



GERARDO POMPEU RIBEIRO NETO

**A CONTRIBUIÇÃO DA ANTROPOLOGIA NO DIREITO DE FAMÍLIA E
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DE FILHOS NO
ESTADO DO CEARÁ COM BASE NAS INTERPRETAÇÕES JURÍDICAS E
DOCTRINÁRIAS BRASILEIRAS**

Diretor de tese: Prof. Dr. Daniel Valério Martins
Tutor: Prof. Dr. Ángel Baldomero Espina Barrio

SALAMANCA

2019

GERARDO POMPEU RIBEIRO NETO

**A CONTRIBUIÇÃO DA ANTROPOLOGIA NO DIREITO DE FAMÍLIA E
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DE FILHOS NO
ESTADO DO CEARÁ COM BASE NAS INTERPRETAÇÕES JURÍDICAS E
DOUTRINÁRIAS BRASILEIRAS**

Trabalho final de Doutorado apresentado à
Coordenação da Escola de Doutorado da
Universidade de Salamanca-Es, como requisito
parcial para a obtenção de grau de Doutor em
Ciências Sociais. Área de concentração:
Antropologia Jurídica.

Diretor de tese: Prof. Dr. Daniel Valério Martins
Tutor: Prof. Dr. Ángel Baldomero Espina Barrio

SALAMANCA

2019

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, que criou seus filhos com tanta dificuldade, mesmo sem o apoio do meu pai, que faleceu quando eu e minha irmã ainda éramos crianças.

À minha esposa Gildete, pela dedicação incansável, colaboração, incentivo constante e amor sem medidas. Aos meus filhos pela compreensão e amor, em especial à minha filha Tatiana que me ajudou com ricas discussões sobre a área jurídica.

Aos Doutores da Universidade de Salamanca-Es, em especial Prof. Dr. Ángel Baldomero Espina Barrio e ao Prof. Dr. Daniel Valério Martins, pelo brilhantismo com que exercem sua função na universidade, pelo empenho na revisão, crítica e aperfeiçoamento do presente trabalho.

Meus sinceros agradecimentos a todos que contribuíram de alguma forma para o desenvolvimento desse trabalho.

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma visão antropológica para a origem da família e suas formações dentro das sociedades humanas voltada para o estudo da antropologia jurídica. Pretende-se, também, mostrar a influência do Direito de família nas relações jurídico-familiares, devido à constitucionalização do Direito Privado e os aspectos que envolvem a responsabilidade civil por abandono afetivo dos filhos, através da indenização por dano moral. A pesquisa não tem o objetivo de exaurir todas as situações em que o dano moral envolve a relação paterno-filial, independentemente do formato do casamento ou da constituição da família. A análise restringe-se ao abandono afetivo praticado pelo pai ou mãe biológicos ou não, que prejudiquem a formação social, cultural ou psicológica da criança. Inicialmente, expõe-se a evolução da estrutura jurídica familiar brasileira, referindo-se às mudanças que possibilitaram a consolidação do princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança, sendo ressaltados os deveres jurídicos dos pais. A partir da constatação de que a omissão no encargo do poder familiar é contrária à ordem jurídica e emocional, é apresentada visão geral sobre a responsabilidade civil subjetiva decorrente de ato ilícito e seus requisitos essenciais, apresentando os conceitos de dano moral, nexos de causalidade, culpa e excludentes desses pressupostos, com considerações sobre a aplicabilidade desses institutos às relações familiares. Ao final, realiza-se análise dos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, dos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional que têm como objetivo a regulamentação da reparação civil no abandono afetivo e do que pretende instituir o Estatuto da Família, bem como do trabalho de campo realizado, visando respostas para as hipóteses e objetivos desse trabalho acadêmico.

Palavras-chave: Antropologia jurídica. Direito de Família. Responsabilidade Civil. Abandono afetivo. Dano moral.

RESUMEN

El presente trabajo presenta una visión antropológica para el origen de la familia y sus formaciones dentro de las sociedades humanas orientada al estudio de la antropología jurídica. Se pretende también mostrar la influencia del Derecho de familia en las relaciones jurídico-familiares, debido a la constitucionalización del Derecho Privado y los aspectos que involucran la responsabilidad civil por abandono afectivo de los hijos, a través de la indemnización por daño moral. La investigación no tiene el objetivo de exaurir todas las situaciones en que el daño moral implica la relación paterno-filial, independientemente del formato del matrimonio o de la constitución de la familia. El análisis se restringe al abandono afectivo practicado por el padre o madre biológicos o no, que perjudiquen la formación social, cultural o psicológica del niño. En primer lugar, se expone la evolución de la estructura jurídica familiar brasileña, refiriéndose a los cambios que posibilitaron la consolidación del principio de la protección integral y del mejor interés del niño, siendo resaltados los deberes jurídicos de los padres. A partir de la constatación de que la omisión en el cargo del poder familiar es contraria al orden jurídico y emocional, se presenta una visión general sobre la responsabilidad civil subjetiva derivada de acto ilícito y sus requisitos esenciales, presentando los conceptos de daño moral, nexo de causalidad, culpa y excluyentes de esos supuestos, con consideraciones sobre la aplicabilidad de esos institutos a las relaciones familiares. Al final, se realiza análisis de los juzgados proferidos por el Superior Tribunal de Justicia sobre el tema, de los proyectos de ley que tramitan en el Congreso Nacional que tienen como objetivo la regulación de la reparación civil en el abandono afectivo y de lo que pretende instituir el Estatuto de la Familia, así como del trabajo de campo realizado, buscando respuestas a las hipótesis y objetivos de ese trabajo académico.

Palabras clave: Antropología jurídica. Derecho de Familia. Responsabilidad civil. Abandono afectivo. Daño moral.

ABSTRACT

This paper presents an anthropological vision for the origin of the family and its formations within human societies focused on the study of juridical anthropology. It is also intended to show the influence of family law on legal-family relations, due to the constitutionalization of Private Law and aspects involving civil responsibility for affective abandonment of children, through compensation for moral damages. The research is not intended to exhaust all situations in which moral damage involves the paternal-filial relationship, regardless of the form of marriage or the constitution of the family. The analysis is restricted to the affective abandonment practiced by the biological or non-biological parent, which impairs the social, cultural or psychological formation of the child. Initially, the evolution of the Brazilian family legal structure is exposed, referring to the changes that made possible the consolidation of the principle of integral protection and the best interest of the child, emphasizing the legal duties of the parents. Based on the finding that the omission in the charge of family power is contrary to the legal and emotional order, an overview is presented on subjective civil liability arising from an unlawful act and its essential requirements, presenting the concepts of moral damage, causality, guilt and exclusion of these assumptions, with considerations about the applicability of these institutes to family relations. At the end, it is an analysis of the judgments given by the Superior Court of Justice on the subject, of the bills that are processed in the National Congress that have as objective the regulation of civil reparation in the affective abandonment and of what it intends to establish the Family Statute, as well as the field work carried out, aiming at answers to the hypotheses and objectives of this academic work.

Keywords: Legal anthropology. Family right. Civil responsibility. Emotional abandonment. Moral damage.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS.....	11
INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1: ESTRUTURA E DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA	17
1.1 Objetivos	17
<i>1.1.1 Objetivo geral.....</i>	<i>17</i>
<i>1.1.2 Objetivos específicos</i>	<i>17</i>
1.2 Justificativa.....	18
1.3 Hipóteses	19
1.4 Método da pesquisa.....	19
<i>1.4.1 Metodologia da pesquisa.....</i>	<i>19</i>
<i>1.4.2 Da natureza da metodologia adotada (qualitativa, quantitativa ou mista)</i>	<i>22</i>
<i>1.4.3 Da validação e confiabilidade da investigação</i>	<i>24</i>
<i>1.4.4 Da realização do trabalho de campo - objeto do estudo</i>	<i>26</i>
<i>1.4.5 Método de apuração e Análise dos dados coletados (clusters)</i>	<i>30</i>
<i>1.4.6 Período de imersão</i>	<i>32</i>
CAPITULO 2: A ANTROPOLOGIA JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	34
2.1 Origem da Antropologia Jurídica.....	34
2.2 A Antropologia Jurídica como ciência	36
2.3 A Antropologia Jurídica como estudo acadêmico.....	38
2.4 Antropologia Jurídica e o Direito	38
CAPÍTULO 3: DO DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO ...	42
3.1 Origem da família	42
3.2 Evolução histórica da família brasileira no ordenamento jurídico	45
3.3 Do conceito de família.....	54
<i>3.3.1 Do casamento e outros tipos de união</i>	<i>58</i>
<i>3.3.2 Da família e parentesco</i>	<i>59</i>
3.4 Do Código Civil de 1916	63
3.5 Do Novo Código Civil de 2002 e da Constituição Federal do Brasil de 1988 ..	68
<i>3.5.1 Das obrigações dos pais com os filhos ante a Constituição Federal Brasileira de 1988 e a legislações correlatas.....</i>	<i>71</i>
<i>3.5.2 Constitucionalização das relações privadas e o Direito de Família</i>	<i>76</i>
3.6 Dos princípios gerais formadores do direito de família.....	78

3.6.1	<i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	79
3.6.2	<i>Princípio da solidariedade</i>	80
3.6.3	<i>Princípio do pluralismo</i>	83
3.6.4	<i>Princípio da igualdade</i>	84
3.6.5	<i>Princípio da proteção da criança e do adolescente</i>	88
3.6.6	<i>Afetividade</i>	91
3.6.7	<i>Princípio da dissolubilidade do vínculo</i>	96
CAPÍTULO 4: DO ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS		97
4.1	Do conceito de abandono afetivo e sua caracterização como ilícito civil	97
4.2	Da vinculação dos filhos com os pais (filiação)	103
4.2.1	<i>Evolução Histórica da filiação</i>	104
4.2.2	<i>Conceito de filiação</i>	107
4.2.3	<i>Da presunção de filiação</i>	110
4.2.4	<i>Do Reconhecimento da paternidade</i>	113
4.2.5	<i>Do reconhecimento da filiação voluntária ou judicial</i>	115
4.2.6	<i>Do reconhecimento voluntário</i>	115
4.2.7	<i>Do reconhecimento judicial</i>	117
4.2.8	<i>Filiação socioafetiva</i>	117
4.2.9	<i>Evolução e conceito da filiação socioafetiva</i>	118
4.2.10	<i>Posse de estado de filho</i>	120
4.2.11	<i>Filiação biológica</i>	122
4.2.12	<i>A prevalência da filiação socioafetiva</i>	123
4.2.13	<i>Da adoção</i>	127
4.2.14	<i>Da impossibilidade de desconstituição de filiação</i>	129
4.2.15	<i>O vício do erro e o reconhecimento da paternidade</i>	130
4.2.16	<i>Da filiação voluntária</i>	132
4.3	Do poder familiar	135
4.3.1	<i>Origem</i>	135
4.3.2	<i>Conceito e fundamentos</i>	136
4.4	Da alienação parental	140
4.4.1	<i>Da evolução histórica</i>	140
4.4.2	<i>Conceito de alienação parental</i>	141
4.4.3	<i>Disciplinamento da alienação parental no direito brasileiro (lei n° 12.318/2010)</i>	145
4.4.4	<i>Diferença entre Síndrome da Alienação Parental (SAP) e Alienação Parental (AP)</i>	148
4.4.5	<i>Da identificação do agente alienador</i>	149
4.4.6	<i>Dos danos causados aos filhos menores</i>	153
4.4.7	<i>Descaracterização do abandono afetivo por alienação parental</i>	160
4.4.8	<i>Dos direitos da convivência familiar do menor</i>	163
CAPÍTULO 5: DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS		168
5.1	Aspectos gerais	168
5.2	Responsabilidade subjetiva	171

5.3 Conduta humana e ilicitude	173
5.4 Dano moral: delimitação conceitual.....	179
5.5 Função da reparação civil no dano moral	185
5.6 Da ação ou omissão	188
5.7 Da culpa ou dolo.....	188
5.8 Nexo de causalidade	191
5.9 Excludentes da responsabilidade civil.....	191
5.9.1 Síndrome da alienação parental	193
5.9.2 Residência no exterior.....	194
5.9.3 Reconhecimento tardio da paternidade e desconhecimento sobre o filho.....	195
CAPÍTULO 6: ANÁLISE LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL DO ABANDONO AFETIVO.....	197
6.1 Projeto de Lei nº 700/2007 de autoria do Senador Marcelo Crivella.....	197
6.2 Projeto de Lei nº 4294/2008, de autoria do Deputado Carlos Bezerra.....	200
6.3 O Projeto de Lei nº 6583/2013 e seu conceito de entidade familiar	202
6.4 Decisões sobre o tema.....	205
CAPÍTULO 7: DOS RESULTADOS DA INVESTIGAÇÃO	213
7.1 Da análise dos resultados.....	213
7.2 Da discussão dos resultados	217
7.2.1 Da comprovação da origem do abandono afetivo	217
7.2.2 A favor da indenização por abandono afetivo	220
7.2.3 Contra a indenização por abandono afetivo	221
CONCLUSÕES	223
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	226
ANEXO A - LOCALIZAÇÃO DO FÓRUM	236
APÊNDICE A - MODELO DE TCLE	237
APÊNDICE B - PERGUNTAS DIRIGIDAS AOS FILHOS.....	240

QUADROS, FOTOGRAFIAS E TABELAS

Figura 1 - Quadro 1 - Pesquisa Qualitativa x Pesquisa Quantitativa.....	22
Figura 2 - Quadro 2 - Estratégias de Investigação.....	23
Figura 3 - Critérios para seleção de participantes.....	24
Figura 4 - Processo de pesquisa.....	25
Figura 5 - Localização do Fórum Clóvis Beviláqua.....	27
Figura 6 - Fotografia 1 - Sala de Audiência na Vara de Família.....	28
Figura 7 - Fotografia 2 - Sala de Audiência na Vara de Família em Fortaleza.....	28
Figura 8 - Tabela 1 - Distribuição de Varas	29
Figura 9 - Fotografia 3 - Imagem Externa do Fórum Clóvis Beviláqua.....	30
Figura 10 - Quadro 3 - Questionário	31
Figura 11 - Tabela 2 - Período de Imersão	33
Figura 12 - Gráfico 1 - Tipo de Famílias no Brasil (percentual).....	55
Figura 13 - Gráfico 2 - Entrevistados por sexo	214
Figura 14 - Gráfico 3 - Nível de Instrução	214
Figura 15 - Gráfico 4 - Faixa Etária	215
Figura 16 - Gráfico 5 - Opinião dos entrevistados	215
Figura 17 - Gráfico 6 - Opinião por faixa etária.....	216
Figura 18 - Gráfico 7 - Opinião por nível de instrução	216
Figura 19 - Tabela 2 - Resumo das decisões das audiências	217

LISTA DE ABREVIATURAS

AgRg - Agravo Regimental

CC - Código Civil

AP - Alienação Parental

CDH - Comissão de Direitos Humanos

CF/88 - Constituição Federal do Brasil 1988

CP - Código Penal

DNA - Ácido Desoxirribonucléico

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

MG - Estado brasileiro de Minas Gerais

ONU - Organização das Nações Unidas

PHS - Partido Humanista da Solidariedade

PL - Projeto de Lei

PLS - Projeto de Lei do Senado

PR - Partido da República

PROS-DF - Partido Republicano da Ordem Social do Distrito Federal

RICD - Regimento Interno da Câmara dos Deputados

SAP - Síndrome de Alienação Parental

SP - Estado brasileiro de São Paulo

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJ-RJ - Tribunal de Justiça do Estado brasileiro do Rio de Janeiro

INTRODUÇÃO

Atualmente, acompanhando a globalização, a cultura das sociedades prega a utópica total liberdade do indivíduo de viver da maneira como quiser dentro de certos controles legais e empíricos. Os vínculos afetivos e familiares apresentam certa facilidade de serem constituídos e aceitos pela sociedade e pelos legisladores, bem como de serem dissolvidos.

Em decorrência desse laço afetivo formado entre duas pessoas, seja por breve ou longo período de tempo, não raras vezes o casal acaba por conceber filhos, assumindo total responsabilidade de criação, sustento, educação e afetividade. Contudo, quando da separação deste casal, a prole acaba ficando sob a guarda de apenas um dos genitores ou em alguns casos de forma compartilhada, originando assim os conflitos psíquicos e jurídicos na relação entre pais e filhos.

O presente trabalho analisa a possibilidade jurídica da reparação de danos morais decorrente de abandono afetivo dos filhos no Brasil, sob a perspectiva da antropologia jurídica aplicada ao direito de família. Dessa forma, ocorrerá a verificação dos aspectos que tradicionalmente configuram a responsabilidade civil subjetiva extracontratual, como o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

O tema é complexo e desperta curiosidades dos estudiosos, pois no contexto das relações familiares, são cada vez mais frequentes no Brasil processos em que, filhos que se sentem prejudicados, buscam judicialmente a indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo por parte dos genitores, com fundamento nos abalos sofridos por essa ação, seja ela voluntária ou não. Após inédita decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em 24 de abril de 2012, condenando ascendente ao pagamento de quantia a título de reparação de danos a sua filha, em razão da negligência dos deveres inerentes ao poder familiar, o assunto adquiriu maior repercussão, razão pela qual se faz importante pesquisa aprofundada do tema.

A polêmica que cerca o assunto também deve ser tida como demonstração da relevância de estudá-lo, uma vez que paira a insegurança jurídica e soluções judiciais conflitantes entre si. A busca de reparação por abandono afetivo abrange aspectos delicados e sentimentos que naturalmente permeiam os relacionamentos no núcleo familiar, considerado a base da sociedade, mas esse fato não deve ser óbice à análise da questão sob a ótica jurídica, considerando a tradicional teoria da responsabilidade civil. Dessa forma, poderá haver

compreensão precisa e melhor aplicação prática da tese que admite a incidência dos danos morais diante da omissão dos pais nos deveres para com os filhos, com criteriosa avaliação das condições que poderiam levar à reparação civil no caso de negligência.

É objetivo desta pesquisa estudar a responsabilidade civil por abandono afetivo, analisando-se, para tanto, os diversos princípios correlacionados ao instituto e ao conceito antropológico de família. Para isso, neste primeiro recorte teórico, considerar-se-ão as proposições apresentadas por Rizzardo (2014), Perlingieri (1997), Alberto Bittar (2015), Yussef Said (2005), Da Silva Pereira (1997), Cavalieri Filho (2009) e Lévi-Strauss (1967).

O parentesco, para o antropólogo francês Claude Lévi-Strauss (1967)¹, é uma estrutura formal, universal, variando apenas os diferentes arranjos que se formam a partir do núcleo essencial de parentesco. O trabalho de Lévi-Strauss marcou uma inflexão no pensamento sobre o parentesco, porque, a partir de suas definições, tornou-se claro o caráter não natural da família. Para o antropólogo, a constituição da família é um fato cultural, que pressupõe a existência prévia de dois grupos que se casam fora de seu próprio grupo.

A família nasce a partir do momento em que haja casamento, passando, portanto, a haver cônjuges e filhos nascidos da união destes. Os seus membros, que se mantêm unidos por laços legais, econômicos e religiosos, respeitam uma rede de proibições e privilégios sexuais e vinculam-se por sentimentos psicológicos, como o amor, o afeto e o respeito.

Na área jurídica, corroborando a tese da antropologia de que a família, por ser cultural, é permeada de deveres sociais e moralmente impostos, que culminam em leis, o vínculo entre pais e filhos, que abrange um poder-dever, denomina-se poder familiar.

O poder familiar hodiernamente assumiu função mais educativa que de gestão patrimonial, sendo seu exercício destinado à promoção das potencialidades criativas dos filhos, em que não é possível conceber um sujeito subjugado a outro.²

Entre os deveres dos cônjuges, previstos no artigo 1.566 do Código Civil de 2002, encontra-se o encargo de sustentar, guardar e educar os filhos. Rizzardo (2014)³ explicita que cumpre-se a função com o oferecimento de meios materiais necessários à criação e formação (alimentação, teto, recreação, saúde, instrução escolar, moral e educacional) e com a

¹ LÉVI-STRAUSS, C. *Les structures elementaires de la parente*. Paris, Mouton, 1967.

² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pg. 258.

