nas estrelinhas, é o seguinte: senão cuida dos seus filhos porque não os ama, então faça parecer que os ama e cuido deles, porque, do contrário, serão responsabilizados civilmente. É precisamente por conta disso que parece preferível deixar de chamar esse dano de afetivo para se passar a chamá-lo de dano por falta de cuidado adequado.

Assim, também deve ocorrer quanto ao dever paternal de afeto, diante da ausência de um impulso amoroso para cuidar dos descendentes, o pai deve fazê-lo, pelo menos, para que não seja responsabilizado civilmente por sua conduta.

Segundo Arnaldo Rizzardo⁷⁸, a culpa é o pilar do ato ilícito:

Sabe-se que a culpa no sentido estrito equivale à ação ou omissão involuntária que causa danos, e que se dá por negligência ou imprudência, no que se expande em sentidos equivalentes, com descuido, imperícia, distração, indolência, desatenção e levandade. No sentido lato, abrange o dolo, isto é a ação ou omissão voluntária, pretendida, procurada, almejada, que também traz danos.

Conclui-se por todo o exposto, que o abandonante não precisa ter agido deliberadamente para causar o dano à sua prole, ou seja, não há necessidade de dolo. Basta a verificação de uma conduta culposa, negligente ou imprudente, em relação ao cumprimento do dever jurídico de afeto para que ocorra o evento danoso.

4.5. Do Dano

Como dito anteriormente, o dano originado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. A ausência da figura paterna em situações corriqueiras e cotidianas gera evidente dor psíquica e consequente prejuízo à formação da criança, esses danos decorrem não só da falta do afeto, mas também do cuidado e da proteção que a presença paterna representa na vida do filho, especialmente, quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.

Sobre o dano moral, Gagliano⁷⁹ conceitua da seguinte forma:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua

⁷⁷ NASCIMENTO, Flávio Calheiros do. **Responsabilidade civil pelo abandono afetivo**. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015, p.404.

⁷⁸ RIZZARDO, OP. Cit. p. 28.

⁷⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3

intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

O abandono afetivo desonra o ser humano enquanto pessoa, portadora de personalidade, sentimentos e anseios, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta em primeira instância no meio do grupo familiar, este que é responsável que é por gerar na criança o sentimento de responsabilidade social, afetiva e solidária para com seus membros e demais sociedade.

Sobre os Danos oriundos do abandono afetivo, Maria Berenice Dias⁸⁰ ainda expõe acerca do dever dos pais:

Não se pode mais ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é mais direito, é dever. Não é direito visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu sadio desenvolvimento.

A imputação do dano moral nos casos de abandono afetivo deve aplicada sem que haja a necessidade de que o menor lesado prove o sofrimento padecido, uma vez que o dano é presumido, diante da assimilação de que o dano moral esta ligado ao psíquico, há portanto uma dificuldade na análise da dor ocasionada pelo fato. Sobre este assunto Nader⁸¹ explana:

Quanto a prova, a lesão ou dor moral é fenômeno que se passa no psiquismo da pessoa e, como tal, não pode ser concretamente pesquisado. Daí porque não se exige do autor da pretensão indenizatória que prove o dano extrapatrimonial. Cabe-lhe apenas comprovar a ocorrência do ato lesivo, de cujo contexto o juiz extrairá a idoneidade, ou não, para gerar dano grave e relevante, segundo a sensibilidade do homem médio e a experiência da vida.

As previsões constitucionais dos incisos V e X do artigo 5º, da Constituição Federal ao prever a possibilidade de indenização oriunda de danos morais não se opõem à sua aplicação às relações paterno-filiais. Ademais, o próprio artigo 186 do Código Civil vigente também não dispõe sobre exceção que justifique essa restrição, sobre este assunto, explana Helen Cristina Leite de Lima Orleans⁸².

⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.415

⁸¹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. Vol.7. 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. (apud THEODORO JÚNIOR, 2006, pág. 46)

⁸² ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. **Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral das relações paterno-filiais**. Revista trimestral de direito civil: RTDC, Referência: v. 11, n. 44. Rio de Janeiro: Padma, out.-dez/2010. 22 p. Disponível em:<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2010;1000968945>>. Acesso em:20/11/2017

Logo, este direito não poderá ser restringido através de mera interpretação, sobretudo porque dissonante com o próprio espírito constitucional. [...] Deste modo, havendo uma lesão que atinja algum dos quatro corolários da dignidade da pessoa humana, bem como preenchidos os seus requisitos, a vítima, no caso o filho, deve obter a devida reparação.