³ RIZZARDO, Arnaldo, *Direito de família*, 9ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2014, pg. 165.

assistência pessoal, a convivência e o acompanhamento, de acordo com a idade e a evolução da personalidade, envolvendo acentuada atenção às inclinações pessoais da prole.

Pode-se citar como características do poder familiar a sua natureza de *munus* público, importante do ponto de vista antropológico, uma vez que o desenvolvimento sadio da sociedade depende do encaminhamento daqueles que ainda não atingiram a maturidade⁴. Destaca-se, também, a respeito do poder familiar, a irrenunciabilidade desse *munus*, aspecto pelo qual aos pais não se permite a transferência desse encargo, salvo no caso de declaração expressa de consentimento para adoção, previsto no artigo 166 da Lei 8.069/90.

Considerando-se tais deveres como jurídicos (além de sociais e culturais), uma vez que previstos no ordenamento brasileiro, pode-se inferir que seu descumprimento representa um ilícito civil, passível de ser responsabilizado em caso de dano.

A teoria da responsabilidade civil se origina do princípio fundamental do *neminem laedere*, a máxima de que a ninguém se deve lesar, justificando-se em razão da liberdade e da racionalidade humanas. Dessa forma, havendo dano injustamente produzido na esfera de bens ou de valores alheios, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade.⁵

Segundo Silva (1997)⁶, a respeito da concepção de responsabilidade civil, preleciona:

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

No caso em comento, a ocorrência de danos à formação psicológica e emocional dos filhos constituiria dano moral.

⁴ RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de família**, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 544.

⁵ BITTAR, Carlos Alberto - **Reparação civil por danos morais** - 4ª edição rev., aum. e mod. por Eduardo C.B. Bittar - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 20.

⁶ Cf. SILVA, Caio Mário Pereira. **Instituições de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.11.

Segundo Cavalieri Filho (2009)⁷: “o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima”.

A aceitação, no meio jurídico, da possibilidade de reparação do dano exclusivamente moral, que seria aquele provocado pelo abandono afetivo, não foi pacífica e enfrentou intensos debates doutrinários e jurisprudenciais no Brasil. Nesse contexto, existiam as teorias positivistas e negativistas, cabendo destacar que esta última contestava essa modalidade de reparação.

O doutrinador Cahali (2005)⁸ demonstra o tratamento que era dado ao tema:

Desse modo, se antes da Constituição de 1988 o tema da reparação do dano moral ainda se prestava a controvérsias, já então juízes de todas as instâncias, em antecipação meritória, sensíveis aos reclamos da sociedade moderna recusavam a velha e desgastada parêmia da irreparabilidade do dano moral no pressuposto de que a dor não tem preço, proclamando a necessidade de serem revistos os antigos conceitos.

Apesar de já superada a discussão, restando vitoriosa a antiga doutrina positivista, sobretudo após a inclusão do direito à indenização por dano material, moral ou à imagem no artigo 5º, inciso V da Constituição Federal de 1988, é importante que sejam analisados os fundamentos que levaram a esse entendimento, uma vez que argumentos semelhantes são elencados no polêmico debate acerca da reparação moral por abandono afetivo.

No primeiro capítulo, se demonstra de forma resumida a estrutura e desenvolvimento do projeto de pesquisa, contendo seus objetivos, método e metodologias e principais referências teóricas utilizadas para a sua confecção.

Nos dois capítulos seguintes, aborda-se a origem e os conceitos de família e parentesco na visão antropológica e a evolução da estrutura familiar brasileira no âmbito jurídico, ressaltando-se as normas que regem atualmente as relações paterno-filiais. Conceitua-se o abandono afetivo, buscando sua precisa definição e abordando sua caracterização como ilícito civil, incluindo os posicionamentos da doutrina a respeito.

⁷CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil** – 9 ed. – São Paulo : Atlas, 2009, pg. 74.

⁸CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**, 3ª edição, revista e ampliada e atualizada conforme o Código Civil de 2002, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pg. 20.

Adiante, elenca-se cada um dos requisitos que devem ser preenchidos para que se configure o dever de indenizar decorrente de ato ilícito, partindo do pressuposto de que o descumprimento dos deveres de cuidado e amparo psicológico por parte dos pais seriam condutas contrárias à ordem jurídica. Nesse tópico, será delimitado o dano moral, a culpa, o nexo de causalidade e as excludentes de responsabilidade aplicáveis ao caso específico do abandono afetivo.

No penúltimo capítulo do estudo, será realizada análise legislativa e jurisprudencial, com descrição e crítica dos fundamentos utilizados em decisões judiciais proferidas no Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, para aplicar ou afastar a responsabilidade civil e exposição do Projeto de Lei nº 700/2007, do Senado Federal, do Projeto de Lei nº 4294/2008, da Câmara dos Deputados, por terem como objeto a regulamentação da responsabilidade por abandono afetivo, como também apresentado os resultados da pesquisa de campo, e do Projeto de Lei nº 6583/2013, que pretende alterar a definição de entidade familiar.

Para atingir os fins pretendidos, será utilizada pesquisa nos livros e artigos sobre antropologia, na doutrina do Direito das Famílias e da responsabilidade civil no Brasil, em artigos científicos, bem como análise de projetos de lei, de decisões judiciais e pesquisa de campo com estudo de caso concreto, abrangendo entrevista com filhos que sofreram abandono afetivo e participação em audiência nas varas de família

No último capítulo, será apresentado o trabalho etnográfico, com a análise dos dados e suas interpretações onde se expõe as opiniões dos entrevistados sobre o tema, bem como as impressões do autor à luz de todo o material apurado, amparado em técnicas científicas.

CAPÍTULO 1: ESTRUTURA E DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

1.1 Objetivos

1.1.1 Objetivo geral

O objetivo geral é mostrar a contribuição da antropologia no estudo do Direito de Família e a origem, constituição, evolução e conceito de família, analisando a responsabilidade civil por abandono afetivo de filhos no estado do Ceará-Brasil, com base na legislação e entendimento doutrinário, bem como análise nos Projetos de Lei nº 700/2007 e nº 4294/2008 que caracterizam o ilícito civil, em tramitação no congresso Brasileiro.

1.1.2 Objetivos específicos

Sobre os objetivos específicos, elencam-se os seguintes:

- Demarcar a origem, evolução e o conceito de família sob o aspecto da antropologia.
- Apresentar os princípios que permeiam o Direito de Família brasileiro atual, como o princípio da dignidade humana, da proteção integral da criança, fazendo retrospectiva histórica da origem e conceito de família no aspecto antropológico e o tratamento jurídico dado à questão no Brasil.
- Delimitar tecnicamente o abandono afetivo, a responsabilidade civil e o conceito de dano moral indenizável à luz dos julgados sobre o tema.
- Demarcar os requisitos fundamentais para a caracterização da responsabilidade civil subjetiva (dano, nexo de causalidade e culpa) e as excludentes que seriam aplicáveis ao caso (como a Síndrome da Alienação Parental).
- Verificar a legislação pertinente ao tema, como o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e outros dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil e estudar o entendimento da doutrina.
- Analisar o Projeto de Lei nº 700/2007, de autoria do Senador Marcelo Crivella, o Projeto de Lei nº 4294/2008, do deputado Carlos Bezerra, ambos tendo por objeto a regulamentação da indenização por abandono afetivo, e o Projeto de Lei nº 6583/2013,

que buscam alterar a definição de entidade familiar e a caracterização como ilícito civil o abandono afetivo.

1.2 Justificativa

Pela importância da antropologia no estudo da família fundada precipuamente no afeto e no carinho e na proteção da criança e adolescente, sem imposições para o casamento e com predomínio do planejamento familiar. Pela diversidade de formação de opiniões em contextos socioculturais específico do grupamento família amparada na Antropologia Jurídica que justifica a mudança de comportamento dos homens e sua importância na interpretação do Direito de Família.

No contexto acima, após décadas de um lento desenvolvimento social, com a ascensão da dignidade humana, da importância da mulher e a valorização da criança e do adolescente, a família começou a ser fundada precipuamente no afeto e no carinho, sem imposições para o casamento e com predomínio do planejamento familiar. O poder familiar converteu-se mais em dever do que em poder, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém.⁹

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §7º, assegura, com lastro nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar como uma decisão livre do casal. Por fim, a atual Carta Magna pretende garantir a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.¹⁰

Diante dos novos regramentos e da ascensão do princípio do melhor interesse do incapaz, fundamento que se encontra expresso na Constituição de 1988, no art. 227, que assevera ser dever da família, da sociedade e do Estado prover o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, com absoluta prioridade, tornou-se importante a discussão sobre a responsabilidade dos pais perante sua prole.

Pela relação afetiva entre pais e filhos, que deve ser preservada ainda que a relação entre os pais não esteja estabelecida na forma de uma união constituída, na qual os principais alicerces são os laços de afetividade e de respeito mútuo, destacando-se o dever do Estado em intervir para assegurar esse direito.

⁹ LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias - 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 2011, pg. 297

¹⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves, Curso de direito constitucional, 6ª edição, editora Juspodvim, 2014, Salvador, Bahia, pg. 604.

Pelo aumento da quantidade de ações com intuito de buscar a reparação do chamado "abandono afetivo". Justificam-se os estudos comparativos na busca da resolução desse conflito.

Para compreensão dos fundamentos pelos quais tem sido aceita ou não a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo, destacando-se que há dois projetos de lei com objetivo de regulamentar a questão. Busca do aspecto legal e normativo dentro das sociedades, abrangendo a questão da ética e da moral. Mostra-se a importância do presente trabalho.

1.3 Hipóteses

Considerando-se a legislação brasileira pertinente (CF/88, ECA e o Código Civil), que impõe aos pais o dever de cuidado, educação e sustento dos filhos, pode-se considerar o descumprimento desse encargo um ato ilícito civil.

Tal conduta, nos moldes da teoria tradicional da responsabilidade civil, poderia dar ensejo à indenização por danos morais à luz dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

A regulamentação do assunto por meio dos Projetos de Lei nº 700/2007 e nº 4294/2008, que tramitam no Parlamento Brasileiro, poderia ser uma forma de resolução do conflito na relação e conceito de família versus casamento versus obrigação com os filhos.

1.4 Método da pesquisa

1.4.1 Metodologia da pesquisa

Por se tratar de um trabalho baseado na teoria e na prática da investigação antropológica, dividiu-se o estudo em duas etapas: primeiro, com uso da Etnologia, tendo um grande valor todo o aprendizado através das fontes bibliográficas disponíveis como artigos, livros e conferências dos antropólogos, juristas, e todos que trabalham as questões de família em suas diversas problemáticas.

Para o trabalho de campo, foi utilizado o método antropológico etnográfico acadêmico, uma vez que se fez necessária a aplicação de técnicas específicas, na busca por gerar um melhor entendimento da problemática proposta, dividindo o trabalho em duas partes, a

primeira, etnológica, com teorias sobre a origem, constituição e conceito do grupo família, bem como análise da legislação brasileira, da doutrina e jurisprudência no que tange à responsabilidade civil dos pais e; a segunda, etnográfica, com a realização do trabalho de campo (presença física) realizado na Cidade de Fortaleza no Brasil.

Fez-se uso da etnografia baseado nos doutrinadores como iremos detalhar adiante, sendo previamente definido que num primeiro momento seria importante a participação do investigador nas audiências nas Varas de Família. Procedeu-se, portanto, a um ponto de observação informal com os atores do processo. Vale ressaltar que as técnicas usadas no campo pelo antropólogo em geral são três: observação, entrevista e formulários, para levantamento e apuração dos dados.

Assim, em outro formato mais estruturado, foram realizadas entrevistas utilizando-se questionários com perguntas objetivas a filhos que se enquadram na condição de abandono afetivo, com o intuito de identificar as particularidades e a originalidade que definem cada ponto de vista, favorável ou não à indenização. Também se observou a interação entre os hábitos dessas pessoas com a comunidade em que vivem, assim como sua influência no desenvolvimento psíquico e educacional como um todo. Contamos com apoio audiovisual, e o uso de ferramentas, tais como gravação de áudio, vídeo, fotografias, e arquivo da informação obtida.

Com isso, será possível mostrar um ângulo diferente em pensamentos estruturados sobre a família e seus aspectos positivos possíveis com o fim de fazer entender aos interessados a evolução do ambiente familiar, bem como a existência, ou melhor, a consideração do referido conceito dominante ou não, e a influência de tal entendimento para posicionar-se favorável ou não à indenização por abandono afetivo dos pais.

Por se tratar de um trabalho antropológico que se desenvolveu em um contexto teórico-prático, a questão etnográfica assume papel de fundamental importância. Deste modo, fez-se necessária a “observação” in loco informal e “participante”, pois como afirma de Lévi-Strauss (1991):

Por uma razão muito profunda, que se prende à própria natureza da disciplina e ao caráter distintivo de seu objeto, que o antropólogo necessita da experiência do campo. Para ele, ela não é nem um objetivo de sua profissão, nem um remate de sua cultura, nem uma aprendizagem técnica. Representa um momento crucial de sua educação, antes do qual ele poderá possuir conhecimentos descontínuos que jamais formarão um todo, e após o qual, somente, estes conhecimentos se “prenderão” num conjunto orgânico e adquirirão um sentido que lhes faltava anteriormente (1991, pp. 415-416).

Com relação ao método de análise de dados, utilizou-se a perspectiva de Gertz (2008) e Bardin (2009) e também considerações de Marconi y Pressoto (2006), para a análise do material coletado durante o trabalho de campo, porém para a demonstração dos resultados foi aplicado o agrupamento *clusters*, fundamentado nos conceitos de Hair et al.(2005). Tal método parte de uma pré-análise, segue-se por uma interpretação dos dados coletados e em seguida busca uma inferência nas interpretações desse material colhido e analisado.

A descrição da coleta de dados analiticamente segundo Geertz (2008) e Bardin (2009), interpreta melhor os significados culturais e comportamentos e viabiliza de forma relevante a realidade sociocultural de uma determinada cultura e o entrelaçamento de uma aprendizagem estudada.

Ainda, preconiza Marconi y Pressoto (2006), que aos métodos estão associadas determinadas técnicas de pesquisa, que são as habilidades do pesquisador no uso dos métodos, ou seja, regras bem definidas utilizadas na investigação permitem obter os dados desejados.

Para o presente trabalho, foi utilizada a abordagem *EMIC* (perspectiva interior de caráter subjetivos) e *ETIC* (perspectiva exterior de caráter objetivo) em função da sua relevância para o estudo da relação da sociedade em seu meio cultural, interpretações e realização do trabalho de campo e análise dos resultados, visto que essas diferentes abordagens se completam dentro da Antropologia.

Em tempo, para melhor compreensão dos termos, cumpre-nos informar que foi criado pelo linguista Kennet Pike, em 1954, e procuram estabelecer abordagens que se completam na análise de um mesmo tema ou objeto. Na antropologia jurídica poderíamos citar algumas correntes, como por exemplo: Busca de Leis Gerais - Registro de casos; Comparativistas - Particulares; Busca da explicação - Busca da compreensão.

Vejamos que a abordagem *EMIC* procura encontrar a especificidade de cada aspecto do indivíduo e da sua cultura, recorrendo inclusive a interpretação da narração dos fatos por ocasião das entrevistas e observações, enquanto a *ETIC* está ligada a antropologia biológica e procura medir, comparar e esquematizar de forma lógica as questões sem levar em conta o subjetivismo, sendo elemento fornecedor de matéria prima para levantamento e interpretação dos dados.

1.4.2 Da natureza da metodologia adotada (qualitativa, quantitativa ou mista)

A natureza de uma pesquisa pode ser qualitativa, quantitativa ou mista segundo Creswell (2009). A pesquisa adotada no presente estudo, em virtude da sua peculiaridade é a do tipo mista, pois incorpora aspectos qualitativos (observação física nas audiências de varas de família sem estrutura pré-definida) e quantitativa (aplicação dos questionários com 50 (cinquenta filhos) em situação de abandono afetivo de forma estrutura e para análise estatística.

O Quadro abaixo extraído de Diker (2009, pág. 47), apresenta um comparativo entre a pesquisa qualitativa e a pesquisa quantitativa, desenvolvido a partir de referencial bibliográfico dos autores já mencionados anteriormente:

Dimensão	Qualitativa	Quantitativa
Objetivo	Compreender razões, valores, motivações e fenômenos	Determinar causas. Quantificar dados e generalizar resultados
Abordagem	Observacional	Experimental
Pressuposição básica	Realidade construída a partir de fenômenos socialmente construídos	Realidade construída a partir de fatos mensuráveis
Pesquisador	Participante do fenômeno	Neutro, imparcial
Amostra	Pequena, poucos casos	Grande
Coleta de Dados	Não-estruturada	Estruturada
Análise de Dados	Análise não-estatística, subjetiva, interpretativa	Análise estatística, sumarização
Resultados	Compreensão inicial, baixa generalização e replicação	Determinantes, com alto grau de generalização e replicação

Figura 1 - Quadro 1 - Pesquisa Qualitativa x Pesquisa Quantitativa

Fonte: DICKER, 2009, pág. 47.

Pela natureza do trabalho, no caso voltado para a Antropologia Jurídica, não restou ao investigador nenhuma opção a não ser a mista, visto que utilizará técnicas que se enquadram de natureza qualitativa e quantitativa, conforme já explicado no item anterior.

Cabe ao pesquisador, além de definir a natureza de sua pesquisa, selecionar qual a estratégia de investigação que será utilizada. O Quadro 2 apresenta uma visão geral das possíveis estratégias de investigação, segundo Creswell (2009):

QUANTITATIVO	QUALITATIVO	MÉTODOS MISTOS
Pesquisa Experimental	Pesquisa Narrativa	Métodos Sequenciais
Levantamento de campo (survey)	Pesquisa Fenomenológica	Métodos Simultâneos
	Pesquisa Etnográfica	Métodos Transformativos
	Teoria fundamentada nos dados (grounded theory)	
	Estudo de Caso	

Figura 2 - Quadro 2 - Estratégias de Investigação

Fonte: CRESWELL, 2009, pág. 12.

A seguir apresentamos as classificações do método misto existentes:

- Métodos sequenciais, onde o pesquisador opta por iniciar sua pesquisa utilizando um dos métodos (qualitativo ou quantitativo) e, com base nos resultados obtidos, aplica-se o outro método (qualitativo ou quantitativo) em seguida;
- Métodos simultâneos, onde o pesquisador utiliza de forma simultânea os métodos qualitativo e quantitativo, coletando os dados ao mesmo tempo e posteriormente integrando as informações obtidas para interpretação e análise dos resultados;
- Métodos transformativos, onde o pesquisador utiliza uma perspectiva teórica que engloba dados qualitativos e quantitativos que direciona o estudo, podendo existir um método de coleta de dados sequencial ou simultâneo.

Dentro do método misto escolhido para o presente trabalho a estratégia de investigação a ser aplicada foi a dos métodos simultâneos, pois incorpora aspectos qualitativos e quantitativos.

A técnica selecionada para a coleta de dados foi a da entrevista em profundidade com 50 (cinquenta) filhos que apresentaram características de abandono afetivo, com perguntas previamente definidas e outras questões em aberto como forma de se manter a liberdade de expressão do entrevistado e a manutenção do foco pelo entrevistador (GIL, 2010, p. 137).

De acordo com Duarte (2005), a entrevista em profundidade é:

[...] um recurso metodológico que busca, com bases em teorias e pressupostos definidos pelo investigador, recolher respostas a partir da experiência subjetiva de uma fonte, selecionada por deter informações que se deseja conhecer (DUARTE, 2005, p. 62).

Assim, a adoção da pesquisa em profundidade mostrou-se ideal para esta investigação também por possuir, segundo Malhotra (2006), as seguintes vantagens:

- Revelam análises pessoais mais aprofundadas do que os grupos de foco;
- respostas são atribuídas diretamente a um entrevistado específico, diferentemente dos grupos de foco, onde é difícil determinar qual entrevistado deu uma resposta em particular;
- devido à redução da pressão social causada nos grupos de foco, nas entrevistas individuais o nível da troca de informações é maior;
- maior flexibilidade na condução da entrevista, já que não existem as restrições necessárias para se conduzir um trabalho em grupo;
- outra forma de abordagem ao entrevistado pode torná-lo mais relutante em discutir o assunto.