Portanto, caso seja necessário uma melhor análise quanto ao dano ou sua extensão, poderá o judiciário contar com o auxílio da psicologia para esta verificação. Estes tipos de estudos estão cada vez mais comuns nas ações que envolvem o direito de família. Essa possibilidade é igualmente defendida por Giselda Hironaka⁸³, que menciona que a “prova deve ser feita por perícia técnica, determinada pelo juízo, com o intuito de se analisar o dano real e sua efetiva extensão”.

Para Rafael Niebuhr Maia de Oliveira e Bruna Melo⁸⁴ essa possibilidade é necessária para se vislumbrar o dano decorrente de inadimplemento dos deveres parentais:

[...] o Judiciário conta com o auxílio da psicologia, de modo que esse ramo da ciência tem melhores condições de aferir com autenticidade quais foram as efetivas sequelas da integridade físico-psíquica do menor, servindo da perícia psicológica como meio probatório para a fixação da indenização.

É necessário frisar que o profissional responsável por este tipo de estudo de caso não deverá analisar se ocorreu falta de amor ou outro sentimento, mas sim o ato ilícito, qual seja, odescumprimento dos deveres filiais, bem como o dano que essa conduta causou e o nexos causal entre estes elementos. Consoante a este entendimento, Flávio Taturce⁸⁵ explana:

Desse modo, como já se observou na doutrina, a discussão sobre o abandono afetivo não deve considerar, como ponto principal, se o pai é ou não obrigado a conviver com o filho, ou se o afeto pode ser imposto ou não, havendo uma mudança de foco quanto ao essencial para a questão. Muito ao contrário, em uma análise técnico-jurídica, o ponto fulcral é que no abandono afetivo há presença de lesão de um direito alheio, pelo desrespeito a um dever jurídico estabelecido em lei.

A estipulação do dano moral tem como principal função reprimir a conduta lesiva do agente, através do reconhecimento do ato ilícito, promovendo uma

⁸³ HIRONAKA. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Op. cit. Não paginado

⁸⁴ OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; MELO, Bruna. **Responsabilidade Civil em Razão de Danos Causados pelo Abandono Afetivo Parental**. In: Revista Síntese: Direito de Família. nº 97, Ago-Set/2016, p.98.

⁸⁵ LAGRASTA NETO, Caetano TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. p. 234

reparação do o agente como forma de retribuir o mal gerado, contudo, o dano moral ocasionado pelo abandono afetivo é de difícil análise concreta da extensão do dano, uma vez que como dito, este dano atinge os direitos personalíssimos do indivíduo. Nesse sentido, Sampaio Júnior⁸⁶ expõe:

Diante dessas considerações, talvez se possa realmente confirmar que o *pretium Dolores* deixou de ser o fundamento da responsabilidade por danos morais. Não mais se paga o preço da dor, pois sequer importa que de fato exista essa dor. O que releva é sancionar uma conduta antiética. E, se possível, coibir aquela conduta.

Diante de todo o exposto, denota-se que para os que se posicionam favoráveis a aplicação do dano moral nas relações familiares esta aplicação surge com o intuito de diminuir ou até mesmo evitar o surgimento de que novos casos. Ainda, que essa fixação não possuirá o objetivo de enriquecer o ofendido e sim repará-lo de um dano sofrido, ademais, atua como uma forma de sancionar o ofensor, ante a não observação dos deveres paternos de garantir a dignidade da pessoa humana, bem como o melhor interesse da criança.

Entretanto, aos que se posicionam contrários a aplicação do dano moral apontam que a aplicação de sanções frente ao abandono afetivo estaria, obrigando o abandonante, a uma prestação de afeto e, ainda seria uma tentativa de mensuração o amor. Assim, passa-se a analisar as posições em relação à indenização pecuniária por abandono afetivo.

4.6. Do nexo causal

Para que se incida a possibilidade de indenização pecuniária relativa a abandono afetivo é necessário que o dano sofrido tenha relação com o abandono, este é o nexa causal, a relação ente a conduta praticada ou omissa e o dano suportado. Desta forma, reflete-se que nem todo dano é ocasionado pelo abandono afetivo e nem todo abandono afetivo gera um dano.

Nas palavras de Cavalieri Filho⁸⁷ temos:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita, tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano

⁸⁶ SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. **Da Liberdade ao Controle: os riscos do Novo Direito Civil Brasileiro**. 1ª ed. Belo Horizonte. Puc Minas Virtual, 2009,p.99.