Na presente tese também foi aplicada a técnica de observação com a presença em 60 (sessenta) audiências nas varas de família na Cidade de Fortaleza, visando a análise do comportamento dos pais e demonstrar a origem do abandono afetivo.

Ao realizar este tipo de pesquisa, o interesse do pesquisador é o de selecionar participantes que sejam capazes de fornecer informações relevantes sobre o tema pesquisado, tendo como base sua experiência vivida, ou seja, o abandono afetivo por parte dos pais. Segundo Van Kamm (1959 apud GIL, 2010), os seguintes critérios devem ser levados em consideração pelo pesquisador na seleção dos participantes:

Habilidade para se expressar facilmente com palavras
Habilidade para perceber e expressar seus sentimentos interiores e emoções sem vergonha ou inibição
Habilidade para perceber e expressar experiências que acompanham os seus sentimentos
Experiência relativamente recente com a experiência que está sendo estudada
Habilidade para escrever ou reportar-se ao que ocorre consigo ao longo do tempo

Figura 3 - Critérios para seleção de participantes

1.4.3 Da validação e confiabilidade da investigação

Para demonstração da validação e da confiabilidade do presente trabalho etnográfico, apresentamos abaixo um quadro resumo da sua elaboração, realizado com atributos científicos já mencionados, baseados nos objetivos da pesquisa, a saber:



Figura 4 - Processo de pesquisa

O convite para participação na pesquisa, foi realizado de forma presencial, por whatsapp, e-mail e redes sociais, como facebook e instagram, com base na convivência com famílias das comunidades localizadas nos municípios de Fortaleza, Cascavel e Euzébio, no estado do Ceará, Brasil, identificando os participantes por sua história de vida conhecida por familiares, colegas de trabalho, vizinhos e conhecidos.

Para esta pesquisa (método misto), optou-se pelo tratamento e análise dos dados quantitativos pela técnica de *clusters* e por meio da análise de conteúdo para os dados qualitativos. De acordo com Bardin (1977), a análise de conteúdo é:

Um conjunto de técnicas de análise de comunicação visando a obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/ recepção destas mensagens (BARDIN, 1977, p. 42).

Holsti (1969) define a análise de conteúdo como sendo qualquer técnica para fazer inferências de forma sistemática e objetiva para identificar características especificadas ou mensagens. A técnica foi originalmente utilizada para a análise de provas documentais, mas

seu uso foi ampliado e pode ser utilizado para analisar outros tipos de dados, tais como os obtidos a partir de entrevistas, material de mídia, dentre outros.

Nesse sentido, vale destacar as lições de Valério (2016, p. 61), a saber:

O valor do conhecimento não pode ser julgado pela correspondência entre suas formas e a realidade estudada, mais sim pela capacidade de construção sobre o que foi estudado.

De uma maneira geral, dizemos que uma investigação terá um alto grau de validade científica, na medida em que seus resultados, reflitam uma imagem mais completa possível, sendo clara e representativa sobre a realidade da situação estudada.

O software utilizado para realizar a tabulação e análise de conteúdo foi o Excel.

A escolha do autor pela abordagem mista e seu caráter exploratório foi também uma forma de delimitação da pesquisa, uma vez que os resultados são de baixa generalização, a amostra seria pequena com 50 entrevistados e participação, como observador, em 60 audiências nas varas de família, e, além disso, a interpretação e análise dos dados estão sujeitas à percepção e experiência do entrevistador na área do direito, conferindo um grau de subjetividade aos resultados do estudo.

O investigador deve ter em mente os cuidados para que o seu trabalho tenha confiabilidade e validade. No presente caso, o estudo foi conduzido mediante a apresentação e assinatura do TCLE (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido) com os entrevistados e com a autorização dos juízes para presença física nas varas de família.

Todo o material coletado, inclusive assinaturas, será digitalizado e armazenado em arquivos eletrônicos para que fique à disposição de todos em qualquer momento.

1.4.4 Da realização do trabalho de campo - objeto do estudo

Para o presente trabalho, no que se refere à metodologia utilizada, passada a parte etnológica, na qual foram pesquisados livros sugeridos pelo Diretor da tese, manuais, artigos e trabalhos científicos, teses, dissertações especializadas no assunto, leis, doutrina e jurisprudência brasileira, passou-se a definir os critérios e formato para execução do trabalho etnográfico, tudo à luz dos estudos doutrinários de diversos autores, conforme fartamente explicado nos itens anteriores.

Seguindo os teóricos, o trabalho de campo foi delimitado e realizado conforme abaixo:

a) aplicação dos questionários previamente estruturados **com filhos maiores de 18 anos, que estão na situação de “abandono afetivo”**, mediante apresentação do **TCLE (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido)**, constante do Apêndice A, com uso também de equipamentos audiovisuais;

b) observação presencial em 60 (sessenta) audiências nas Varas de Família do Fórum Clóvis Beviláqua, na Cidade de Fortaleza-Ceará-Brasil, cuja localização está ilustrada na figura 5, abaixo, que serviu para mensurar o comportamento das pessoas, a origem do abandono afetivo dos filhos e sua aplicação no Direito de família. A seguir apresentamos imagem da localização do Fórum e fotos das salas de audiências:

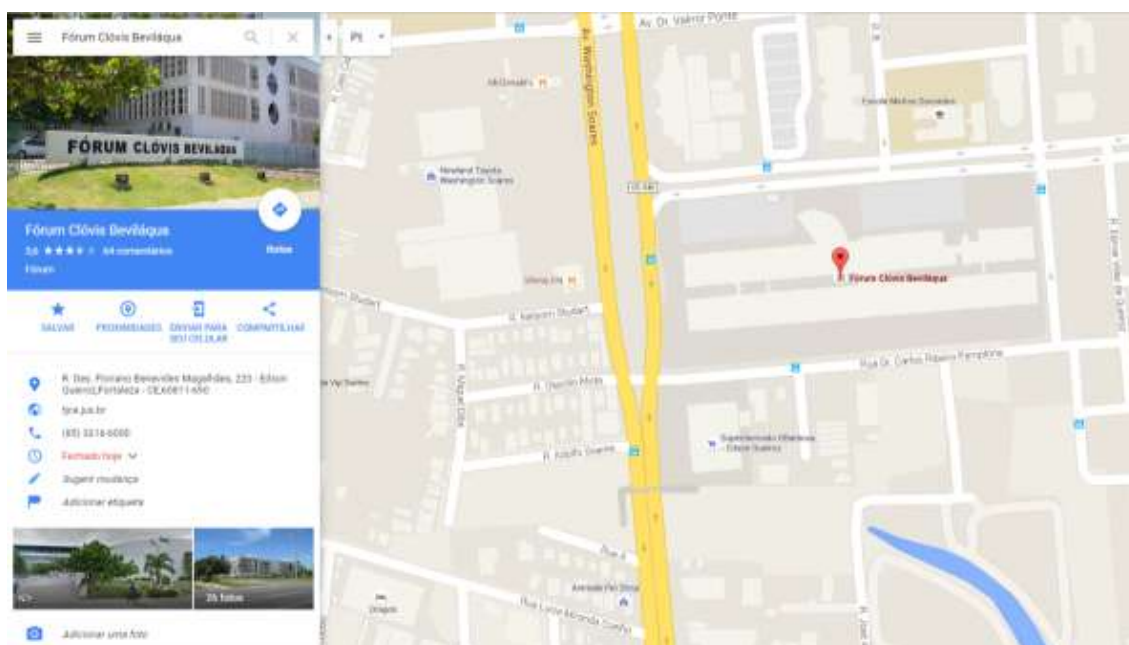


Figura 5 - Localização do Fórum Clóvis Beviláqua

Fonte: Google Maps



Figura 6 - Fotografia 1 - Sala de Audiência na Vara de Família



Figura 7 - Fotografia 2 - Sala de Audiência na Vara de Família em Fortaleza

O Fórum Clóvis Beviláqua, escolhido para realizar a pesquisa de campo em nível de observação, é um espaço público onde se busca a prestação jurisdicional e o efetivo exercício da cidadania. Por dia, circulam cerca de cinco mil pessoas no prédio inaugurado em 12 de dezembro de 1997, com 75 mil metros quadrados de área construída e extensão horizontal de 330 metros, o que lhe confere o status de maior edifício público da América Latina¹¹.

¹¹ <https://www.tjce.jus.br/institucional/forum-clovis-bevilaqua-institucional/>; Acesso em 20/06/2019

No total, funcionam no Fórum 125 varas, das mais diversas áreas, como Família, Cível, Fazenda Pública, Crime, Júri, Trânsito, Execução Fiscal, Crimes Contra a Ordem Tributária, Falência, Registro Público, Delitos de Tráfico de Drogas, Delitos de Organizações Criminosas, Pena Alternativa, Infância e Juventude, Execução Penal e Auditoria Militar, além de 8 Secretarias Judiciária de 1º Grau.

No quadro a seguir, nota-se a existência de 18 varas de famílias o que facilitou a escolha e a realização da observação física nas audiências.

Distribuição das Varas	Quantidade
Varas Cíveis	39
Varas de Família	18
Varas de Sucessões	5
Varas Criminais	18
Varas da Fazenda Pública	14
Vara de Crimes Contra a Ordem Tributária	1
Varas do Júri	5
Varas de Execuções Fiscais	6
Varas de Recuperação de Empresas e Falências	2
Varas de Registros Públicos	2
Varas de Delitos de Organizações Criminosas	1
Varas de Delitos de Delitos de Tráfico de Drogas	4
Vara de Execução de Penas Alternativas	1
Vara de Execução Penal e Corregedoria de Presídios	3
Varas da Infância e da Juventude	5
Vara da Auditoria Militar	1
Total	125

Figura 8 - Tabela 1 - Distribuição de Varas

Fonte: produzido pelo autor a partir de informações do site do Fórum

O Fórum Clóvis Beviláqua (Fotografia 3) recebeu esse nome em homenagem ao grande jurista cearense, notabilizado pela elaboração do anteprojeto do primeiro Código Civil Brasileiro. A primeira sede foi inaugurada em 31 de dezembro de 1960, na administração do desembargador Péricles Ribeiro, presidente do Tribunal de Justiça, e no Governo de José Parsifal Barroso. O prédio escolhido para abrigar o Palácio da Justiça havia sido planejado desde 1956, no Governo de Paulo Sarasate.

Orçado em oito milhões de cruzeiros, o edifício localizado na Praça da Sé foi construído com área útil de 4.248,60 metros quadrados, distribuída em cinco pavimentos. A obra foi erguida no local onde funcionavam o Instituto do Ceará e o Museu Histórico, transferidos para o local que abrigava o Grupo Escolar Rodolfo Teófilo, na Avenida Visconde de Cauipe.



Figura 9 - Fotografia 3 - Imagem Externa do Fórum Clóvis Beviláqua

O Jurista Clóvis Beviláqua nasceu em 4 de outubro de 1859, em Viçosa do Ceará, Clóvis Beviláqua iniciou sua carreira na magistratura em 1883, ao ser nomeado promotor público de Alcântara, no Maranhão. Paralelo a sua trajetória jurídica dedicou-se ao jornalismo. Com Martins Júnior, publicou o folheto Vigílias Literárias e, em seguida, o jornal A Ideia Nova. Os dois ainda trabalharam juntos no jornal República, nos folhetos Escalpo, Estenógrafo e O crime de Vitória.

O grande marco na sua vida profissional foi a missão, que lhe foi atribuída pelo presidente Epitácio Pessoa, em 1899, de elaborar o anteprojeto do Código Civil Brasileiro, concluído em outubro do ano seguinte. Depois de dezesseis anos de discussões, em 1º de janeiro de 1916, o seu anteprojeto originou o Código Civil Brasileiro.

1.4.5 Método de apuração e Análise dos dados coletados (clusters)

A apuração dos dados foi realizada com aplicação dos formulários de pesquisa com 50 (cinquenta) filhos e filhas selecionados aleatoriamente em comunidades nas Cidades de Fortaleza, Cascavel e Eusébio, Estado do Ceará - Brasil, e que se encaixaram no perfil de abandonados afetivamente.

Sobre a etnografia acadêmica, nas sociedades científicas criaram-se questionários de recolha de dados, sendo um deles mais utilizados, o das *Notes and Queries on Anthropology* (do *Royal Anthropological Institute*, seguindo os passos do questionário da *Ethnological Society*)¹². Estes questionários foram se aperfeiçoando e serviram de grande ajuda aos etnógrafos.

Além disso, outro aspecto importante do movimento etnográfico foi a insistência na presença física do investigador no campo, que nos momentos atuais tornou-se consenso entre os doutrinadores da antropologia.

Dentro desse raciocínio científico e seguindo abordagem EMIC e ETIC foi aplicado o questionário abaixo para a realização das entrevistas, como também foram tabulados dados importantes a partir da observação física na participação do investigador em 60 (sessenta) audiências nas varas de famílias.

A apresentação dos dados se deu a partir da aplicação do questionário com a seguinte estrutura:

Questionário	
Dados do entrevistado	
Nome	Idade
Escolaridade	Sexo
Perguntas sobre o tema	
Com qual idade começou a sentir que estava abandonado afetivamente?	
Qual o reflexo no seu desenvolvimento psíquico e educacional?	
Qual o tipo de relacionamento com os seus pais?	
Qual o reflexo no aspecto material para a sua formação?	
Quais os danos efetivamente causados na sua vida?	
Você já ingressou com alguma ação judicial contra os seus pais? Especifique as razões?	
Você acha justo pedir uma indenização por danos morais? Você pretende ingressar com esse tipo de ação?	

Figura 10 - Quadro 3 - Questionário

¹² W.H.R.Rivers realizou em 1912 uma versão das *Notes and Queries* na qual se pode ver uma maior acentro pela entrevista que pela observação participativa.

Para as respostas discursivas, o levantamento foi realizado utilizando a planilha Excel e informações importantes foram disponibilizadas em tabelas, para que respostas iguais fossem de pronto agrupadas para estudo.

Os dados foram tabulados e analisados, utilizando-se a técnica de *clusters*.

A análise de agrupamentos ou análise de *clusters* é uma técnica analítica para desenvolver subgrupos significativos de indivíduos ou objetos. Especificamente, o objetivo é classificar uma amostra dos filhos ou filhas em situação de abandono afetivo em um pequeno número de grupos de famílias mutuamente excludentes, com base nas similaridades, não sendo os grupos predefinidos, sim identificados, maximizando a homogeneidade do objeto dentro do grupo, ao mesmo tempo em que se maximiza a heterogeneidade entre os mesmos (HAIR et al., 2005).

A análise de agrupamentos é muito útil em caso de dados coletados via questionários, em que o pesquisador pode deparar-se com um grande número de observações que não terão significado a menos que sejam classificadas em grupos com os quais se possa lidar. Essa técnica permite redução de dados objetivamente, pela redução da informação de uma população inteira ou de uma amostra para a informação sobre subgrupos específicos e menores, fazendo com que o pesquisador tenha uma descrição mais concisa e compreensível das observações, com perda mínima de informação (HAIR et al., 2005).

Neste trabalho, o método de agrupamento utilizado foi o aglomerativo, ou seja, o ponto inicial é o que cada filho represente um *cluster*, que vai se unindo a outros com base nas similaridades existentes.

Vale ressaltar, por outro lado, as limitações desse método: é uma técnica exploratória, descritiva e não-inferencial. A solução gerada independe de uma “verdadeira” existência de qualquer estrutura dos dados, já que o acréscimo ou eliminação de variáveis relevantes pode ter impacto substancial sobre a solução resultante (HAIR et al., 2005).

1.4.6 Período de imersão

Apresentamos, a seguir, um resumo onde se pode identificar as principais etapas para a realização do presente trabalho de pesquisa:

Período de Imersão	
Atividades científicas de investigação - Universidade Estadual da Paraíba	01/07/2018 a 31/10/2018
Levantamento bibliográfico - leituras e reportes	01/11/2018 a 10/01/2019
Pesquisa em redes sociais	11/01/2019 a 15/01/2019
Definição da metodologia do trabalho	16/0/2019 a 20/01/2019
Elaboração do questionário de forma estruturada	17/01/2019 a 10/02/2019
Seleção e caracterização dos entrevistados	11/02/2019 a 07/03/2019
Participação dos seguintes cursos: Adolescente e o Ato Infracional ; Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA; Direito e Legislação; Elaboração e Gestão de Projetos	11/01/2019 a 07/03/2019
Elaboração de artigo científico	08/03/2019 a 20/03/2019
Aplicação dos questionários/TCLE	21/03/2019 a 10/04/2019
Participação em audiências nas Varas de Família em Fortaleza	11/04/2019 a 10/05/2019
Apuração e análise dos dados	11/05/2019 a 20/05/2019
Análise do trabalho de campo (método misto)	21/05/2019 a 30/05/2019
Considerações Finais	01/06/2019 a 20/06/2019

Figura 11 - Tabela 2 - Período de Imersão

CAPITULO 2: A ANTROPOLOGIA JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Origem da Antropologia Jurídica

É possível situar o surgimento da antropologia jurídica no final do século XIX. Ela se inscreve, portanto, no contexto da expansão imperialista ocidental. É, desse modo, como sublinhava Claude Lévi-Strauss, filha de uma época de violência. Contudo, sua institucionalização no contexto universitário ocorreu ao longo do século XX em momentos variados. No Brasil, a institucionalização da disciplina foi tardia, pouco uniforme e, muitas vezes, inconsistente.

Pode-se afirmar que a antropologia jurídica seria uma espécie de “produto cultural do ocidente moderno”. Conforme Rouland (1988), a antropologia jurídica seria filha da história do direito e teria nascido na segunda metade do séc. XIX e se desenvolve em um contexto internacional marcado pela expansão imperialista ocidental que fornece às escolas nacionais de antropologia jurídica seus respectivos campos de experimentação¹³. Trata-se, assim, de um saber que se inscreve, de um lado, na configuração epistemológica moderna¹⁴ e, de outro, no contexto da expansão imperialista com a qual manterá uma relação complexa que poderia ser qualificada, em termos weberianos, de “afinidade eletiva”¹⁵.

O imperialismo, que tem como contrapartida a expansão colonial dos Estados nacionais europeus, demandava justificção de onde pudesse haurir sua legitimidade. Como enfatiza Hobsbawm (2015), em uma era de política de massa, havia a necessidade de se angariar para a expansão imperialista o apoio popular, sobretudo do grande contingente de descontentes. Ora, o Estado-nação opera, nesse contexto, como uma máquina de produção de “outros”, fazendo com que o africano, o ameríndio e o oriental apareçam como o contraponto negativo da identidade europeia. O colonizado aparece, no imaginário europeu, como uma espécie de amálgama indefinido composto por tudo aquilo que, de um modo geral, se opõe à civilização. Assim, conforme observam Hardt e Negri (2002), “a construção negativa de

¹³ Cf. ROULAND, N. *Anthropologie juridique*. 1988. p. 47.

¹⁴ Cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O direito de qual sociedade? Os limites da descrição sociológica de Niklas Luhmann acerca do direito a partir da crítica antropológica. *Sociologia do direito: teoria e práxis*. p. 338.

¹⁵ Cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A constituição do campo de análise e pesquisa da antropologia jurídica. In: *Prisma Jurídico*, n. 6. p. 333-349. Sobre a questão da “afinidade eletiva” entre antropologia e imperialismo, ver, do mesmo autor, *Ancient Law: um clássico revisitado 150 anos depois*. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 106-107, p. 550-552, jan.-dez. 2011-2012.

outros não europeus é, finalmente, o que funda e sustenta a própria identidade europeia”. E, é preciso notar, que esse processo de produção do depreciativa do outro encontrará na antropologia nascente, quiçá, um dos mais influentes mecanismos de sustentação. É nesse sentido que Hardt e Negri (2002) enfatizam que “entre as disciplinas acadêmicas envolvidas nessa produção cultural de alteridade, a antropologia foi, talvez, a rubrica mais importante, sob a qual o outro nativo foi importado para a Europa e dela exportado”¹⁶.

A relação de afinidade eletiva entre imperialismo e antropologia se expressa, sobretudo, nos seguintes termos: a) a antropologia forneceu, ainda que involuntariamente, um cabedal de conhecimento que permitiu a otimização da dominação pela Administração colonial; b) a antropologia forneceu, também em caráter não deliberado, uma justificativa retórica de legitimação à dominação colonial, uma vez que, em virtude de seu caráter inicialmente etnocêntrico, sustentou, por vezes, a superioridade das sociedades ocidentais em relação às demais, concebendo-as, assim, como naturalmente propensas à dominá-las.

Vale notar que o próprio desenvolvimento da antropologia dependeu, em certa medida, da existência da dominação colonial, que fornecia aos pesquisadores seu campo de observação e análise. Wendy James e Talal Asad (1973), enfatizam a relação de dependência dos antropólogos com os agentes coloniais, o que, segundo eles, acarretava uma situação duplamente ambivalente para a antropologia, no contexto da dominação colonial. De um lado, havia ambivalência na relação entre a atuação dos antropólogos, no que concerne à fundamentação de uma dominação, para a qual eram instados a colaborar, mesmo discordando e, de outro, diante dos movimentos nacionalistas e revolucionários, a antropologia, inicialmente vista de modo positivo, paulatinamente passava a ser considerada conservadora. Em razão dessa dupla ambivalência, explicam-se, segundo James, as acusações e suspeitas que recaiam sobre a antropologia, durante o período colonial, tendo como base as mais variadas instâncias. Aliás, como sublinha Claude Rivière (2007), “situado na história, o discurso antropológico não é inocente: numa determinada conjuntura colonial, ele é o discurso do explorador, do missionário, do administrador, do jurista, o que em nada afeta a competência e a perspicácia de alguns dentre eles”¹⁷.

¹⁶ HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. *Império*. p.141 e 142.

¹⁷ RIVIÈRE, Claude. *Introdução à antropologia*. pp. 34-35.

Assim, a relação da antropologia, em sentido genérico, com o processo de colonização, decorrente da expansão imperialista europeia, mostra-se fundamental para que se compreenda não apenas as orientações conceituais das primeiras escolas de antropologia jurídica, mas, inclusive, seu desenvolvimento posterior enquanto disciplina. É possível apontar certas inflexões do contexto em que surge a antropologia no delineamento preliminar do seu campo de análise e de pesquisa. Tendo surgido em um contexto marcado pela expansão imperialista ocidental, a antropologia do século XIX apresentou a nítida prevalência de uma dimensão instrumental, voltada à gestão de populações, a partir de uma visão etnocêntrica que as desqualificava como “primitivas”. É certo que, ao longo de seu desenvolvimento, a antropologia foi progressivamente se afastando dessas características de origem, de modo a superar as determinações de seu contexto de formação. Entretanto, não se pode desconsiderar que, tendo surgido em uma época marcada pela dominação e pela espoliação decorrentes da dominação colonial, a antropologia (de uma maneira geral e também a jurídica em particular) reforçou as relações de assimetria que o Ocidente impingiu a outros povos. Assim, se o saber antropológico, de um lado, forneceu uma visão mais objetiva acerca dos fenômenos humanos, por outro, é preciso notar que isso se deu, conforme bem o ressalta Claude Lévi-Strauss (1967), a partir de uma relação em que uma parte da humanidade se arrogou o direito de tratar a outra como um objeto.

2.2 A Antropologia Jurídica como ciência

De forma ampla podemos dizer que a antropologia é uma ciência que estuda o homem em todas as suas dimensões, sua transformação, reação e forma de adaptação dentro da sociedade ou meio que convive, mostrando o desenvolvimento social e cultural seja através do tempo e espaço ou seja imposição de um modelo de sociedade.

Segundo Bonatto Barcelos (2018), a cultura como elo de transformação da espécie humana e sua influência na antropologia como ciência pode ser assim caracterizada:

A cultura, por outro lado, é uma característica única e comum à espécie humana mas se manifesta de maneira distinta ao redor do globo. Tais condições tornam ainda mais complexo e paradoxal o estudo da cultura. Devemos reconhecê-la como única mas tratá-la como singular em cada manifestação.

Integram a cultura a maior parte das manifestações humanas e muitas delas servem para oferecer um caminho e pautas de atuação aos seres humanos. O direito, a religião, a moda, a moral são todas formas de determinar o agir social dos indivíduos, cada um à sua maneira. O direito regula as ações a partir da ameaça de sanções econômicas ou físicas (privação da liberdade ou mesmo a morte em alguns países), as religiões oferecem um caminho a ser seguido e ameaçam com sanções no

plano espiritual, caso o indivíduo não cumpra seus preceitos. A moral e a moda por exemplo, determinam o agir sob pena de reprovação social e isolamento daqueles que não seguem seus ditames.

No entanto, mesmo que todas estas manifestações sejam culturais e integrantes da cultura humana, há um acordo tácito que tem restringido o objeto de atuação da antropologia principalmente àquelas manifestações culturais não escritas, ritualísticas de pequenos grupos de comunidades tradicionais. A antropologia exige também o trabalho a partir de um método próprio, que envolve, necessariamente, o contato com grupos humanos ou, se for o caso, com um ser humano isoladamente. Não é possível fazer antropologia a partir de objetos (esta tarefa cabe à Arqueologia), a partir somente de documentos (esta tarefa é da História), das Leis (tarefa do Direito e dos juristas) e assim por diante. O grande diferencial da antropologia é participar ativamente de atividades humanas, descrevê-las, e interpretá-las no que se constitui seu método próprio.

Dentro desse contexto, a nossa linha de investigação será pela antropologia jurídica em função da sua multiplicidade de fatores, diversidade cultural, em sociedades complexas e cada vez mais sujeitas à mutações, onde a família sai do modelo tradicional para buscar uma sociedade mais democrática e pluralista, contribuindo assim com uma vasta orientação de regras jurídicas e afastando-se do seu entendimento puramente legal e enfrentando temas tais como: união de pessoas do mesmo sexo, aborto, uniões estáveis, divórcio, igualdade entre homens e mulheres, adoção, maior proteção a crianças e adolescentes, responsabilidade dos pais e abandono afetivo, tudo isso diretamente ligados ao direito de família e parentesco.

Atua também como meio de impedir que os sistemas da modernidade ou seja, as sociedades complexas e globalizadas e a tradicional, se excedam, se radicalizem em termos de sentido e lógica própria, fomentando ainda mais as angústias e alienação política presentes nas nossas selvas de pedras urbanas ou no meio rural, pois sociedade se forma em qualquer meio ou ambiente, como a antropologia demonstra ao longo do tempo.

Portanto uma das finalidades da Antropologia Jurídica reside em descobrir melhor nosso direito, quebrando as barreiras do literalismo e da pseudo neutralidade da norma jurídica. É, na verdade, a fonte de força da qual nos alimentamos para enfrentar as mudanças sociais provocadas pela globalização nas sociedades complexas.

A Antropologia do direito incentiva a construção de um direito interdisciplinar e humanista, com punições de acordo com os princípios legais, porem com justiça Social e um olhar mais comportamental e globalizada podendo chegar a sua análise de forma mais rápida ou devagar em função do tema a ser avaliado. Este direito também busca o caminho da mediação sociopolítica, em vez de deixar tudo a cargo do poder judiciário com ações

processuais desnecessárias, como por exemplo o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo pela sociedade com todos os direitos e deveres do casamento tradicional, sem a intervenção da justiça.

2.3 A Antropologia Jurídica como estudo acadêmico

A antropologia jurídica hoje passa a ter papel preponderante na formação dos juristas, pois nessa disciplina o estudante do direito irá enxergar para além do que determina a Lei, desenvolvendo uma visão crítica e até assim podemos dizer de futurista.

O estudante brasileiro, no qual prepondera uma formação dogmática e formalista, a antropologia jurídica pode contribuir para uma melhor compreensão da complexidade social na qual se inscreve a regulação jurídica. Permite, ademais, a percepção das diversas formas de expressão dessa regulação de modo a preparar o futuro jurista para a vida como ela é, dado a complexidade que caracteriza a sociedade brasileira. Assim, mesmo não sendo essa sua finalidade precípua, a antropologia jurídica pode, inclusive, contribuir para uma atuação mais consistente dos juristas, uma vez que proporciona instrumentos analíticos capazes de ensejar uma formação desvincilhada do “praxismo forense” e da “erudição ornamental”.

Dentro desse contexto, seria possível dizer que a antropologia jurídica, mediante a análise dos discursos (orais e escritos), práticas e representações, estuda os processos de juridicização que ocorrem nas diversas sociedades, procurando compreender as lógicas que lhe são subjacentes. Norbert Rouland (1995), por exemplo, sustenta que essa abordagem procuraria realizar um ordenamento da cultura humana em sua generalidade, no que se refere ao domínio do direito, mediante a comparação entre as formas de regulação jurídica de todas as sociedades que se possa observar.

2.4 Antropologia Jurídica e o Direito

Não é simples caracterizar a especificidade da antropologia jurídica. Autores como Christophe Eberhard preferem referir-se a ela, não em termos de uma “teoria”, mas como uma “abordagem”. Sem adentrar nessa discussão, serão indicadas a seguir algumas características que servem para especificar esse enfoque. Em primeiro lugar, cumpre sublinhar sua vinculação ao que Lévi-Strauss designa de técnica do *dépaysement* que a inclina naturalmente

a apreender outros contextos que não apenas o ocidental tornando-a, assim, em princípio, mais propensa a descentrar-se das referências empíricas e das categorias ocidentais.¹⁸

Além disso, como observa Norbert Rouland (1988) – contrastada com a etnografia jurídica, que consistiria na coleta e na descrição de dados qualificados como jurídicos nos níveis do discurso, das práticas e das representações, no seio de uma dada sociedade, e com a etnologia jurídica, que se preocupa em interpretar as articulações de cada um desses níveis com os outros dois no funcionamento geral de uma mesma sociedade – a antropologia jurídica caracterizar-se-ia por um enfoque generalizador, procurando, conforme sublinha Rouland (1988), realizar um ordenamento da cultura humana em sua generalidade, no que se refere ao domínio do direito, mediante a comparação entre os sistemas jurídicos de todas as sociedades que se possa observar. Nesse particular, cumpre notar que, conforme Claude Lévi-Strauss (1991), etnografia, etnologia e antropologia não constituem três disciplinas diferentes ou três concepções diferentes dos mesmos estudos e sim três etapas ou três momentos de uma mesma pesquisa¹⁹.

Deste modo, como sublinha Norbert Rouland (1988), a antropologia teria uma “vocação totalizante” que se expressa na procura de aspectos comuns a todas as sociedades. Essa questão é ilustrada, por exemplo, pela asserção de Shelton Davis (1973), de que indica três proposições a respeito das quais, segundo ele, os antropólogos estariam de acordo: a) em toda sociedade existiria um corpo de categorias culturais, de regras ou códigos que definem os direitos e deveres legais entre os homens; b) em toda sociedade disputas e conflitos surgiriam quando essas regras são rompidas; c) em toda sociedade existiriam meios institucionalizados através dos quais esses conflitos são resolvidos e através dos quais as regras jurídicas são reafirmadas e/ou redefinidas. Independentemente das críticas que possam, eventualmente, ser endereçadas a essa assertiva, o fato é que ela ilustra bem a “vocação totalizante” que se atribui à abordagem antropológica.

¹⁸ Cf. LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropologia estrutural. p. 320. A respeito, ver também: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O direito de qual sociedade? Os limites da descrição sociológica de Niklas Luhmann acerca do direito a partir da crítica antropológica. *Sociologia do direito: teoria e práxis*. p. 339.

¹⁹ Cf. LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropologia estrutural. p. 413.

Ademais, se assume a distinção proposta por Theodor Viehweg (2004) entre enfoque zetético e dogmático, fica claro que a antropologia jurídica se enquadra na primeira perspectiva, como, aliás, bem observa Ferraz Jr. (2017) ao afirmar que “zetéticas são, por exemplo, as investigações que têm como objeto o direito no âmbito da sociologia, da antropologia, da psicologia, da história, da filosofia, da ciência política etc. Nenhuma dessas disciplinas é especificamente jurídica. Todas elas são disciplinas gerais, que admitem, no âmbito de suas preocupações, um espaço para o fenômeno jurídico.” Evidentemente que não cabe aqui explorar essa distinção. Cumpre apenas notar que a o enfoque zetético, diferente do dogmático, não visa possibilitar uma decisão e, assim, orientar a ação. Ao contrário, sua finalidade consiste indagar, perquirir, acerca do que algo é. Baseando-se em Viehweg, o Prof. Dr. Tércio Sampaio Ferraz Jr.(2017) ressalta, ainda, que, na medida em que toda investigação zetética comporta pressupostos admitidos como verdadeiros para orientar os quadros da pesquisa, seria possível, no âmbito dos limites zetéticos, distinguir entre o nível empírico, cujos limites são dados pela experiência, e o nível analítico, em que ocorre a extrapolação dos limites da empiria, a partir dos níveis da lógica formal, da teoria do conhecimento ou da metafísica. Tendo em vista esses limites, a partir dos quais é possível distinguir entre zetética empírica e zetética analítica, é possível também, tendo em vista a questão aplicação técnica dos resultados da investigação, aludir a uma zetética pura e outra aplicada.

Ora, conjugando esses critérios de classificação, Ferraz Jr (2017) observa que a antropologia jurídica seria expressão de uma “zetética empírica pura”, pois os pressupostos que admite como verdadeiros são dados pela experiência e, no que concerne à motivação que conduz a investigação, não há um vínculo direto com a aplicabilidade dos resultados da pesquisa. Poder-se-ia, contudo, ir mais além e afirmar que a pretensão de descentramento da antropologia jurídica relativamente às categorias, instituições, valores e conceitos ocidentais, a levaria a uma radicalização da crítica zetética. O que expressa sua possibilidade de servir de ponto de ancoragem de uma “crítica à razão sociológica”.

Um típico exemplo do contorno zetético assumido pela antropologia jurídica está em seu questionamento crítico do vínculo inextricável entre direito e Estado. O pressuposto fundamental da descrição do direito como ligado ao Estado é, como se sabe, amplamente questionado pela antropologia jurídica. Como a antropologia jurídica, pautada pela descentramento e pela alteridade, direciona contextos sociais em que a regulação jurídica prescinde de organização estatal, sempre lhe soou natural contestar a ideia de que apenas o direito estatal das sociedades modernas seja considerado expressão da juridicidade. Portanto,

as discussões relativas ao pluralismo jurídico no campo antropológico servem de clara ilustração de seu viés zetético.

Por fim, cumpre notar que a antropologia jurídica, tal como ocorre com a sociologia jurídica, a história do direito, a psicologia jurídica etc., constitui uma perspectiva externa de análise e de crítica da regulação jurídica²⁰. Deste modo, pode enxergar o ponto cego da observação dos juristas, o que lhe confere, tal como ocorre com a sociologia, a possibilidade de um distanciamento crítico muito contribui para desestabilizar certezas sedimentadas no “senso comum jurídico”.

²⁰ Cf. ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. Introduction à l’analyse sociologique des systèmes juridiques. p. 4.

CAPÍTULO 3: DO DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

3.1 Origem da família

Sobre a origem do termo família, mesmo sem uma comprovação científica sobre a palavra, há quem afirme que vem do latim *fames* (“fome”) e quem defenda que deriva do termo *famulus* (“servente”). Por isso, acredita-se que, originariamente, a expressão família era usada para fazer alusão ao conjunto de escravos e criados enquanto propriedade de um só homem.

Nos dias de hoje, de forma monopolizada, dá-se o nome de família à principal forma de organização dos seres humanos. Trata-se de um agrupamento social que se baseia em laços de parentesco.

A definição não é tão simples como parece, pois a família é uma das mais antigas instituições sociais e seu campo de conhecimento conta com amplo e renovado acervo de estudos disciplinares, sua origem é polêmica.

Na sua própria organização, ela se renova, diversifica-se, seja pela exigência da sociedade para as pessoas ou das pessoas para a sociedade. No seu tratamento, encontram-se diferentes níveis de abordagem, sendo representada, no imaginário das relações humanas, não se podendo falar em desenvolvimento do aspecto familiar ou sobre sua concepção e origem. Será que a constituição familiar entre pessoas do mesmo sexo, inclusive com filhos se constitui em um desenvolvimento familiar, um desejo das pessoas, ou um choque cultural dentro de uma sociedade?

Assim, para chegarmos no imaginário do que seja família, como uma organização formada por relações sociais várias, até utilizá-la como estratégia de sobrevivência para a humanidade, muitos foram os estudos, que continuam até hoje. Os estudos sobre família são complexos e têm possibilidade de serem engrandecidos com o enquadramento nos debates envolvendo interdisciplinaridade e transdisciplinaridade.

Logicamente que o tema família solicita reconhecimento de realidades vividas, simbolismos e debates entre várias culturas que ultrapassam as fronteiras ditadas por uma disciplina.

O antropólogo Lévi-Strauss (2003), demonstra em suas obras sobre família a constituição de várias famílias em diversas sociedades diferentes da que vivemos hoje, porém, o presente trabalho vai se focar no conceito de família tradicional definida pelo autor, sua constituição, direitos e deveres na relação de parentesco com os filhos e todas as obrigações, sejam econômicas, sentimentais, psíquicas e educacionais, que estão positivadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Desde o homem primitivo, observa-se nas sociedades humanas uma determinada forma de agrupamento familiar. Nota-se dentro de um sistema de parentesco algumas variações, podendo oscilar desde um lugar central e dominante até uma situação de reduzida importância, em que se dá maior destaque ao grupo de parentesco, até com relevância daquela unidade formal constituída por marido, mulher e filhos, que na verdade será o objeto do nosso estudo para o caso do abandono afetivo dos filhos e suas consequências jurídicas.

Se adentrarmos na doutrina sobre o tema, especificamente na etnografia, antropologia ou sociologia, com análise das relações familiares dos povos no transcorrer da história, notaremos de imediato que são tantos e tão variados os tipos e origem da estrutura familiar que jamais deixaríamos fixar em nossos pensamentos uma descrição tão simples, embora não seja o objeto do presente trabalho essas formações ao longo da história da humanidade.

Lévi-Strauss (2003) aboliu as fantasias sobre a família enquanto fato substancialmente natural, fundado sobre uma essência biológica.

Dentro desse contexto, deixou registrado alguns tipos de configurações familiares que existiram, bem diversas daquelas com as quais estamos acostumados a ouvir e defender no mundo ocidental atual.

Aborda Lévi-Strauss (1967) a existência de famílias, como as das tribos bantos, na África, em que vigorava a poliginia, nas quais o mesmo homem poderia possuir várias mulheres, vivendo cada uma delas com os seus filhos em casas separadas, tendo o marido a obrigação de sustentá-las com a prole.

Em outras sociedades, como a do Tibete e do Nepal, as famílias são constituídas com base na poliandria, em que são vários maridos possuindo a mesma esposa, ficando a cargo de um deles assumir a paternidade e o sustento das crianças geradas.

Na Índia Central, moças e rapazes desfrutam de ampla liberdade sexual até o momento em que se casam, mas são proibidos de escolher para cônjuge alguém com quem tenha tido relações sexuais anteriormente. Ora, como consequência disso é que cada homem acaba se

casando com a mulher que conhecia como amante do seu irmão, amigo ou vizinho.

Na antiga Rússia, assim como na parte sul-oriental da Ásia, o pai tinha privilégios sexuais com relação à jovem esposa de seu filho.

Esses exemplos dentro dos inúmeros existentes apenas reforçam a pluralidade e a incerteza da origem da família. Vejamos que até os dias de hoje vemos casos, como nos países árabes, em que há a possibilidade de um homem possuir várias mulheres com o encargo de sustentá-las em conjunto com a sua prole.

A monopolização da monogamia, segundo Lévi-Strauss (1967), se tornou predominante nas sociedades humanas não pela natureza humana, pois se assim fosse, em tese, seria muito mais prazeroso ter o homem várias mulheres e as mulheres vários homens, mas sim por ordem econômica, moral e religiosa, derivada do simples fato de que, geralmente, quando não são introduzidas no grupo social circunstâncias especiais que alterem a proporção, existe um número equivalente de mulheres e homens, e o fato de se permitir que um homem tenha várias mulheres ou o contrário poderia destiná-los a viver na solidão, sem alguém para compartilhar seu destino e a regulação da sua prole dentro dos conceitos morais estabelecidos socialmente.