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., 46 p.

tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. [...] Daí a relevância do chamado nexos causal. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do direito, possa ser considerado causa daquele.

Há três principais teorias quanto ao nexos causal, i) a teoria da equivalência das condições (ou teoria da equivalência dos antecedentes), ii) a teoria da causalidade adequada e por fim iii) a teoria dos danos diretos e imediatos (ou teoria da interrupção do nexos causal).

No que se trata de deveres parentais, Camila Dal Lago e Vitor Ugo Oltramari⁸⁸, são favoráveis à teoria dos danos diretos e imediatos, e defendem que a omissão do abandonante tem de ser a causa direta do dano sofrido:

[...] o nexos causal, deve ser constatado no sentido de que a omissão parental tenha relação direta com o dano sofrido pelo filho. Assim, havendo o dano efetivamente comprovado ao filho, omissão voluntária (dolo ou culpa) e nexos de causalidade, torna-se evidente a indenização.

Apesar da existência de doutrinadores que não concordam com a posição supracitada, pois não vislumbram a existência de nexos causal no descumprimento dos deveres parentais. Entretanto este argumento não merece prosperar, posto que, assim como em relação ao dano, o nexos causal poderá ser comprovado por meio do estudo social ou psicológico do caso concreto. Nesse sentido Fátima Nancy Andrichi⁸⁹ expõe que:

Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexos causal. Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais.

Ressalta-se por fim que independente da teoria escolhida, a temática só poderá ser apreciada e aplicada ao caso concreto, diante de um estudo interdisciplinar sobre o caso. Nas palavras de Stoco⁹⁰ “*sopesar as provas, interpretá-las como conjunto e estabelecer se houve a violação do direito alheio, cujo resultado*

⁸⁸ LAGO, Camila Dal; OLTRAMARI, Vitor Ugo. **O Dano Moral Decorrente do Abandono Afetivo: Uma História de Dois Lados**. In: Revista Síntese: Direito de Família. nº 81, DezJan/2014, 126-141 p.

⁸⁹ STJ - Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.159.242/SP. Data do Julgamento: 24/04/2012, Relatora: Ministra Nancy Andrichi

⁹⁰ STOCO, op. cit., 178 p

seja danoso, e se existe um nexo causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado.”

4.7. Indenização pecuniária por abandono afetivo

Como afirmado no capítulo anterior não há consenso entre juristas e doutrinadores quanto à possibilidade ou não de indenização pecuniária proveniente do abandono afetivo paterno. Contudo, ambos os posicionamentos assumem que a ausência paterna na criação dos filhos acarreta prejuízos de ordem moral, psíquica e social aos menores.

O abandono afetivo é tema recentíssimo em nosso ordenamento jurídico, por este motivo as decisões a que ele se referem se dão mediante o entendimento dos julgadores (magistrados, desembargadores, etc.), e diante das observações dos doutrinadores. Dessa forma, se analisara os diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Em primeiro lugar, observa-se o posicionamento da doutrinadora Maria Berenice Dias⁹¹ que é favorável a referida indenização, como se observa:

Comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo susceptível de ser indenizado. [...] A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca ao cuidado com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente.

Também adepto desta Lôbo⁹² declara que:

Afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar.

Um dos primeiros argumentos contrários à responsabilidade civil por abandono afetivo está pautado na impossibilidade do Direito de obrigar alguém a amar outra pessoa. De acordo com essa corrente doutrinária, não pode a lei obrigar o responsável a sentir afeto pelos filhos; tal laço seria um componente que advém do espírito, do psíquico humano, não podendo a lei determinar a sua criação ou

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 416.

⁹² LÔBO. **Direito de Família e Princípios Constitucionais...** Op. cit., 118 p

extinção. Dentre os defensores deste posicionamento temos o Promotor de Justiça Rodrigo Gaspar Dutra⁹³, segundo ele:

Ainda não há no ordenamento jurídico brasileiro obrigação legal de amar ou de dedicar amor (e, se existisse sua constitucionalidade seria contestável). A ausência do sentimento de amor e carinho não caracteriza ato ilícito que enseje reparação pecuniária. Escapa, portanto, ao arbítrio do Estado (juiz) obrigar um indivíduo a amar ou a manter um relacionamento afetivo, mesmo que indiretamente, ao condenar alguém a indenizar outrem por não adotar determinada postura moral. Além disso, se houvesse tal possibilidade, a decisão judicial não atenderia à finalidade de afeto parental, pois constituiria mais um obstáculo na renovação dos laços familiares.

Quanto aos Tribunais brasileiros ainda não há um consenso quanto à possibilidade ou não do cabimento de indenização em decorrência do abandono afetivo. Para melhor explanação colhemos um julgado da Colenda Turma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul onde o Desembargador Alzir Felipe Schmitz aduz não ser cabível a indenização levando em consideração que o abandono não se pressupõe como ato ilícito.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO. INOCORRÊNCIA. A responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, de modo que o dever de indenizar pressupõe o ato ilícito e nexo de causalidade. Nesse passo, não se pode reconhecer como ato ilícito o alegado abandono afetivo que, por sua vez, não guarda nexo de causalidade com os danos alegadamente sofridos pelo autor. APELO NÃO PROVIDO”. (Apelação Cível Nº 70052059417, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 07/02/2013)

Com efeito, não há no ordenamento jurídico pátrio a obrigação legal de amar. Não obstante, diante de todo o exposto, a cerne dos deveres paternos engloba o dever de afeto, o dever de cuidado, o direito-dever de convivência familiar, a solidariedade familiar e por fim o dever de auxiliar na da dignidade humana da prole. Todavia, o sentimento de amor e afeto não está incluído nesse rol de deveres, assim a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo não é uma simples forma de responsabilização por falta de amor.

Nesse sentido, a lição de Cláudia Maria da Silva⁹⁴ é no sentido de:

⁹³RODRIGUES, João Gaspar. **A Impossibilidade de Reconhecer o Abandono Afetivo Parental como Dano Passível de Indenização**. Disponível em: <[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1140/R%20DJ%20Impossibilidade%20recon hecer%20dano-%20joao%20gaspar.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1140/R%20DJ%20Impossibilidade%20recon%20hecer%20dano-%20joao%20gaspar.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 20/11/2017

⁹⁴ Cláudia Maria da Silva. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**, in Revista Brasileira de Direito de Família, Ano VI, nº 25 – Ago-Set 2004.

Não se trata, pois, de “dar preço ao amor” – como defendem os que resistem ao tema em foco - tampouco de “compensar a dor” propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave.

Ainda, nas lições de Ionete Magalhães Souza⁹⁵, a autora complementa que, na responsabilidade civil pelo abandono afetivo não há uma tentativa de coagir o indivíduo a amar, mas sim uma tipificação do ilícito que é descumprimento do dever de cuidado:

Dessa maneira, não significa que o abandono afetivo, por si só, constitua ilícito civil indenizável ou que a prestação jurisdicional pretende, de qualquer forma, compelir o indivíduo a amar e demonstrar seu afeto, mas sim que, quando o abandono moral implica omissão ou negligência no cumprimento do dever de cuidado, ocasionando danos a quem teria o direito de receber tais prestações, consistirá tipo peculiar de ilícito civil, desde modo, indenizável.

De acordo com a ministra Fátima Nancy Andrighi⁹⁶, “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família”. Para a Ministra do STJ diante da comprovada imposição legal que foi descumprida, haverá um ilícito civil passível de ser reparado. Para endosso, segue emenda do brilhante julgado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurto, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por

⁹⁵ SOUZA, Ionete Magalhães; OLIVEIRA, Caroline Orneles; SOUZA JÚNIOR, Whashington Navarro. **A Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo nas Relações Familiares**. Revista Síntese - Direito de Família, RDF nº 98, Out-Nov/2016. p. 66

⁹⁶ STJ - Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.159.242/SP. Data do Julgamento: 24/04/2012, Relatora: Ministra Nancy Andrighi

danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido.

Outro ponto que merece menção diz respeito a dificuldade do Estado em garantir esta reparação, além da conhecida lentidão processual presente em todos os tribunais, ainda é ineficiente a atuação estatal até mesmo para a obtenção de alimentos, desta forma, é necessário a reflexão quando a eficiência da máquina estatal em garantir esta reparação, uma vez que ela depende das condições financeiras do abandonante.

Independentemente das posições aqui destacada resta demonstrado que o abandono afetivo é um fenômeno recorrente em nossa sociedade e precisa de ações preventivas e coercitivas para sua extinção.