Ainda, afirmou através de suas pesquisas que a família biológica é uma abstração indeterminada, sem relação mais profunda com a realidade histórica. Família seria muito mais uma invasão da cultura no campo da natureza do que algo biologicamente dado, porém vai se render as questões culturais para conceituar essa família tradicional existente no imaginário das pessoas.

Alheio aos estudos, no senso comum das culturas ocidentais, quando se fala em família, é notória a predominância absoluta da ideia de um casal e seus filhos, com direitos e obrigações recíprocos. Para os não estudiosos do assunto, é possível que passem a vida a ignorar outra forma de relação e outros vínculos fora desse elemento familiar.

Podemos dizer que o termo ou a própria família é uma entidade histórica, sempre esteve presente na evolução da humanidade e sempre revelou, por meio de sua estrutura, os valores e princípios que permeiam as relações sociais, políticas, culturais e religiosas de cada sociedade, em determinado período de tempo e espaço. O desenvolvimento da sociedade e o gradual reconhecimento de direitos e garantias dos indivíduos que a compõem são responsáveis pelo desenvolvimento da família, enquanto entidade, e das relações pessoais e patrimoniais de seus membros, conforme se demonstrará a partir da sua evolução, das

legislações correlatas e interpretações a partir da análise das relações familiares, dos conflitos e aplicação do direito de família.

Sabe-se que desde a sua origem, a família sofreu diversas mudanças, decorrentes do desenvolvimento natural da vida humana. Não há que se discutir, contudo, que a família sempre foi uma instituição sagrada e inviolável, que representa “uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social” (GONÇALVES, 2009, p. 01). Trata-se da célula mãe da sociedade, em que os valores de uma época são reproduzidos de modo a garantir adequada formação do indivíduo (ALVES, 2007).

Etimologicamente, o vocábulo família provém da expressão latina “familia, de famel (escravo, doméstico), referindo-se a uma sociedade matrimonial da qual o chefe é o marido, sendo mulher e filhos associados dela”, o que sugere, portanto, uma estrutura totalmente hierarquizada (SILVA *apud* SANTOS, 2008, p. 11).

A família patriarcal era assim denominada em razão do forte autoritarismo que o pai exercia sobre seus descendentes e sua esposa. O pátrio poder incluía direito de vida e de morte sobre os filhos, bem como autoridade para repudiar a mulher. Insta, ainda, que somente aos filhos nascidos dentro do matrimônio eram reconhecidos os direitos decorrentes do pátrio poder. Os demais, nascidos em relações extramatrimoniais, eram considerados ilegítimos (GONÇALVES, 2009).

3.2 Evolução histórica da família brasileira no ordenamento jurídico

Sob o prisma da Constituição Federal do Brasil de 1988, as famílias brasileiras devem fundar-se no afeto e no respeito entre seus membros, predominando o melhor interesse da criança e de seus membros. O alcance dessa compreensão jurídica, entretanto, demorou séculos para ocorrer e não foi tão fácil assim como se apresenta, em função da complexidade das relações humanas, suas diversidades e desenvolvimento social globalizado ainda mais com um mundo desenvolvido pelas redes sociais, como passaremos a discorrer a seguir.

Da mesma forma, evidenciando a correspondência dos objetos de pesquisa entre o direito e a antropologia, a modificação da noção de família no campo jurídico também pode ser percebida de maneira clara. Os limites para a verificação, na visão do direito, de se um arranjo social pode ser considerado como família ou não, ou seja, merecedor da “especial proteção do Estado”, são observados na Constituição da República de 1988.

No Brasil colonial as leis gerais vigentes eram as portuguesas compiladas nas Ordenações do Reino - Ordenações Afonsinas (1480), Ordenações Manuelinas (1520) e Ordenações Filipinas (1603)²¹. Estas últimas, por terem sido editadas em 1603, praticamente regeram todas as relações jurídicas de direito privado no País, desde o colonialismo até o início da vigência do Código Civil de 1916, ocorrência que supera a chamada independência política de Portugal, em 1822, a queda do Império e o advento da República. O Livro IV das Ordenações Filipinas regulava o direito civil, que estabelecia normas sobre obrigações, família e sucessões²².

Somente o casamento era capaz de formar a família, que era exclusivamente dirigida pelo homem, por ser considerado mais capacitado, apenas em razão de seu gênero sexual, para administrar os bens, os direitos e os deveres adquiridos por meio da sociedade conjugal, além de representar sua esposa, a qual era considerada incapaz, em juízo e nos atos da vida civil. Lafayette Rodrigues Pereira, ao comentar as regras contidas nas Ordenações Filipinas sobre o poder marital, explica que

não poderia a sociedade conjugal subsistir regularmente se o poder de dirigir a família e reger-lhe os bens não estivesse concentrado em um só dos cônjuges. (...) Desta necessidade resultou a formação do poder marital, cuja denominação provém de ter sido ele exclusivamente conferido ao marido, como o mais apto pelos predicados do seu sexo para exercê-lo²³.

Por esse poder marital, a mulher, considerada como a mais frágil da relação conjugal, deveria obedecer ao marido e suas atitudes deveriam ser necessariamente submetidas à vontade dele, não havendo possibilidade de contrair obrigações, celebrar contratos ou quaisquer atos jurídicos, sem o consentimento formal do marido. Era tanta a sujeição da mulher que o marido tinha, inclusive, o direito de matá-la caso praticasse adultério.

²¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C., 1928, p. 61-66. Apud Prado (2012)

²² Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, cit., p. 49

²³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Obra fac-similar do livro original anotado e adaptado ao Código Civil de 1916 por José Bonifácio de Andrada e Silva, editado em 1918. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 107; e LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*. Obra fac-similar da 4ª edição do livro original publicado em 1871- 1872. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial - Superior Tribunal de Justiça, 2004, v. 1, p. 115-116. Apud Prado (2012)

Partindo da análise das regras primordiais destinadas a regular a filiação na época do Brasil Colônia, identifica-se discriminação no tratamento dispensado aos filhos, desde a sua classificação em legítimos, legitimados e ilegítimos, até a privação de direitos fundamentais e inerentes a qualquer ser humano, como a liberdade e a igualdade.

Assim é que urgia a aprovação de um Código Civil específico para a sociedade brasileira, baseado na cultura e nos usos e costumes desenvolvidos ao longo do domínio português. Especialmente porque as Ordenações Filipinas, além de terem sido criadas para a sociedade portuguesa do século XVII, continham normas lacunosas, o que estimulou a vasta produção de leis esparsas, além de surgirem conflitos normativos. Nesse sentido, a Constituição do Império, outorgada em 1824, dispôs, em seu artigo 179, inciso XVIII, que “organizar-se-há quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”. Apesar do mandamento constitucional, os valores da sociedade brasileira escravocrata do período imperial colidiam com tais ideais, que deveriam informar a elaboração do Código Civil, cuja organização ficou, assim, prejudicada.

Na Idade Média, o Estado não se dissociava da igreja, de modo que as duas instituições representavam, para todos os fins, uma única entidade. Por isso, as relações familiares eram regidas pelo direito canônico, e, logicamente, o casamento religioso era o único validamente reconhecido, prescindindo ao cível (GONÇALVES, 2009).

Esse quadro começou a se alterar com o advento da revolução industrial, quando houve uma transformação profunda na economia do mundo aliada a proliferação de indústrias, demandando mão de obra feminina. Foi assim que o homem deixou de ser o núcleo da subsistência da família (DIAS, 2010).

Ainda assim, o Código Civil de 1916, continuou regulando a família com base no matrimônio, impedindo sua dissolução e fazendo referências punitivas aos filhos ilegítimos e aos relacionamentos extraconjugais (DIAS, 2010).

O grande marco de transformações ocorre na segunda metade do século XX, mormente com o advento da Constituição Federal de 1988, rompendo, definitivamente, com as influências luso-germânicas até então existentes no direito das famílias (GONÇALVES, 2009).

A nova Carta relata Pereira e Dias por Gonçalves (2009):

‘absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família,

a partir de três eixos básicos'. Assim, o artigo 226 afirma que 'a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição'. O segundo eixo transformador 'encontra-se no § 6º do art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido 'dentro ou fora do casamento'. A terceira grande revolução situa-se 'nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916' (PEREIRA e DIAS apud GONÇALVES, 2009, p. 17).

O Código Civil de 2002 também incorporou parte das alterações trazidas pela Constituição de 1988, "afastando-se da concepção individualista tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado" (DIAS, 2010, p. 36).

Nesse contexto, a família agora se encontra voltada para o desenvolvimento da pessoa humana, verdadeiramente como entidade de afeto e solidariedade. Mais do que isso, a família está vocacionada a realização de seus membros, proporcionando-lhes satisfação, felicidade e respeito (FARIAS, 2010).

Encontramos ressonância nestas ideias na lição de Alves (2008):

percebe-se que as relações familiares se tornam muito mais verdadeiras, porque são construídas (e não impostas) por quem integra o instituto (e não por um terceiro, um elemento estranho, como o legislador). O ser, finalmente supera o ter, fazendo com que o afeto se torne o elemento irradiador da convivência familiar (ALVES, 2007, p. 139).

Acrescenta-se as palavras de Santos (2008), que estão em consonância com Alves (2008), citado acima:

Fundada nesta nova ordem social, a família ganhou novos contornos, nova roupagem, uma vez que seus pilares têm como base não só o afeto como também a liberdade, o amor, a ajuda mútua e principalmente o reconhecimento do indivíduo enquanto pessoa humana detentora de direitos (SANTOS, 2008, p. 12).

Assenta-se sob essa nova ótica, o entendimento de que, independentemente da origem, meio social ou nível econômico, o principal enfoque da família atual é proporcionar bem-estar, equilíbrio, carinho, afeto e promoção da dignidade dos seus entes, os quais mantêm-se unidos unicamente com o objetivo de serem felizes e realizados.

Boa parte da doutrina civilista brasileira faz referência ao Direito Romano como origem de diversos institutos antes formalmente vigentes no Brasil, como o pátrio poder e o modelo

patriarcal de família. A esse respeito, Coulanges (1961)²⁴ tece críticas, demonstrando que as regras que governaram esses povos não poderiam e nem deveriam dirigir a humanidade, relatando em sua obra as diferenças radicais e essenciais que distinguem os gregos e romanos das sociedades modernas.

A mudança de paradigma no Direito das Famílias brasileiro ocorreu de forma gradual e lenta, sendo destacado que ainda predominavam no Código Civil de 1916 conceitos que remontam à sociedade romana.

Não se pode ignorar a semelhança que existia entre algumas normas que regiam a família em Roma e as que regulavam esse núcleo no Brasil, ressaltando-se que as características marcantes da estrutura familiar romana permaneceram presentes no Direito de vários países.²⁵ Não é possível identificar se as regras foram adotadas em razão do estudo das sociedades gregas e romanas²⁶, que era imposto no sistema educacional europeu desde a infância, trazidas pelos portugueses na colonização do Brasil e formalizadas, ou se foram construídas culturalmente e depois comparadas com as das antigas sociedades na busca de aproximar a sociedade romana ao modo de organização dos modernos.

O fato é que, em Roma, o *pater familias* representava o chefe da família e também o seu juiz, sendo senhor absoluto das decisões no seio familiar, seja com relação aos filhos, à mulher ou aos escravos²⁷. Apenas o *pater* poderia demandar na justiça pública, sendo vedado o ajuizamento de ação pelos demais membros da família.

No Brasil, foi estabelecido o pátrio poder, pelo qual o pai e marido exercia a chefia da sociedade conjugal, competindo-lhe a representação legal da família e o direito de autorizar a profissão da mulher, entre outros, como se via na redação original do artigo 233 da Lei nº 3.071/1916 (antigo Código Civil).

Da mesma forma, as opiniões do pai prevaleciam sobre as da esposa, como era previsto expressamente no parágrafo único do artigo 380 do Código Civil de 1916, que determinava

²⁴ COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução Frederico Ozanam Pessoa de Barros, 2006. Fonte digital: Digitalização do livro em papel: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, São Paulo, 1961, págs. 9-11, disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>>

²⁵ BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. 1ª edição. São Paulo: Método, 2006, págs. 26.

²⁶ COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução Frederico Ozanam Pessoa de Barros, 2006. Fonte digital: Digitalização do livro em papel: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, São Paulo, 1961, pág. 9, disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>>. Acesso em 14/01/2019

²⁷ *Ibid.*, pp.. 138 e 139.

que a posição do pai prevaleceria em caso de divergência no exercício do pátrio poder. Também se percebe a adoção dessa ideia no artigo 186 do Código Civil de 1916²⁸, que tratava do consentimento para casamento dos filhos menores de vinte e um anos de idade, e no artigo 380, *caput*, do Código Civil de 1916, que estabelecia que durante o casamento, exercia o pátrio poder o marido, como chefe da família e apenas o exercia a mulher em sua ausência ou impedimento.

Da tradição romana, o Brasil herdou (não se sabendo precisar exatamente como se deu esse fenômeno) a família patriarcal, na qual o pai possuía a autoridade máxima sobre a mulher, os filhos e quaisquer outros membros que ocupassem sua residência.

Em Roma, o conceito de família estava nitidamente relacionado à hierarquia e ao domínio. Ressalte-se que, dentro das estruturas do lar, as decisões do *pater* não poderiam ser questionadas, nem mesmo pelo Estado, com raras exceções. A expressão pátrio poder, adotada pelo Código Civil de 1916, remonta à *pater potestas* do direito romano, prerrogativa absoluta e ilimitada conferida ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos na sociedade antiga.

Os poderes do *pater familias* romanos sobre seus filhos abrangiam a liberdade de puni-los, inclusive com a morte, de entregá-los a um terceiro para eximir-se da responsabilidade de indenizar a vítima, de vendê-los e de expor ou manter os recém-nascidos.²⁹

Nesse ponto, cabe ressaltar que Coulanges (1961)³⁰ alertava que não deveria haver inspiração nas sociedades gregas ou romanas para elaboração das normas das sociedades ocidentais modernas, incluindo críticas à adoção do modelo de família romano, que era profundamente alicerçado nas regras do culto doméstico aos ascendentes, espécie de religião que não guarda semelhança com as crenças modernas e nem existia no momento em que esses institutos foram adotados no direito europeu.

No Direito Brasileiro, durante o século XVII, contrariando esse entendimento, era utilizada diretamente a *Lex Romana Wisigothorum* em julgamentos, considerado o direito comum dos povos germânicos, pois essa era uma das fontes normativa na Casa de Suplicação,

²⁸ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em 25 de abril de 2019

²⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 16ª - edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 622.

³⁰ COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução Frederico Ozanam Pessoa de Barros, 2006. Fonte digital: Digitalização do livro em papel: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, São Paulo, 1961, págs. 129-141, disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>> Acesso em 14/01/2019

mantida em Portugal, definida como última instância do judiciário para todas as colônias portuguesas³¹. O histórico desses tribunais demonstra a influência do Direito Romano na origem do Direito Português e também do Direito Brasileiro, que foi sua colônia.

Antes da Independência, vigiam no Brasil as leis portuguesas em todos os campos do Direito. Dessa forma, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e, por período mais longo, as Filipinas, eram as normas que regulavam a vida jurídica em nosso território³².

De acordo com as Ordenações Filipinas, ordenamentos jurídicos portugueses dos séculos XVI e XVII, o chefe de família tinha o direito de castigar fisicamente a sua mulher, os seus filhos, os seus criados e seus escravos. Todos sujeitavam-se à autoridade do senhor. Eram, também, objetos implícitos de sua proteção. O pátrio poder alcançava, portanto, todos os que moravam ou trabalhavam na mesma casa. Ao mesmo tempo, o casamento era considerado um sacramento, cuja administração e autoridade jurisdicional pertenciam à Igreja e eram regidas pelo Direito Canônico³³.

O conceito de pátrio poder do Direito Brasileiro do Código Civil de 1916, hoje substituído pela expressão "poder familiar", relacionava-se ao poder marital³⁴, análogo ao que era adotado na família tradicional romana e que foi incorporado posteriormente nas Ordenações Filipinas. A concepção em comento atribuía o exercício desse *munus* de forma sucessiva, de modo que a mulher só era chamada a exercê-lo na falta ou impedimento do varão e, em caso de divergência, prevalecia a opinião do marido, exceto na ocorrência de manifesto abuso de direito³⁵.

A incorporação cultural desse modelo de família, a partir de raízes romanísticas, favorecia a ideia de que o Direito não poderia ingressar nas relações familiares³⁶; não regeria,

³¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm>. Acesso em 25 de abril de 2018.

³² DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Privado**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 22.

³³ NEDER, Gizlene; FILHO, Gisálio Cerqueira. **Os Filhos da Lei**. Revista Brasileira de Ciências Sociais - Volume 16, nº 45, pág. 122, disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n45/4333.pdf>>. Acesso em 25 de abril de 2018.

³⁴ RODRIGUES, Silvio. In: **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais** - Coordenador: Munir Cury, Malheiros Editora Ltda, São Paulo, 2005, pág. 105.

³⁵ RODRIGUES, Silvio. In: **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais** - Coordenador: Munir Cury, Malheiros Editora Ltda, São Paulo, 2005, pág. 105.

³⁶ BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. 1ª edição. São Paulo: Método, 2006, pág. 17.

portanto, as relações mais íntimas e sujeitas a abusos e danos aos direitos da personalidade, sobretudo no que tange aos filhos que são, por bastante tempo, dependentes dos pais financeiramente e afetivamente, portanto, hipossuficientes.

A suposta impermeabilidade das relações de família às normas da responsabilidade civil já não encontra mais sentido diante da tutela dos direitos da personalidade de cada um dos membros desse núcleo social, sendo inadmissível que os responsáveis por eventual violação permaneçam imunes à respectiva sanção³⁷. A Constituição Federal de 1988 assegura, em seu artigo 226, §8º, a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram.

Consoante aduz Holanda (1995)³⁸, no Brasil, onde imperou, desde tempos remotos, o tipo primitivo da família patriarcal, o desenvolvimento da urbanização – que não resulta unicamente do crescimento das cidades, mas também do crescimento dos meios de comunicação, atraindo vastas áreas rurais para a esfera de influência das cidades – ia acarretar um desequilíbrio social, cujos efeitos permanecem vivos ainda hoje. Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público.

No plano da construção sociológica e antropológica da cultura brasileira permeada de valores duais, Freyre (2011)³⁹, analisa que o familismo no Brasil compreendeu não só o patriarcado dominante - e formalmente ortodoxo do ponto de vista católico-romano -, como outras formas de família: parapatriarcais, semipatriarcais e mesmo antipatriarcais. É claro que o observador que se colocar do ponto de vista de moral estritamente católico-romana terá que desprezar as formas antipatriarcais que floresceram então no Brasil como organizações de família. Mas o mesmo não poderá ser feito pelo estudioso, cujo ponto de vista for antes o sociológico que o ético ou jurídico condicionado por esta ou aquela filosofia moral ou do direito. E do ponto de vista sociológico, temos que reconhecer o fato de que desde os dias coloniais vêm se mantendo no Brasil, e condicionando sua formação, formas de organização de famílias extrapatriarcais, extracatólicas que o sociólogo não tem, entretanto, o direito de confundir com prostituição ou promiscuidade. Várias delas parecem ter aqui se desenvolvido como resultado de influência africana, isto é, como reflexos, em nossa sociedade compósita,

³⁷BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. 1ª edição. São Paulo: Método, 2006, págs. 18 e 19.

³⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª- edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1.995, pág. 145.

³⁹ FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 51ª- edição. 6ª- Reimpressão. São Paulo: Global, 2011, pág. 130.

de sistemas morais e religiosos diversos do lusitano-católico, mas de modo nenhum imoral para grande número de seus praticantes.

Apesar de consideradas como famílias sob o ponto de vista sociológico, como alertou Gilberto Freyre, os arranjos sociais distintos da família tradicional patriarcal não eram reconhecidos no plano formal e jurídico.

Após séculos de um lento desenvolvimento social, com a ascensão da dignidade feminina e a valorização da criança e do adolescente, a família começou a ser fundada precipuamente no afeto e no carinho, sem imposições para o casamento, com igualdade formal dos deveres dos cônjuges, ou seja, sem a submissão da mulher ao marido, e com predomínio do livre planejamento familiar. O poder familiar, nesse contexto, converteu-se mais em dever do que em poder, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém.⁴⁰

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §7º, assegura, com lastro nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar como uma decisão livre do casal. Por fim, a atual Carta Magna, em seu artigo 226, § 8º, pretende garantir a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações⁴¹.

A Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 demonstram os novos paradigmas adotados no Direito das Famílias, como assevera Diniz (2002)⁴²:

O direito de família em nosso país, especialmente a partir da edição do denominado Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962), da Constituição Federal de 1988 e, recentemente, com a vigência do novo Código Civil (Lei 10.406/2002) passou a adotar como princípios: a) a afeição como *ratio* do matrimônio e da união estável, constituindo a sua extinção, em causa eficiente para a dissolução desses vínculos; b) a igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, com o desaparecimento do poder patriarcal e marital, substituído pelo exercício da autoridade conjunta; c) a igualdade jurídica de todos os filhos, abandonando-se a antiga distinção entre filiação legítima e ilegítima; d) o pluralismo familiar, reconhecendo-se a possibilidade de formação da família a partir da união estável entre homem e mulher fora do casamento e também da chamada família monoparental; e) a substituição do poder marital e patriarcal pelo poder familiar; f) a liberdade como fundamento para a constituição da família, seja pelo casamento ou pela união estável, também presente nas decisões relacionadas ao planejamento familiar, à administração do patrimônio e à formação intelectual e religiosa dos filhos; g) o respeito à dignidade da pessoa

⁴⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª - edição. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 297.

⁴¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 6ª edição, Editora Juspodvm: Bahia, 2014, pág. 604.

⁴² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 17ª edição. São Paulo:Saraiva, 2002, págs. 17-24.

humana como base da família, em especial no pleno desenvolvimento da criança e do adolescente.

A constitucionalização do Direito Civil, assim como o surgimento de novos e inesperados arranjos familiares, que acompanharam a evolução jurídica brasileira, trouxeram um novo olhar para o Direito das Famílias, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana e em uma nova definição de entidade familiar, menos restritiva, que dá maior destaque ao vínculo afetivo entre seus membros.

Nessa nova perspectiva, a visão jurídica da relação entre pais e filhos sofreu significativas mudanças, como exemplificam a aprovação da polêmica Lei da Palmada (alteração na Lei nº 8069⁴³ - Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei 9394⁴⁴ – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, ambas com o objetivo de impedir os castigos físicos em crianças e adolescentes) e a equiparação legal entre filhos (havidos ou não durante o casamento, adotivos, advindos de inseminação artificial ou biológicos – art. 227 § 6º da CF/88).

As alterações supracitadas atendem ao princípio do melhor interesse do incapaz, fundamento que se encontra expresso na Constituição de 1988, no art. 227, que assevera ser dever da família, da sociedade e do Estado prover o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, com absoluta prioridade.

Com a constitucionalização do Direito das Famílias, este passou a tutelar a integridade de cada um de seus membros e a oferecer um tratamento especial às pessoas que estão passando por situações específicas dentro do seio familiar, como as crianças, os adolescentes e os idosos.

3.3 Do conceito de família

Primeiramente, cumpre ressaltar que família é palavra que não oferece um conceito fechado – nem para a antropologia, nem para o direito –, mas que pode ser estudada como uma noção processual, dinâmica, visto que é uma instituição cultural e, por isso, modifica-se geográfica e historicamente, porém em termos gerais podemos ver logo em nossa mente

⁴³ Acrescentam-se os artigos 18-A, 18-B e 70-A e altera o artigo 13 do ECA. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113010.htm >. Acesso em 10/01/2019

⁴⁴ Altera-se o artigo 26, § 9º, da Lei 9394, inc. VII. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113010.htm > . Acesso em 10/01/2019

ideia de união, reunião, junção de pessoas, ligados ou não por trações de afinidades ou sanguíneos.

Nesse sentido, Durham (1983) destaca que o estudo dessa instituição requer cuidado especial com a tendência do senso comum de “naturalizar” o conceito de família, noção essa que é eminentemente cultural: No caso da família, entretanto, a tendência à “naturalização” é extremamente reforçada pelo fato de se tratar de uma instituição que diz respeito, privilegiadamente, à regulamentação social de atividades de base nitidamente biológica: o sexo e a reprodução. (...)

O problema inicial do estudo de família é dissolver essa aparência de naturalidade para percebê-la como criação humana mutável. (DURHAM, 1983, p. 15) Reconhecida a tendência de naturalização da noção de família, pode-se admitir que, até muito recentemente, em nossa sociedade, família foi identificada como o modelo conjugal ou nuclear: “a família é a unidade constituída pelo marido, a mulher e seus filhos, que forma um grupo doméstico” (DURHAM, 1983, p. 32).

Contudo, atualmente, as pesquisas na área da demografia e da antropologia demonstram que, em nossa sociedade, na composição das unidades domésticas, a descrição de modelos familiares distintos do nuclear é numerosa em qualidade e quantidade. Dentre eles, tipicamente, as famílias constituídas por casais sem filhos, as famílias monoparentais e os domicílios ocupados por uma única pessoa.

De acordo com os dados do IBGE, entre 1992 e 2009, nas pesquisas nos domicílios brasileiros, houve uma queda considerável na porcentagem de unidades ocupadas por famílias nucleares, como se observa no gráfico 1 a seguir, passando de quase 60% no ano de 1992 para 47% em 2009:

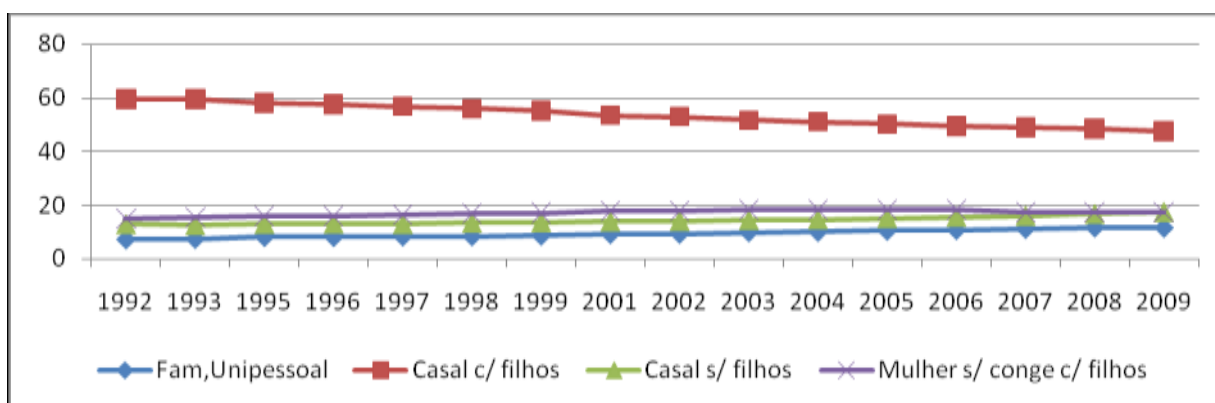


Figura 12 - Gráfico 1 - Tipo de Famílias no Brasil (percentual)

Fonte dos dados: Pesquisas domiciliares do IBGE, principalmente, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) e Censo Demográfico.

Para Lévi Strauss (2003), a família é um grupo social que tem origem no casamento, é uma união legal com direitos e obrigações econômicas, religiosas, sexuais e de outro tipo. Mas também está associada a sentimentos como o amor, o afeto, o respeito ou o temor. Corroborando essa teoria, percebe-se que há na lei brasileira, como será melhor explicitado em seguida, a definição precisa de deveres entre os entes integrantes da família.

Afirma Lévi-Strauss (2009) que a família é necessária para a reprodução social de um grupo humano, pois garante a sobrevivência e a continuidade biológica e social do próprio grupo.

A família em questão pode ser considerada como uma unidade que envolve as economias individuais e que pratica uma economia moral ou cultural coletiva com base nas relações de parentesco.

Lévi-Strauss (2003) afirma que a família nasce a partir do momento em que haja casamento, passando, portanto, a haver cônjuges e filhos nascidos da união destes. Os seus membros, que se mantêm unidos por laços legais, econômicos e religiosos, respeitam uma rede de proibições e privilégios sexuais e encontram-se vinculados por sentimentos psicológicos como o amor, o afeto, respeito e carinho, não sendo permitidas relações sexuais entre alguns membros da família como por exemplo: mãe e filho e irmãos.

Mesmo não sendo objeto de discussão, não poderíamos deixar de citar a posição de Lévi-Strauss (2003) quanto à proibição do incesto nos contextos familiares apenas em um benefício social, concordando com a proibição e com o pensamento do mencionado antropólogo, que pode ser resumido na seguinte citação:

a proibição do incesto não é nem puramente de origem natural, e também não é uma dosagem de elementos variados tomados de empréstimo parcialmente à natureza e parcialmente à cultura. Constitui o passo fundamental graças ao qual, pelo qual, mas, sobretudo no qual se realiza a passagem da natureza à cultura. (p.62).

Os seres humanos apresentam diferenças na maneira como se organizam ou estruturam seus grupos familiares no tempo e no espaço, como ficou demonstrado nesses pequenos exemplos, porém os doutrinadores delimitam como sendo: elementar, extensa, composta, conjugada-fraterna e fantasma.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, vamos abordar a forma familiar elementar, também denominada de nuclear, natal-conjugal, simples, imediata, primária,

consistindo na verdade numa unidade formada por um homem, sua esposa e seus filhos, que vivem juntos em uma união reconhecida pelos outros membros de sua sociedade como direitos e deveres legais.

Esse formato constitui a base da estrutura social, do qual se originam as relações primárias de parentesco, encontrando-se em quase toda a parte como tipo dominante. Com a sua visão monogâmica, outras formas podem parecer estranhas ou imorais, mas o fato é que se consolidam amplamente na história familiar.

Para desenvolvimento do nosso trabalho, não poderíamos, dentro do conceito de família, considerando os diversos estudos, deixar de tratar sobre as obrigatoriedades dentro do corpo familiar para então, ao se fugir dessas responsabilidades, ensejar a parte prejudicada, no caso os filhos, o direito à indenização.

Delimitamos as seguintes obrigações:

1) Sexual: de gerar filhos através das necessidades sexuais permitidas por meio da instituição da união ou casamento, que estabelece um pai legal para os filhos, garantindo a preservação da espécie. Vale salientar que essa função não é mais tida como essencial à concepção da família, em função das diversas formas de concepção, tais como: adoção e inseminação artificial, com grande importância jurídica no caráter sócio-afetivo.

2) Econômica: de garantir a seus membros a sobrevivência e uma vida material digna, assegurando a proteção de todos, principalmente dos filhos, tendo como característica a questão dos direitos hereditários sobre os serviços, bens, ativos e propriedades um do outro.

3) Educacional: de prestar ensinamentos às crianças, transmitindo-lhes os hábitos e costumes e os devidos ensinamentos para vida em sociedade, sendo os pais os primeiros exemplos para os filhos, devendo haver a transferência de status de geração em geração. Na educação dos filhos, faz-se necessária a combinação do pai e da mãe.

4) Cultural: aspecto que deve ser repassado com seus valores e normas para os filhos, para que eles se tornem capazes de sobreviver junto a outros de sua espécie, garantindo também a continuidade das tradições de geração em geração. Na medida em se transmite a herança cultural e social, tais como: linguagem, usos, costumes, valores, crenças, se prepara o filho para viver em sociedade.

5) Social e emocional: quando se proporciona a conquista de diferentes status, como étnico, o nacional, o religioso, o residencial, o de classe, o político, além de proporcionar um

clima de amor, segurança emocional, paz, compreensão e carinho. Também o de fornecer cuidados essenciais para o crescimento físico, psíquico e social.

3.3.1 Do casamento e outros tipos de união

O casamento formal é o mais comum dentro da nossa sociedade, porém a própria humanidade vem admitindo outros tipos de união, como de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes com a união estável.

Na união, não existe a questão formal e legal, porém não deixa de ser a junção de indivíduos do mesmo sexo ou não sob o impulso sexual objetivando formar uma família.

Assim podemos considerar que o casamento formal torna perante a lei o casal membro de uma família elementar diferente daquela em que o indivíduo nasceu. Cria novas relações sociais e direitos entre os cônjuges e obrigações, principalmente com relação aos filhos.

Mesmo com as obrigações legais estabelecidas, os costumes relacionados ao casamento são complexos, em face das variações existentes e dos fatores psicológicos envolvidos, pois afinal de contas estamos lidando com pessoas e não com animais irracionais.

De uma forma geral, para ilustramos o presente trabalho, vamos relacionar alguns modelos de casamento e união, em que se estabelecem certas regras, com permissões, proibições e restrições, a saber:

- **MONOGAMIA** – consiste no casamento de um homem ou mulher com apenas um cônjuge, cujo modelo consiste no mais tradicional na nossa sociedade;
- **POLIGAMIA** – consiste no casamento do homem ou da mulher com dois ou mais homens, podendo ser dividida em: poliandria onde uma mulher pode casar ou se unir com dois ou mais homens e a poliginia onde é permitido que um homem possua várias mulheres.
- **ENDOGAMIA** – regra de casamento ou união que obriga a pessoa a escolher seu cônjuge dentro do mesmo grupo. Ex. judeus ortodoxos e índios pueblos da América do Norte.
- **EXOAMIA** – regra de casamento ou união que exige que a pessoa escolha pessoas fora do seu grupo social.

3.3.2 Da família e parentesco

Desde já, convém afirmarmos que o campo da Antropologia que estuda o parentesco é a etnologia. Dessa forma, o estudo das relações de parentesco em Antropologia recebe lugar de destaque, pois, segundo Mello (2007), o parentesco exerce grande importância nas sociedades de pequena escala. Entretanto, há embates e discussões à cerca dessa problemática, já que as opiniões dos teóricos que pesquisam esta área são divergentes. Ou seja, alguns teóricos afirmam que as relações de parentesco só ganham destaque em sociedades de pequena escala, não em sociedades de grande escala.

Portanto, entendemos que as relações de parentescos devem estar em relevo em todo tipo de sociedade, pois somente estudando e analisando essas sociedades poderemos compreendê-las, não importando se são de pequena ou grande escala.

Mello (2007) afirma que os etnólogos despertaram pelo estudo de parentesco através dos primitivos por serem diferentes das relações sociais europeias e euro-americanas. Outro fator que chamou a atenção dos etnólogos pelo estudo de parentesco se constituiu pelo fato das relações sociais estabelecidas entre nós serem apenas relacionadas a economia, política ou a religião, mas conjugadas com as relações de parentesco.

Os laços de parentesco estão divididos em três tipos, isto é, laços de sangue, que é a descendência; laços de afinidade, que se refere ao casamento ou matrimônio e os laços fictícios, que se referem à adoção.

A antropologia tem como um de seus objetos de estudo as sociedades organizadas de maneira diferente da nossa. A partir dessas observações, é possível estabelecer conceitos de família e parentesco distintos entre os estudiosos do tema.

Cabe esclarecer que o parentesco se refere aos fatos básicos e naturais da vida: nascimento, acasalamento e morte, comuns a todos os animais. Enquanto a família é um grupo social concreto, relacionado à cultura de uma sociedade.

O ser humano é o único animal que escolhe a forma como irá acasalar e morrer, atribuindo um sentido às suas escolhas, dentro dos limites sociais e culturais de determinada época e local em que vive.

De acordo com Robin Fox (1986), os estudos antropológicos analisam como o ser humano age nesses fatos básicos da vida, as consequências e explicações das escolhas adotadas e como ocorre a preferência de uma em detrimento de outra.

Lévi-Strauss (1979) contribui para a desnaturalização da família na Antropologia, definindo um novo átomo de parentesco e unidade elementar, que incluiria dois grupos sociais distintos, diferindo da definição clássica de mãe, pai e filho.

Para Lévi-Strauss (1979), que afirma ter sido bastante influenciado pela Psicanálise, o parentesco, assim como o inconsciente para Freud, é uma estrutura formal, universal e própria do ser humano.

O estudo do parentesco abrange a decomposição dos elementos que o constituem para avaliar como se articulam tais elementos em cada sociedade e por qual motivo se arranjam dessa maneira, de acordo com a organização social.

Os sistemas de parentesco resultam de três relações básicas: a relação de descendência, como a que existe entre mãe e filho; a relação de consanguinidade, existente entre irmãos; e a relação de afinidade, que se forma por meio do casamento, pela aliança com a família do cônjuge. Essas são as três relações básicas, das quais todas as sociedades se formam, em variadas combinações.

Uma primeira possibilidade de variação do parentesco é a dos vínculos de filiação e descendência. Na sociedade ocidental, há a descendência bilateral, ou seja, do pai e da mãe, mas há sociedades em que a descendência é matrilinear, sendo o pai apenas o marido da mãe, não considerado parente do filho, considera-se que a prole descende apenas da mãe. Dessa forma, percebe-se que a descendência não necessariamente coincide com o vínculo de parentesco biológico, mas com a definição social das regras de transmissão de direitos de uma geração para outra.

Ilustrando o que foi dito acima, menciona-se o estudo feito por Malinowski (1976) nas ilhas trobriandesas na Oceania, onde a descendência é matrilinear. Nessa sociedade, o pai biológico difere do pai social, sendo o pai biológico apenas o marido da mãe. A diferença suscitou polêmica com a Psicanálise, em torno da universalidade do complexo de Édipo, mas Ernest Jones, psicanalista, defende que há a estrutura do complexo, mas quem exerce a função do pai é o tio materno e não o pai biológico.

Para determinadas vertentes da Antropologia, a paternidade é uma figura social, construída culturalmente por meio do casamento, que estaria dissociado da satisfação das necessidades sexuais. O casamento teria como função a legitimação da prole, para legitimar a relação com os filhos e não a relação entre homem e mulher.

A partir das formulações de Lévi-Strauss (1967), ficou evidenciado o caráter não natural da família e foi definido um átomo de parentesco diferente do que era tradicionalmente considerado.

Átomo de parentesco é conceituado como a unidade mais elementar do parentesco. Para Radcliffe-Brown (1982), a unidade elementar seria o homem, a mulher, em relação de casamento, e o filho, de ambos descendentes, coincidindo com a unidade biológica.

Já Lévi-Strauss afirma que o átomo de parentesco, na verdade, envolveria o homem, a mulher, o filho e o irmão da mulher, que possui com ela uma relação de consanguinidade. Essa definição muda o eixo da unidade básica de parentesco, uma vez que o antropólogo introduz a aliança entre dois grupos distintos como elemento fundamental do parentesco.

Dessa forma, a família é separada de sua unidade biológica e aproximada de um fato cultural e da existência de dois grupos distintos dentro da sociedade que necessitam casar fora de seus próprios grupos. O casamento não surgiria de forma natural, como decorrência da reprodução, mas envolveria acordo entre grupos sociais diferentes.

A partir desse entendimento, o tabu do incesto é reinterpretado, não sendo considerado resultado de uma aversão natural às pessoas pertencentes ao próprio grupo, mas de um princípio de organização social, como forma de estabelecer ajuste entre grupos sociais distintos. A proibição do incesto é que geraria a necessidade do casamento, da comunicação com outro grupo.

De acordo com Taylor (1975), antropólogo evolucionista que estudou o parentesco, os povos saíam do isolamento da consanguinidade para a expansão por meio do casamento como maneira de evitar confronto entre tribos.

O casamento, para Lévi-Strauss, conforme já dito, envolve não apenas dois, mas três sujeitos, uma mulher e dois homens e representa a comunicação entre tribos que poderiam estar em conflito de outra forma. Sendo assim, o tabu do incesto cria a norma sobre as relações sexuais, enquanto o casamento legitima os filhos e estabelece aliança entre dois grupos, restando claro o caráter social dessas duas instituições.