CAPÍTULO V – A GUARDA COMPARTILHADA COMO ALTERNATIVA POSSÍVEL AO ABANDONO AFETIVO

A guarda compartilhada foi instituída no ordenamento pátrio pela lei 11.698 e posteriormente substituída em 2014 a Lei nº 13.058, o referido diploma altera determinados artigos do Código Civil, com esta alteração deixa a lei de priorizar a guarda unilateral, estabelece que sua concessão pode ser por ofício pelo juiz ou a requerimento das partes e ainda traz uma clara definição da guarda compartilhada eliminando-se assim qualquer confusão que pudesse ser feita entre esta e a guarda alternada. Além de definir o que é guarda unilateral e guarda compartilhada (CC 1.583, § 1º), esta alteração dá preferência pelo compartilhamento (CC 1.584, § 2º), assegurando assim o melhor interesse dos menores. A ideia da guarda compartilhada é assegurar ao menor convívio igualitário com ambos os pais, possibilitando assim uma supervisão compartilhada dos interesses do filho. Vale ressaltar que a guarda compartilhada já era praticada antes mesmo de sua previsão expressa em nosso ordenamento jurídico

A guarda foi, e ainda é atribuída preferencialmente à mãe. Entretanto, atualmente, pode-se observar uma busca pela co-parentalidade entre os genitores para com seus filhos. Havia-se certa percepção de que, considerado o “instinto materno”, competia as mulheres à guarda e o cuidado dos filhos, contudo, essa predileção à guarda materna em nada garante no melhor interesse do menor. Estas decisões ainda marcam divisões, por mais que realizadas no inconsciente, das tarefas e aptidões por gênero, o que infringe em muito o princípio da igualdade. Assim sendo, a guarda compartilhada vem como uma alternativa possível ao alcance da efetividade de princípios constitucionais como a igualdade, o melhor interesse do menor, o direito à convivência, o afeto dentre outros. Eduardo de Oliveira Leite⁹⁷ leciona:

Hoje é unânime o entendimento de que o pátrio poder é muito mais pátrio dever, mas não só „pátrio“, na ótica do constituinte de 1988, mas sim „parental“, isto é, dos pais, do marido e da mulher, iguais em direitos e deveres, pelo art. 226, par. 5º, da nova Constituição.

⁹⁷LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

De acordo com GRISARD⁹⁸ a guarda compartilhada pode ser entendida da seguinte forma:

A guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igualitária, a guarda jurídica, ou seja, a que define ambos os genitores como titulares do mesmo dever de guardar seus filhos, permitindo a cada um deles conservar os seus direitos e obrigações em relação a eles. Neste contexto, os pais podem planejar como convém a guarda física (arranjos de acesso ou esquemas de visitas).

Nas palavras de Tourigny⁹⁹:

A guarda conjunta é, finalmente, a aplicação prática do princípio do exercício conjunto da autoridade parental no caso de fragmentação da família. Se se pretende que os dois genitores conservem a autoridade parental e participem igualmente nas grandes decisões relativas à criança, esta é, certamente, a solução a privilegiar.

Dessa maneira, presencia-se a atuação Estatal visando evitar uma lesão nos direitos da personalidade de um indivíduo. Uma vez verificada a existência de condições para sua estipulação, ao Estado é legitimada a autoridade de ação, por ofício, na concessão da guarda compartilhada medida em que visa proteger a pessoa que está em desenvolvimento. Esta concessão deve-se ater ao melhor interesse da criança, resguardando seu desenvolvimento pleno, sua segurança e seu acesso à bens materiais e imateriais como afeto e felicidade.

Assim sendo, ressalvadas as exceções como situações de violência doméstica, abusos, dentre outros, deverá ser estipulada, de forma prioritária a guarda compartilhada.

Leila de Brito¹⁰⁰ aponta que:

o entendimento é de que o interesse da criança está em manter o relacionamento pessoal com seu pai e sua mãe, sendo reconhecido como direito essencial da criança o de ser educada por seus pais

Segundo Giselle Groeninga¹⁰¹ a Lei da Guarda Compartilhada representa um importante avanço quanto à consideração da função do pai na criação dos filhos,

⁹⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2002.

⁹⁹ PRATTE, Marie, Le case Droit de la famille – 1987. In: LEITE, Eduardo Oliveira. **Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 267.

¹⁰⁰BRITO, Leila Maria Torraca de. **Descumprimento de visitação e a questão penal**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, n. 8, jan/mar 2001, p. 25.

fortalece o poder familiar e as reforça a responsabilidades de ambos os pais. Segundo ela, a lei trouxe uma a lei trouxe um balanceamento à uma divisão anterior que era excludente e exclusiva. Ela ainda afirma:

A consequência era, muitas vezes, o abandono afetivo e/ou a alienação parental. Assim, o compartilhamento da guarda pode funcionar como preventivo quanto à estas distorções — abandono afetivo e alienação parental — no exercício do Poder Familiar

É necessário ressaltar que o simples fato da existência da lei ou sua aplicação ao caso concreto não tem o condão de resolver os conflitos familiares que perduram entre os pais e demais parentes da criança. Principalmente no que tange as desavenças conjugais, contudo é necessário que se resguarde o direito do menor de conviver com seus progenitores e responsáveis de forma saudável e harmônica. Groeninga ainda acrescenta que:

A complexidade e os conflitos fazem parte das relações familiares e das crises havidas com a separação, crises que não se resolvem pela mera aplicação da lei, embora seu valor preventivo (quanto ao abandono afetivo e quanto à alienação), pedagógico e de sensibilização seja fundamental.

A guarda compartilhada pode ser considerada um caminho para o combate ao abandono afetivo, visto que esta decorre do direito à convivência. Vale ressaltar que a guarda compartilhada deve prevalecer mesmo quando não haja boa comunicação entre os genitores, até porque, nestas hipóteses há grande margem para a prática de alienação parental. A desarmonia existente entre o casal não deve ser suficiente para impedir o compartilhamento da guarda. Neste sentido, explana Danilo Montemurro¹⁰²:

Portanto, inexistindo importantes elementos probatórios que, diante de uma análise superficial, sejam capazes de demonstrar a falta de aptidão para o exercício do poder familiar (leia-se a presença de algo muito grave, que importe em perigo à criança ou adolescente), o compartilhamento da guarda deverá, obrigatoriamente, ser decretada.

Ainda neste sentido, a importância do entendimento firmado pela 3ª Turma do e. Superior Tribunal de Justiça no recente julgamento do Recurso Especial

¹⁰¹ Declaração dada à Revista Consultor Jurídico, 28 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-28/lei-guarda-compartilhada-completa-ano-ainda-ignorada>> Acesso: 20/11/2017

¹⁰² Declaração dada à Revista Consultor Jurídico, 28 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-28/lei-guarda-compartilhada-completa-ano-ainda-ignorada>> Acesso: 20/11/2017

no 1.626.495/SP¹⁰³ sobre a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, oportunidade em que se assentou que:

a nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo 'será' não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção – jure tantum – de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito.

De acordo com Fabíola Santos Albuquerque¹⁰⁴ a lei de guarda compartilhada está em consonância com o novo Direito de Família, bem como com os princípios constitucionais, atinentes ao direito de família, quais sejam: o da convivência familiar, o da unidade familiar, o do melhor interesse da criança, o da igualdade entre os cônjuges, sem esquecer-se da dignidade da pessoa humana.

Ainda, neste sentido, frisa-se o entendimento do Enunciado 603 da 7ª jornada de Direito Civil¹⁰⁵ que leciona que mesmo diante da estipulação da guarda compartilhada há a necessidade de estipulação do regime de convivência:

A Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014, modificou o § 2º do art. 1.583 do Código Civil, para determinar que, na guarda compartilhada, deve ser dividido, de forma equilibrada, entre a mãe e o pai, o tempo de convívio com os filhos, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses destes últimos. A nova determinação legal não diminui a importância da fixação do regime de visitas ou convivência para o atendimento do melhor interesse dos menores, principalmente os de pouca idade. Isso porque a determinação do período de convivência com cada um dos genitores permite a organização da rotina da criança, assim como a criação e o cumprimento das expectativas do menor. Respeitado o equilíbrio determinado pela lei, deve ser estabelecido, sempre que possível, um regime de convívio com dias e horários. Inclusive, tal definição poderá permitir a averiguação do cumprimento ou não do dever de visitas, tanto por parte do que partilha a residência com a menor, quanto daquele que tem outro endereço. Com essa interpretação, cumpre-se o art. 1.583 sem violação do art. 1.589, ambos do Código Civil.

Diante do exposto, vislumbra-se que a guarda compartilhada vem em consoante as mudanças jurídicas e sociais que se operaram no ambiente familiar e sociedade, desta forma ela pode ser operada como resposta ao fenômeno do abandono afetivo ao conceder aos pais e filhos oportunidade de um convívio igualitário. Qualquer estipulação no que concerne à guarda deve ser realizada com

¹⁰³ Disponível em: <http://criancafeliz.org/wp-content/uploads/2016/09/STJ-Guarda-Compartilhada-a-regra.pdf>. Acesso em 06/12/2017.