Conforme Barrio (1997)⁴⁵, renomado professor, antropólogo, filósofo e psicólogo que comparou os trabalhos de Freud e Lévi-Strauss, é possível concluir que existe uma concordância notável entre os seus pensamentos:

Existe una concordancia notable entre las labores de Freud y Lévi-Strauss. El primero, ciñéndose al área de las relaciones parentales (o del parentesco consanguíneo más cercano), remarcó la importancia de la prohibición del incesto y la especial organización que se derivaba de tal constricción, aunque, naturalmente, sólo pudo referirse a su propia cultura y de ello derivan las limitaciones de su explicación edípica. Lévi-Strauss, por su parte, poniendo más atención en el parentesco afín (o logrado por matrimonio), descubre en el fenómeno del intercambio de mujeres el efecto positivo de prohibición del incesto; resalta la importancia de un segundo individuo masculino donador, y amplía con él a cuatro miembros el grupo edípico, dando lugar al concepto de átomo de parentesco, aplicable a muy diversas culturas.

A construção cultural da família é dificilmente visualizada em razão do modelo nuclear (mãe, pai e filhos) ser muito difundido na sociedade ocidental. A comparação com outros modos de parentesco permite enxergar a não-naturalidade do núcleo conjugal. Há sociedades em que a relação conjugal não é tão forte quanto a relação entre irmãos e a paternidade não é um vínculo tão forte quanto o da relação do sobrinho com o tio (irmão da mãe).

A variabilidade que as relações de parentesco possuem em distintas sociedades contribui para corroborar a teoria de Lévi-Strauss. Pensar a família como um núcleo culturalmente construído permite aceitar as transformações ocorridas no seio familiar em vez de, sob um discurso de naturalização, defender a todo custo o modelo tradicional e imutável, com papéis sociais definidos para cada um de seus componentes.

Eunice Durham (1983) comenta reivindicações na família atual, como a crítica da relação homem e mulher, com o desejo de individualização, precipuamente no que concerne ao trabalho feminino, realização profissional e sexual. Por outro lado, em relação aos filhos, haveria uma demanda de reciprocidade e complementaridade.

Decompor a família nos seus diversos elementos proporciona melhor análise das mudanças que atingiram essa instituição tão importante para todas as sociedades.

No que concerne às relações de parentesco, a advertência de Durham (1983), acima referida, sobre os riscos da naturalização da noção de família deve ser rigorosamente

⁴⁵ BARRIO, Angel-B Espina. *Freud e Lévi Strauss. Influencias, aportaciones e insuficiências de las antropologías dinámica y estructural*. 2ª edição, Salamanca: Universidad Pontificia Salamanca, 1997, p. 161.

observada. É nesse sentido que Romanelli (2003, pp. 80 a 81, grifo nosso) salienta o caráter não natural da instituição doméstica:

Em sociedades no comerciais, lãs relaciones de parentesco determinam muchas áreas de La vida social – desde El tipo de acceso de um indivíduo a los recursos de producción, a La clase de alianzas políticas formadas entre comunidades y grupos territoriales más extensos. De hecho, em algunas sociedades, lãs relaciones de parentesco tienen una gran importância em matéria de vida y muerte. (EMBER, 1997, p. 253).

3.4 Do Código Civil de 1916

Em 1855, iniciaram-se os trabalhos de edição do Código Civil. Nesse ano, Teixeira de Freitas foi contratado pelo governo imperial para realizar trabalho preliminar à codificação, visando à consolidação das leis civis vigentes à época, convertendo-as em dispositivos claros e concisos, com as respectivas anotações acerca das leis ou costumes correspondentes⁴⁶. Essa sistematização do direito civil foi determinante à vigência das Ordenações Filipinas⁴⁷, pois, conforme explica Orlando Gomes,

foi resguardada, no possível, a continuidade da tradição jurídica do país, apesar de todas as conquistas do espírito inovador, e da influência, então inevitável, dos códigos e dos autores estrangeiros. Admirável síntese da obra do passado, a Consolidação das Leis Civis condensa os resultados da experiência jurídica lentamente acumulada sobre a carcassa das ordenações valetudinárias. Não fôra essa exímia condensação e, por certo, as Ordenações do Reino não teriam vivido até 1917.

A obra, concluída em 1857 e intitulada “Consolidação das Leis Civis”, revelou excelente trabalho de sistematização e fidelidade aos textos normativos originais, bem como o espírito inovador do autor, que, baseando-se no sistema alemão, pela primeira vez dividiu a legislação civil vigente no Brasil em parte geral e parte especial. Composta de 1.333 artigos, que foram “enriquecidos de preciosas anotações e de uma introdução verdadeiramente monumental”, consolidou “toda a legislação civil vigente – excluída apenas a referente à escravidão, que propositadamente omitiu. A “Consolidação”, aprovada pelo governo imperial

⁴⁶ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*, cit., p. 18.

⁴⁷ Nessa época, as Ordenações Filipinas disciplinavam apenas o direito civil. Isso porque o direito público estava regulado pela Constituição de 1824 e pelo Ato Adicional de 1834; o direito penal pelo Código Criminal de 1830 e pelo Código do Processo Criminal de 1832, que continha normas provisórias sobre processo civil e que foi reformado pela Lei nº 261, de 1841; e o direito comercial pelo Código Comercial de 1850. Cf. GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*, cit., p. 14.

em 24 de dezembro de 1858, “excedeu a toda expectativa, constituindo marco decisivo na evolução do direito civil brasileiro”⁴⁸.

Por essa razão, em 1859, Teixeira de Freitas foi contratado pelo governo imperial para elaborar o Projeto do Código Civil. Antes de elaborar o projeto propriamente dito, Teixeira de Freitas entendeu que melhor seria iniciar seu trabalho criando um esboço, que serviria de base àquele. Contudo, quando já possuía 4.908 artigos, modificou seu posicionamento quanto ao objeto da codificação e propôs ao governo a reunião das regras de direito civil e de direito comercial, ou seja, a unificação do direito privado.

Embora o Código Civil de 1916 tenha iniciado sua vigência no começo do século XX, quando o Estado Liberal deu lugar ao maior intervencionismo que caracterizou o Estado Social, seu respectivo projeto foi concluído no ano de 1900. Tratava-se de um Código elaborado para a sociedade do século XIX, em um período ainda marcado pelo não intervencionismo estatal na esfera econômico-social, razão pela qual não previa normas que efetivamente tutelassem cada integrante da família, mas tão somente a instituição familiar⁴⁹, com função predominantemente econômica e procriacional. Elaborado em um momento histórico no qual a sociedade brasileira pouco havia se desenvolvido, refletia, por conseguinte, o subdesenvolvimento das relações familiares, de modo que a estrutura da família ainda era eminentemente patriarcal, fundada, essencialmente, na desigualdade entre homem e mulher, no pátrio poder atribuído ao pai e no tratamento discriminatório conferido aos filhos havidos fora do casamento.

Vê-se, pois, que o ordenamento jurídico apenas reconhecia e tutelava a família legítima, formada a partir do casamento, garantindo aos seus membros a titularidade de direitos e obrigações. Por conseguinte, apenas os filhos concebidos na constância do

⁴⁸ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*, cit., p. 18. Segundo Clovis Bevilacqua, “o prestígio conquistado pela *Consolidação* deu-lhe o posto de um verdadeiro Código. (...) Todos lhe conhecemos a solidez da engrenagem e a verdade das soluções. Por juízo unânime, foi declarada obra admirável”. BEVILAQUA, Clovis. *Linhas e perfis jurídicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930, p. 118. Apud Prado (2012).

⁴⁹ Na lição de Luiz Edson Fachin, “a versão do Código anterior não apanhou o projeto de organização do Estado saído da reação à formulação liberal calcada na idéia segundo a qual o único dever do Estado era impedir que os indivíduos provocassem danos uns aos outros. Nem registra melhor a passagem para um direito cada vez mais promocional, um Estado-provedor. O Estado social supera a mera função protetora- repressiva. O Código, a rigor, numa angulação ideológica, não é deste século, pois este século, escreveu o professor Boaventura de Souza Santos, *nasceu em plena reação ao formalismo do direito napoleônico e da teoria política liberal*”. FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 66. Apud Prado (2012)

casamento eram considerados legítimos, discriminando-se os demais por terem sido concebidos fora da relação matrimonial.

Assim, consideravam-se legítimos os filhos concebidos durante o casamento, ainda que anulável ou putativo, desde que contraído de boa-fé por um dos cônjuges. Já os filhos concebidos por pessoas não casadas poderiam ser legitimados por ulterior matrimônio de seus pais, sendo, por isso, equiparados aos filhos legítimos⁵⁰.

Os filhos adotivos também eram equiparados aos filhos legítimos, logo, estavam submetidos ao pátrio poder do pai adotante, sendo titulares de todos os direitos e deveres dele decorrentes. Não se pode afirmar, todavia, que os filhos adotivos realmente se integravam à família adotante. Isso porque a adoção não extinguiu o parentesco do filho adotado com a sua família biológica, subsistindo os direitos e deveres a ele inerentes, salvo quanto ao pátrio poder, que se transferia ao adotante⁵¹. Tratava-se, ademais, de instituto destinado à proteção dos adotantes, e não à pessoa dos adotados, já que visava apenas àqueles que não possuíam filhos legítimos ou legitimados⁵². Além disso, sobrevivendo filhos legítimos após a adoção,

⁵⁰ Segundo Pontes de Miranda. Apud Prado (2012), a legitimação era efeito do casamento, ocorrendo por força de lei, independentemente da vontade dos pais ou dos filhos. Assim, provando-se a existência do filho natural, bem como o casamento de seus pais após a concepção, a legitimação operava-se de pleno direito. Ademais, ao contrário do que estabelecia o ordenamento jurídico anterior, o Código Civil de 1916 não vedou a legitimação dos filhos espúrios por subsequente casamento válido, verificado na data de sua celebração. Assim, os filhos concebidos por meio de relação adúltera dos pais, que, extinto o vínculo conjugal impeditivo, viessem a se casar, seriam legitimados pelo posterior matrimônio, válido ou putativo. Da mesma forma, os filhos incestuosos poderiam ser legitimados, mas apenas por posterior casamento putativo, contraído de boa-fé, já que seus pais estariam impedidos de casar. Os efeitos do casamento retroagiam à data da concepção apenas quanto à legitimação da prole, logo, sua função era estritamente moral, sem alcançar os direitos hereditários e sem atribuir aos pais o direito de usufruto dos bens do filho, os quais somente eram adquiridos com o casamento. MIRANDA Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947, v. III, p. 68, 72-73. BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1922, v. II, p. 313.

⁵¹ Artigo 378 do Código Civil de 1916: “Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo”.

⁵² Segundo Prado (2012) a adoção visava a dar filhos, ficticiamente, tão somente àqueles impossibilitados de tê-los naturalmente, biologicamente. A adoção não estava, dessa forma, baseada na afetividade e na solidariedade, mas sim no interesse dos adotantes em propagar o nome e a memória da família. De acordo com Clovis Bevilacqua. Apud Prado (2012), a adoção era “um meio supletivo de obter filhos e não um modo normal de constituir família”. Apenas no ano de 1957, com a Lei nº 3.133, é que a adoção passou a ter finalidade assistencial, eis que permitida às pessoas com ou sem filhos biológicos, sendo, portanto, concebida no interesse do adotado Manteve-se, porém, o tratamento discriminatório, visto que os filhos adotados eram privados do direito hereditário quando o adotante possuísse prole legítima, legitimada ou reconhecida. Por fim, a Lei nº 4.655/65 consagrou o modelo da adoção plena, segundo o qual cessavam os direitos e obrigações do adotado com a sua família de origem, além do vínculo da adoção se estender à família dos adotantes, desde que seus pais biológicos concordassem com o ato. Assim, o parentesco civil gradativamente passa a ser conferido em razão da afetividade entre adotantes e adotado, e não pela ausência de filiação biológica daqueles, concepção esta mantida no Estatuto da Criança e do Adolescente. RODRIGUES, Silvío. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 298, 335-337. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 6, p. 275. BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Bevilacqua*, cit., p. 337-338.

esses eram privilegiados no campo sucessório em detrimento dos filhos adotivos, aos quais cabia apenas metade da herança a que aqueles tinham direito⁵³.

No tocante aos filhos ilegítimos, em especial os espúrios, o Código Civil de 1916 retrocedeu. No direito anterior, os filhos espúrios poderiam ser reconhecidos pelo pai, muito embora a sua finalidade jurídica fosse tão somente lhes conferir o direito de pleitear alimentos. Já o Código Civil de 1916 vedou o reconhecimento voluntário ou judicial dos filhos espúrios - incestuosos e adúlteros -, o que impossibilitava a criação do vínculo de parentesco, gerando a exclusão do pátrio poder e de qualquer direito decorrente da filiação, como o direito à herança e aos alimentos. Porém, o próprio Código Civil admitiu, excepcionalmente, o reconhecimento da filiação espúria, desde que provada em ação judicial, não proposta pelo filho, com sentença irrecorrível, ou por confissão ou declaração escrita do pai, cujo único efeito, em alusão ao direito anterior, era estabelecer a obrigação.

Quanto aos filhos naturais, o Código Civil de 1916 autorizou o seu reconhecimento, pois não colocava em risco a família legítima, eis que inexistente qualquer impedimento matrimonial entre os pais à época da concepção. Assim, o reconhecimento da filiação poderia ser voluntário, em ato conjunto ou separado⁶⁶, no próprio termo de nascimento, mediante escritura pública ou por testamento. Dentre os efeitos produzidos, pode-se citar a garantia do direito à herança, cuja quota, contudo, era reduzida à metade da que teria direito o filho legítimo ou legitimado. Ademais, o reconhecimento conferia o direito de pedir alimentos aos pais, aos ascendentes e aos irmãos, bem como o de ser tratado como se filho legítimo fosse. Note-se que, não havendo o reconhecimento voluntário, o filho natural, ao contrário dos filhos espúrios, possuía legitimidade para propor ação de investigação de paternidade, limitada, entretanto, às hipóteses do artigo 363 do Código Civil de 1916.

O Código Civil de 1916, ao contrário das Ordenações Filipinas, não estabeleceu diferença entre as classes de bens pertencentes ao patrimônio do filho. Enquanto sujeitos ao pátrio poder, os filhos eram proprietários de todos os seus bens, cabendo ao pai e, na sua falta, à mãe, a administração e o usufruto dos mesmos. Como forma de garantia do patrimônio administrado pelo pai, instituía-se, em favor do filho, hipoteca legal dos bens imóveis do administrador, de modo que a administração deveria ser exercida no interesse do

⁵³ Artigo 1.605, §2º, do Código Civil de 1916: “Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes a adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes”.

filho, restringindo-se à conservação, realização de benfeitorias, pagamento de encargos tributários, defesa judicial e alienação de bens móveis que visasse tão somente a esses fins⁵⁴.

A Constituição de 1934 conferiu à família, ainda exclusivamente legítima, tutela constitucional, colocando-a sob a proteção especial do Estado pela primeira vez no Brasil. Além disso, com vistas à preservação da família legítima, o legislador constituinte manteve a indissolubilidade do vínculo matrimonial, conferiu efeitos civis ao casamento religioso celebrado em conformidade com a ordem pública, os bons costumes e a legislação civil, e tratou dos emolumentos correlatos.

A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas como resultado do golpe de Estado por ele promovido, alterou alguns dispositivos destinados à proteção da família na Carta de 1934 e ampliou a intervenção estatal nas relações familiares, porém atribuiu-se ao Estado a tutela específica da infância e da juventude e, inclusive, o dever de adotar as medidas necessárias à garantia da vida digna e do desenvolvimento da personalidade das crianças e dos adolescentes⁵⁵.

Após a Constituição de 1937, visando à garantia da igualdade material dos indivíduos, o Estado começa a criar normas jurídicas a fim de diminuir o tratamento discriminatório conferido à mulher e aos filhos menores, partes mais fracas na relação familiar, intensificando, assim, o intervencionismo estatal.

O Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, estabeleceu diversas normas destinadas à proteção e organização da família.

A Constituição de 1946, praticamente reproduziu as disposições relativas ao direito de família contidas na Constituição de 1934, mantendo a proteção à família legítima, a indissolubilidade do casamento e restabelecendo, em âmbito constitucional, os efeitos civis do casamento religioso⁵⁶.

A Constituição de 1967, aprovada logo após o golpe militar de 1964, visava tão somente à concretização de reformas quanto ao exercício do poder político. Desse modo, as

⁵⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*, cit., p. 357.

⁵⁵ Artigo 127 da Constituição de 1937: “A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral”.

⁵⁶ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*, cit., p. 55-61.

disposições concernentes à família, constantes no texto constitucional revogado, foram mantidas, inclusive pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969⁵⁷.

Novas uniões de fato e, conseqüentemente, novos arranjos familiares surgiram, merecendo proteção jurídica até então inexistente, já que conferida apenas à família legítima. Dessa forma, o modelo de família que inspirou o Código Civil de 1916 já não condizia com aquele que findava o século XX. A família legítima não era a única a ser protegida pelo Estado e as disposições normativas do Código Civil de 1916, a despeito das diversas reformas introduzidas por leis esparsas, não eram consentâneas com a realidade. Impunha-se, portanto, a alteração do mencionado Código, que, elaborado no final do século XIX para uma sociedade patriarcal, já não correspondia aos valores e anseios sociais em torno das relações familiares e das relações privadas em geral.

Assim, segundo Hironaka (2003 p.29), o Código Civil de 1916, “fruto da inteligência incontestável de Clóvis Bevilacqua, pedia reforma, posto ser um corpo legislativo elaborado nos estertores do século XIX e promulgado no início do século passado, gigante e bem construído para o seu tempo, mas em franco compasso de desatualização, em tantos dos seus segmentos. (...) A reforma se impunha, tendo em vista o significativo aumento, entre nós, de normas dispersas, margeantes e até mesmo conflitantes, que foram se acumulando na tentativa de adaptar, ou de afeiçoar, o direito legislado às gigantescas transformações operadas na estrutura da sociedade brasileira. Nem sempre, contudo, este método de revisão e de adaptação legislativa foi seguro e prosperou eficientemente, tendo em vista, especialmente, o fato de que o Código vigente houvera sido elaborado para um País diferente, para um povo de costumes distintos, em diversa época e em face de outros anseios e de outros valores”.

3.5 Do Novo Código Civil de 2002 e da Constituição Federal do Brasil de 1988

Em 1969, o Ministério da Justiça designou comissão, supervisionada por Miguel Reale, para a elaboração do anteprojeto do Código Civil, cujo escopo era manter as disposições ainda aplicáveis da codificação anterior, alterando tão somente aquelas desatualizadas, bem como unificar o direito privado⁵⁸.

Não se tratava, contudo, na visão da Comissão encarregada de elaborar o projeto de novo Código Civil, de simplesmente fazer com que se desintegrasse um monumento

⁵⁷ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*, cit., p. 66-67.

⁵⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Panorama do direito civil brasileiro*, cit., p. 233-234.

legislativo de altíssima qualidade, como o é o Código Bevilacqua. Mas tratava-se – como sempre repetido pelo Professor Miguel Reale – de buscar aproveitar, na maior amplitude possível, o arcabouço de 1916, dando-lhe as cores e imprimindo-lhe os traços consentâneos com a realidade deste momento histórico vivenciado pela sociedade brasileira, já nos albores do século XXI. (...) Conservar o possível; inovar, sempre que necessário: esta foi, ao que se verificou, a intenção primordial da Comissão de juristas que teve a seu cargo a construção do Código novo (...) ⁵⁹.

O anteprojeto do Código Civil foi definitivamente apresentado ao Congresso Nacional em 1975, onde tramitou por vinte e seis anos, sendo, ao final, aprovado, com início de sua vigência em janeiro de 2003. Nesse ínterim, após o fim do regime militar, promulga-se a Constituição Federal de 1988, que instaura nova ordem democrática no país, cujos ideais e princípios, em especial os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da solidariedade, repercutem no novo regramento constitucional atribuído à família. Segundo Zeno Veloso, “a redemocratização do País imprimiu uma concepção mais arejada, lúcida, libertária, sobre filiação e, de modo especial, a respeito da família”.

Como reflexo da referida reestruturação familiar, os novos valores e princípios positivados na Constituição Federal de 1988 passaram a nortear não apenas a conduta dos integrantes de toda e qualquer família, mas, também, da sociedade civil e do Estado, enquanto julgador, legislador e executor de políticas públicas. Na lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, a Constituição de 1988 “foi a que mais interveio nas relações familiares e a que mais as libertou”, eliminando, ao menos no plano jurídico, o “*elemento despótico* existente no seio da família, no Brasil”. Assim, o modelo patriarcal-patrimonialista cedeu lugar à família democrática, eudemonista, voltada à realização pessoal de cada um de seus membros, fundada na dignidade, solidariedade, igualdade e afetividade, princípios constitucionais. Por conseguinte, as normas anteriores, infraconstitucionais, de conteúdo discriminatório, atentatório à dignidade humana e aos interesses dos sujeitos da entidade familiar, não foram recepcionadas pela Constituição, que, até o advento do Código Civil de 2002, tornou-se a “lei fundamental da família”, projetando-se para o novo ordenamento civil, orientando sua interpretação e aplicação aos casos concretos ⁶⁰.