¹⁰⁴ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada na separação consensual e litigiosa**. In DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coords.). *Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos: Estudos em Homenagem ao Professor José Russo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 27

¹⁰⁵ Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/832>. Acesso em 06/12/2017.

fundamento no melhor interesse do menor, respeitando a particularidade de cada entidade familiar visando a seguridade de seus princípios constitucionais com ênfase na dignidade humana.

CONCLUSÃO

O direito de família por seu caráter altamente mutável é um assunto que pode ser considerado como inesgotável, não obstante, as relações familiares são um assunto comum a todos os indivíduos, por este motivo mostra-se sempre extremamente pertinente falar desta temática.

Diante do exposto, no presente trabalho analisa-se as diversas mudanças que o Instituto familiar passou no decorrer dos anos e como a interferência dos inúmeros fenômenos sociais, jurídicos, religiosos que interferiram em suas relações familiares, em especial nas relações filiais.

Os avanços nas relações familiares refletiram diretamente na tratativa dispensada aos filhos. Com o fim da impiedosa discriminação entre filhos as relações paterno-filiais puderam ser mais igualitárias, justas e com nuances voltadas à dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 ao eleger a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nosso ordenamento jurídico, demonstra que o indivíduo passou a ser o cerne do direito devendo ser tutelados todos os aspectos que dizem respeito à sua condição humana.

A família ao abandonar seu caráter patrimonialista e patriarcal, passa a ser um instrumento para a emancipação dos seus membros através dos laços de afeto, solidariedade e realização pessoal, tanto que o art. 226, §8º estabelece como função do Estado assegurar a assistência à família e a todos os membros que a ela integra.

Essa assistência se demonstra no tratamento *sui generis* dados aos indivíduos mais vulneráveis nas relações familiares, como a mulher em face da violência doméstica e do machismo, os idosos, a criança e o adolescente por serem pessoas em desenvolvimento, desta forma, estas pessoas receberam tratamento protetivo na legislação ao instituir diplomas próprios ou leis especiais aplicáveis a elas.

O Direito de Família evoluiu substancialmente nas últimas décadas e de certo modo humanizou-se, como reflexo desta evolução temos o reconhecimento da afetividade como valor e princípio que fundamenta o reconhecimento jurídico dos

novos arranjos sociais e perceber que o que importa na caracterização de uma entidade familiar é o afeto, o amor, o cuidado e a felicidade de seus membros.

O reconhecimento da importância do afeto nas relações familiares permite que se conceba os malefícios do abandono afetivo. O abandono afetivo é um fenômeno intensamente presente em nossa sociedade, principalmente em um país que conta com milhões de crianças sem o registro paterno em sua certidão de nascimento¹⁰⁶.

Se o simples registro civil já é omissivo de informações quem dirá as milhares de crianças que não contam com a presença parental em sua vida. Como dito, esta situação é comum e precisa de uma tratativa célere e categórica.

Um relacionamento saudável entre pais e filhos é de grande relevância, uma vez que este vínculo nasce no início da vida do filho e se mantém até a morte de uma das partes. Quando esta ligação é quebrada em virtude de escolha unilateral o sofrimento daquele que não deseja esse rompimento é deveras imensurável.

Desta forma, a responsabilização do abandonante, mesmo que pecuniária vem na tentativa de tratar este mal social que é o abandono afetivo e reparar os danos suportados por crianças e adolescentes que foram afetados psico e socialmente com a ausência de convivência com seus pais.

Não obstante a guarda compartilhada é um avanço na busca da corresponsabilidade na criação dos filhos e uma segurança e pode ser considerada como uma alternativa viável a problemática do abandono afetivo.

A convivência é a tratativa diária, coexistência, criação, cultivo e manutenção dos vínculos afetivos, essenciais para o desenvolvimento saudável dos filhos. Não há como nutrir afeto sem a convivência, por este motivo é criticável o afastamento, uma vez que ocasiona estremecimento dos laços afetivos pela ausência do genitor no cotidiano do filho.

¹⁰⁶ Dados informados na matéria publicada em 01 dez. 2016. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/brasil-tem-5-5-milhoes-de-criancas-sem-pai-no-registro/>. Acesso: 20/11/2017

O direito à convivência familiar constitui um direito fundamental da criança e do adolescente. A convivência corrobora os laços afetivos nas relações familiares, mormente nas relações parentais.

Os princípios constitucionais norteadores do Direito de Família ultrapassam as concepções estritamente positivistas para agasalhar a afetividade como princípio norteador das relações de família independente de explícita previsão legislativa bem como a conceber a ideia de reparação pecuniária em sua ausência.

Apesar de todos os avanços jurídicos e sociais é necessário que se repense a família tanto em seus formatos atuais quanto o futuro deste instituto, é preciso que haja efetividade na aplicação de leis como a da guarda compartilhada e maneiras de resguardar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Buscar meios de alcançar uma equidade no cuidado dos filhos e garantir a crianças e adolescentes uma convivência digna e saudável com seus genitores e responsáveis é almejar uma sociedade menos machista mais justa e igualitária. Além de assegurar que crianças e adolescentes tenham seu desenvolvimento social, físico e psicológico pleno, além de resguardar a dignidade humana inerente aos membros da família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916: **Código Civil Brasileiro**. In: Código Civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1.118 -1453

BRASIL. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977: Dispõe os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. In: Código Civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 623-30

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Estatuto da Mulher Casada**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **O direito de família: descobrindo novos caminhos**. São Leopoldo: Edição da Autora, 2001.

CALHEIRA, Luana Silva. **Os princípios do Direito de Família na C. F/88 e a importância aplicada ao afeto**. Viajus. Disponível em <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?página=artigos&id=769>>.

CAROSSO, Eliane Goulart Martins. **As relações familiares e o direito de família no século XXI**. Revista Faculdade de Direito, Caxias do Sul. v. 12. 2003

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Discurso de abertura do II Congresso Internacional do IBDFAM**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/discurso-discurso-de-abertura-do-ii-congresso-internacional-do-ibdfam.cont>>.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Violência doméstica e as uniões homoafetiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1185, 29 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8985>>

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. Vol. 5. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. **Responsabilidade civil por dano extrapatrimonial decorrente de abandono afetivo nas relações paterno-filiais: Apontamentos sobre os limites e possibilidades à luz do ordenamento jurídico-brasileiro**. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coords.). Temas Contemporâneos de Direito das Famílias. São Paulo: Pillares, 2013

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva 2013.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica**. In Revista da AJURIS, nº 88 – Tomo 1. Porto Alegre: dezembro de 2002.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 33

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. VI v. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 1, n. 1. 1999.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006, Não paginado. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Sobre peixes e afetos – Um devaneio acerca da ética no direito**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

HIRONAKA. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Op. cit. Não paginado

KANT, I. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

LAGO, Camila Dal; OLTRAMARI, Vitor Ugo. **O Dano Moral Decorrente do Abandono Afetivo: Uma História de Dois Lados**. In: Revista Síntese: Direito de Família. nº 81, DezJan/2014, 126-141 p.

LAGRASTA NETO, Caetano TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009

LÔBO, Paulo Luiz Netto, **Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do numerusclausus**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8199-8198-1-PB.htm>

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=527> Acesso em 28/11/2017

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Ética e Ficção: de Aristóteles a Tolkien**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010

MARTINS, F.J.B. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2003.

MELO, Nehemias Domingos de. **Abandono Moral – Fundamentos da responsabilidade civil**, 2008, p.7.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NASCIMENTO, Flávio Calheiros do. **Responsabilidade civil pelo abandono afetivo**. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). Responsabilidade Civil. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; MELO, Bruna. **Responsabilidade Civil em Razão de Danos Causados pelo Abandono Afetivo Parental**. In: Revista Síntese: Direito de Família. nº 97, Ago-Set/2016, 98 p

ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. **Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral das relações paterno-filiais**. Revista trimestral de direito civil: RTDC, Referência: v. 11, n. 44. Rio de Janeiro: Padma, out.-dez/2010. 22 p. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2010;1000968945>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento da paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 4, n. 16. 2003

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei 10.406, de 10.01.2002**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, João Gaspar. **A Impossibilidade de Reconhecer o Abandono Afetivo Parental como Dano Passível de Indenização**. Disponível em: <[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1140/R%20DJ%20Impossibilidade%20recon hecer%20dano-%20joao%20gaspar.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1140/R%20DJ%20Impossibilidade%20recon%20hecer%20dano-%20joao%20gaspar.pdf?sequence=1)>

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. **Da Liberdade ao Controle: os riscos do Novo Direito Civil Brasileiro**. 1ª ed. Belo Horizonte. Puc Minas Virtual, 2009, p.99.

SARLET, I.W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOUZA, Ionete Magalhães; OLIVEIRA, Caroline Orneles; SOUZA JÚNIOR, Whashington Navarro. **A Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo nas Relações Familiares**. Revista Síntese - Direito de Família, RDF nº 98, Out-Nov/2016

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil** – 6º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2488>

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2002.