A Constituição Federal de 1988, em contraposição às anteriores, não estabelece que a família é constituída pelo casamento, e, sim, que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Os dispositivos constitucionais que tratam do instituto apenas o

⁵⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil brasileiro**, cit., p. 39-40 apud Prado (2012)

⁶⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**, cit., p. 68, 71 e 81.

fazem para estipular que ele é civil, gratuito e que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Segundo Silvio Rodrigues, o novo tratamento constitucional atribuído ao casamento também gerou consequências quanto à dissolução do vínculo conjugal, facilitada com a redução dos prazos para a decretação do divórcio, alterados para um ano, no caso de prévia separação judicial, e para dois anos havendo separação de fato⁶¹.

O reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva foi determinante para o julgamento da ação envolvendo a possibilidade do casamento civil entre pessoas com a mesma orientação sexual. Em 25 de outubro de 2011, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, seguindo a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, proferiu decisão inédita, por maioria de votos, ao permitir não apenas a conversão da união homoafetiva em casamento, mas também a possibilidade de habilitação direta das pessoas homossexuais para o casamento civil, independentemente da existência de prévia união estável.

Além do casamento e da união estável, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §4º, também consagrou como entidade familiar a comunidade formada por apenas um dos pais e seus descendentes, denominada família monoparental, que pode se originar da vontade pessoal do genitor, como no caso da mãe solteira, bem como de casos de viuvez e adoção por apenas uma pessoa. À família monoparental aplicam-se todas as regras previstas no Código Civil de 2002 acerca dos direitos e deveres entre pais e filhos, inexistindo um estatuto jurídico próprio destinado a regulá-la, o que, à luz da Carta Magna, sequer se justificaria, em razão do princípio da igualdade entre os filhos¹¹⁶.

Além da exclusão da família legítima, outra importante alteração promovida pela Constituição Federal de 1988 refere-se à consagração do princípio da igualdade entre homem e mulher (artigos 5º, inciso I, e 226, §5º) e entre os filhos (artigo 227, §6º). Segundo Zeno Veloso, “o modelo de sociedade conjugal hierarquizada, verticalizada, elitizada, organizada sob estrutura patriarcal, com o marido exercendo a chefia, o comando, reservando-se à mulher uma posição de inferioridade, acabou, em nosso País”⁶². Nas relações familiares homem e mulher passaram a ter os mesmos direitos e deveres na administração da sociedade conjugal ou de fato, assim como na criação e educação dos filhos. O Código Civil de 2002 regulou esses dispositivos constitucionais ao prever que ao homem não é mais atribuída a chefia da sociedade conjugal, cuja direção passou a ser exercida também pela mulher, em

⁶¹ RODRIGUES, Silvio. *Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos*, cit., p. 244-245.

⁶² VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, cit., p. 87.

igualdade de condições com aquele, no interesse do casal e dos filhos. O poder familiar também passou a ser exercido por ambos os pais no interesse exclusivo dos filhos menores, independentemente da sua origem.

Da mesma forma, todos os filhos foram equiparados, sendo, igualmente, titulares dos mesmos direitos pessoais, patrimoniais e sucessórios. Por conseguinte, proibiu-se qualquer designação discriminatória relativa à natureza da filiação. Assim, todo e qualquer filho pode ser reconhecido, voluntária ou judicialmente, independentemente da relação jurídica mantida entre seus pais à época da concepção, pois é corolário do princípio da igualdade o direito de estabelecer a ascendência biológica, qualquer que seja.

Conforme já explicitado, a Constituição Federal Brasileira de 1988 estabeleceu os entes mais próximos como a família, e os públicos como o Estado devem garantir à criança, ao adolescente e ao jovem total proteção para o seu perfeito desenvolvimento no seio da sociedade, seja pelo conjunto: afeto, carinho, sustento, educação 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, bem como resguardá-los de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Asseguram-se, assim, os direitos indispensáveis ao desenvolvimento e à plena formação da personalidade dos filhos menores, materializando-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

Essas são consideradas as principais modificações introduzidas pela Constituição Federal de 1988 no direito de família, as quais, em geral, foram confirmadas e reguladas, especialmente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990⁶³, que consagrou a doutrina da proteção integral, assegurando o pleno desenvolvimento físico, intelectual e moral das crianças e dos adolescentes, e pelo Código Civil de 2002.

3.5.1 Das obrigações dos pais com os filhos ante a Constituição Federal Brasileira de 1988 e a legislações correlatas

A Constituição Federal de 1988 assegura tratamento prioritário à criança e ao adolescente, prevendo, em seu artigo 227⁶⁴, que é dever do Estado, da família e da sociedade

⁶³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 11/01/2019

⁶⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 de março de 2018.

zelar pelos seus direitos 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. Ainda na mesma toada, a Carta Magna determina que cabe aos agentes mencionados impedir que a criança ou adolescente sejam ou continuem sendo expostos a toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O artigo 229 da CF/88 estabelece o consagrado princípio da reciprocidade, prescrevendo que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, ao passo que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade⁶⁵.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90) em seu capítulo III regula o direito à convivência familiar e comunitária, dispondo o art. 19 o seguinte: "toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes". A convivência familiar pressupõe o exercício do poder familiar por ambos os pais, que devem primordialmente ser responsáveis pela criação e educação de seus filhos.

O artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que "aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais."

Comentando essa norma jurídica, Andrade (2005)⁶⁶ sustenta que esses deveres dos pais estão inseridos no contexto dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, especificamente no que tange ao direito à convivência familiar e comunitária.

Nesse sentido, o Código Civil, nos artigos 1579, 1632 e 1636, procura assegurar que, mesmo após a separação dos pais, a relação destes com seus filhos não deve se alterar, havendo a permanência do poder familiar após o divórcio ou a dissolução da união estável e em caso de novo relacionamento amoroso:

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

⁶⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 6ª edição, Editora Juspodvm: Bahia, 2014, pág. 1267.

⁶⁶ ANDRADE, Romero de Oliveira In: **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais**, Coordenador: Munir Cury, São Paulo: Malheiros Editora Ltda, 2005, pág. 109.

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

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.
Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

A esse respeito, Dias (2013)⁶⁷ assevera que não há vinculação entre o relacionamento existente entre os pais e o vínculo paterno-filial:

O exercício do encargo familiar não é inerente à convivência dos cônjuges ou companheiros. **É plena a desvinculação legal da proteção conferida aos filhos à espécie de relação dos genitores.** Todas as prerrogativas decorrentes do poder familiar persistem mesmo quando do divórcio, o que não modifica os direitos e deveres em relação aos filhos (CC 1.579). Também a dissolução da união estável não se reflete no exercício do poder familiar. Em caso de divergência, qualquer um dos pais pode socorrer-se da autoridade judiciária (CC 1.631 parágrafo único). (grifou-se)

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seu artigo 1º, que seu corpo normativo dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. A doutrina da proteção integral fundamenta-se na condição especial de seus tutelados, pessoas ainda em desenvolvimento.

A disciplina estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente condiz com o que estabelece a Carta Magna e diversos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, incorporados ao ordenamento jurídico pátrio.

A imposição da responsabilidade comum de ambos os pais na educação e no desenvolvimento da criança, prevista no artigo 18 da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990), encontra-se positivada na Constituição, que estabelece a igualdade entre o homem e a mulher nos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, em seu artigo 226, §5º.⁶⁸

O artigo 18 da referida Convenção assim dispõe:

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, págs. 438 e 439.

⁶⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. **Estatuto da Criança e do Adolescente: estudos sociojurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 97.

Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que **ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.**(grifou-se)

Na esfera penal, o abandono material, que se constitui na omissão do genitor em garantir a sobrevivência dos filhos menores ou inaptos para o trabalho é tipificado como crime, no artigo 244 do Decreto-Lei nº 2.848 de 1940 - Código Penal. Também configura crime a entrega de filho menor a pessoa em cuja companhia o ascendente saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo (artigo 245 do Código Penal); deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar (artigo 246 do CP/40) e permitir que menor de dezoito anos sujeito a sua guarda frequente casa de jogo ou espetáculo capaz de pervertê-lo ou conviva com pessoa viciosa, resida ou trabalhe em casa de prostituição ou mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública (artigo 247, CP/40).

O artigo 1630 do Código Civil de 2002 sujeita os filhos, enquanto menores, ao poder familiar, exercido por ambos os pais, salvo na falta ou impedimento de um deles, conforme previsão do artigo 1631 e do 1634, *caput*, do CC/02. O poder familiar “é o conjunto de direitos e deveres atribuído aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”⁶⁹.

O poder familiar hodiernamente assumiu função mais educativa que de gestão patrimonial, sendo seu exercício destinado à promoção das potencialidades criativas dos filhos, em que não é possível conceber um sujeito subjugado a outro⁷⁰.

Encontra-se no rol de deveres dos cônjuges, previstos no artigo 1.566 do Código Civil de 2002, o encargo de sustentar, guardar e educar os filhos. Rizzardo (2014)⁷¹ explicita que se cumpre a função com o oferecimento de meios materiais necessários à criação e formação (alimentação, teto, recreação, saúde, instrução escolar, moral e educacional) e com a assistência pessoal, a convivência e o acompanhamento, de acordo com a idade e a evolução da personalidade, envolvendo acentuada atenção às inclinações pessoais da prole.

⁶⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, v.6.** 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 356.

⁷⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**, trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 258.

⁷¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 165.

Entre as características do poder familiar, a doutrina destaca sua natureza de *munus* público, uma vez que o desenvolvimento sadio de uma sociedade depende em muito do encaminhamento daqueles que ainda não atingiram a maturidade⁷². Destaca-se, também, a irrenunciabilidade desse poder, aspecto pelo qual aos pais não se permite a transferência desse encargo, salvo no caso de declaração expressa de consentimento para adoção, previsto no artigo 166 da Lei nº 8.069/90.

O poder familiar é um feixe de direitos e deveres que tem por finalidade o interesse da criança e do adolescente, abrangendo o sustento e a assistência moral, essenciais à formação física e psicológica do indivíduo. Dessa forma, o direito à companhia dos filhos, decorrente desse poder, tem como contrapartida o direito dos filhos à companhia de ambos os pais e à convivência familiar, constitucionalmente garantida⁷³.

O exercício desse poder inclui a possibilidade de controle da vida da criança, dentro do domicílio familiar e fora dele, por meio de vigilância. Esse direito, como todos os demais relacionados ao poder familiar, deve ser exercido no interesse da criança, em função de sua idade e cultura familiar⁷⁴.

O Código Civil, no artigo 1634, elenca determinados deveres e prerrogativas dos genitores quanto à pessoa dos filhos menores:

Art. 1.634. Compete a **ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar**, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (grifou-se)

⁷² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 544.

⁷³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.. 304.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 304.

Há certa divergência no que tange à possibilidade de submeter os filhos a serviços próprios de sua idade e condição. Dias (2013)⁷⁵ afirma que essa disposição seria incompatível com o princípio constitucional da dignidade humana e que se trata de exploração da vulnerabilidade dos filhos menores, o que pode ser considerado abuso (devendo ser severamente punido, se ocorrer, conforme mandamento constitucional – artigo 227, §4º, CF/88). Observa-se, no entanto, que a norma não está a autorizar a imposição pelos pais do desenvolvimento de atividades laborativas aos filhos, vedada pelo artigo 7º, inciso XXXIII, da CF/88, que proíbe qualquer espécie de trabalho aos menores de quatorze anos. De acordo com essa interpretação, haveria coerência da disposição com os princípios constitucionais.

Não é viável definir os contornos precisos do poder familiar, dado que cada genitor o exerce de forma distinta em consonância com valores pessoais, circunstâncias fáticas e costumes sociais. Ainda assim, é possível estabelecer certos deveres genericamente impostos aos pais, como o de sustento, guarda, criação e educação.

Nesse ponto, nota-se que não há qualquer ingerência no modo de dirigir a educação e o desenvolvimento moral e espiritual dos filhos, decisão livre de seus pais.

3.5.2 Constitucionalização das relações privadas e o Direito de Família

Os direitos fundamentais, por fazerem parte da Constituição, ocupam o ápice na hierarquia das normas jurídicas, possuem eficácia imediata e força vinculante. A importância dos referidos direitos é ainda acentuada por configurarem limitações materiais à atuação do poder constituinte derivado reformador, ou seja: cláusulas pétreas no texto constitucional, que não comportam emendas tendentes a suprimi-los - artigo 60, §4º, inciso IV, da CF/88.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais enseja a uma pretensão de uma ação devida pelo Estado, já a dimensão objetiva identifica nesses direitos um sistema de valores básicos da ordem jurídica e social, princípios estruturantes da sociedade, que acabam por refletir em todos os ramos jurídicos⁷⁶.

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 441.

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª - edição São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 190-192.

Robles (1997)⁷⁷ ensina que os "direitos humanos" ou "direitos do homem", classicamente chamado de "direitos naturais" e na atualidade de "direitos morais", não são, em verdade, autênticos direitos - protegidos por ação judicial perante um juiz -, mas especialmente relevantes critérios morais para a sociedade humana. Uma vez que os direitos humanos, ou melhor, certos direitos humanos, tornam-se positivos, adquirindo categoria real de direitos processualmente protegidos, eles se tornam "direitos fundamentais" de um determinado ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais, tidos como o cerne axiológico da ordem jurídica, refletem não apenas nas relações entre o Estado e os cidadãos, mas também naquelas entre os próprios cidadãos. Independente de toda a discussão em torno do tema da constitucionalização do Direito Civil e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, já é possível identificar esse fenômeno.

No Direito das Famílias, percebe-se que o direito à saúde, à alimentação e à moradia dos filhos está evidentemente subordinado, precipuamente durante os primeiros anos de vida da criança, à assistência dos pais, que possuem o dever de guarda e de cuidado. Há mandamentos constitucionais, como os direitos fundamentais sociais à proteção à maternidade e à infância - art. 6º da Constituição Federal de 1988 -, materializadores do amparo necessário a essa fase da vida, que também se relacionam ao acolhimento parental.

A noção de que a criança, como ser hipossuficiente, dependente de seus genitores, necessita de uma proteção e atenção especiais para ter seus direitos fundamentais garantidos leva à vinculação desses direitos aos pais, responsáveis por seu sustento, guarda e educação (art. 1.566, IV, do CC/02).

A legislação infraconstitucional, que responsabiliza os pais pelo dever de assistência aos filhos, representa a aplicabilidade indireta dos direitos fundamentais no Direito das Famílias. A presença do tema na Constituição apenas reforça o dever imposto em outras esferas do Direito, como o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁷⁷ ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética em la sociedad actual**. Reimpresión Revisada. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997, p. 19/20. Tradução livre: "Los "derechos humanos" o "derechos del hombre", llamados clásicamente "derechos naturales" y en la actualidad "derechos morales", no son, en verdad, auténticos derechos - protegidos mediante acción procesal ante un juez - sino criterios morales de especial relevancia para convivencia humana. Una vez que los derechos humanos, o mejor dicho, determinados derechos humanos, se positivizan, adquiriendo categoría de verdaderos derechos protegidos procesalmente, pasan a ser "derechos fundamentales" en un determinado ordenamiento jurídico".

Impor o encargo pelo cuidado e proteção das crianças aos pais que as geram, considerada obrigação de ordem biológica, moral e religiosa, é o cerne do desenvolvimento e garantia da continuidade da sociedade organizada, objetivando a formação de seres humanos psicológica e fisicamente saudáveis. Esse dever adquire caráter jurídico por estar positivado, previsto em normas do ordenamento pátrio.

3.6 Dos princípios gerais formadores do direito de família

O legislador e doutrinadores, em função da extensa interpretação e variação sobre o tema, procurou definir alguns princípios para serem balizadores do pensamento científico no ordenamento jurídico, sem no entanto esgotar pensamentos diferentes, nem estudo de casos novos ante a complexidade das relações e comportamento do ser humano.

Dentro desse contexto, chamamos de princípios gerais, porém não restrito, haja vista a possibilidade da aplicação de uma série de hipóteses e são balizadores, na medida em que deles se pode extrair um conjunto de regras, que deles decorrem por lógica.

Assim, define-se inicialmente o princípio da dignidade humana, do pluralismo, da solidariedade, da proteção especial, da igualdade, da dissolubilidade do vínculo e da afetividade, dentre outros que estudaremos no presente trabalho.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a estrutura das entidades familiares e as relações pessoais entre seus membros passaram a ser fundadas nos princípios, implícitos ou explícitos, nela consagrados⁷⁸.

Os princípios constitucionais que informam o direito de família resumem-se aos da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, princípios fundamentais da ordem jurídica dos quais decorrem os princípios da igualdade, da pluralidade de entidades familiares, da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente, os quais, observados no estudo, na aplicação e na interpretação das regras jurídicas, garantem a efetividade da tutela familiar.

⁷⁸Nesse sentido, Luiz Edson Fachin apud Prado (2012) ensina que “a família, não obstante se submeta à legislação infraconstitucional, tem o centro irradiador da sua regulação no Texto Constitucional. E é a partir daí que se fala na incidência dos princípios constitucionais não apenas nas relações de família, mas em todas as relações interprivadas; não apenas no campo dos direitos fundamentais, como queira ler o constitucionalismo, mas em todas as dimensões das relações interprivadas: nos contratos, na família, na propriedade”. FACHIN, Luiz Edson. Princípios constitucionais do direito de família brasileiro contemporâneo. In: *A família além dos mitos* (coords. Eliene Ferreira Bastos; Maria Berenice Dias). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 123.

3.6.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade humana foi concebida filosoficamente na Antiguidade, especialmente a partir da doutrina cristã, mas foi Immanuel Kant, no século XVIII, quem tratou especificamente do valor inerente ao ser humano – a dignidade – na concepção que orientou, séculos após, o pensamento jurídico ocidental. Segundo Kant, tudo tem um preço ou uma dignidade. Tem um preço a coisa que pode ser substituída por outra equivalente. Porém, quando isso não é possível, fala-se em dignidade e, portanto, em pessoa humana, insubstituível⁷⁹. A dignidade é, assim, inerente ao ser humano, o qual, na concepção kantiana, existe como um fim em si mesmo, e nunca como um meio para se atingir finalidades estranhas à sua vontade, de modo que qualquer ato que equipare ou trate a pessoa como um mero objeto atenta contra a dignidade da pessoa humana⁸⁰.

A dignidade da pessoa humana foi positivada como valor universal com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948, cujo objetivo foi a reconstrução dos direitos humanos e a sua proteção na ordem internacional, constituindo uma das reações da comunidade jurídica às atrocidades cometidas contra a humanidade durante a Segunda Guerra Mundial. A dignidade humana está prevista no primeiro artigo dessa Declaração, segundo o qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

No direito interno a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, significando dizer que toda a atuação estatal e todo o ordenamento jurídico e sua interpretação devem ser erigidos tendo-se em vista o respeito e a proteção da pessoa humana, valor central do sistema. Trata-se, nos dizeres de Flávia Piovesan, de um “superprincípio”,

⁷⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005, pp. 68 e 77.

⁸⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 37. Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana, cit., p. 12.

orientador da ordem jurídica interna e internacional em torno da efetiva proteção do ser humano⁸¹.

A Constituição consagrou o princípio e, considerando sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática. Com efeito, da mesma forma que Kant estabeleceu para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apoia e constitui-se⁸².

Dessa forma, a dignidade, expressão da condição humana, deve ser respeitada e tutelada pelo Estado, pela sociedade e por cada indivíduo, a fim de garantir a existência digna do ser humano, protegendo-o contra qualquer ato atentatório à sua integridade física e moral e garantindo-lhe liberdade e autonomia para determinar os rumos de sua vida, sempre com observância do dever de respeito à dignidade dos demais indivíduos integrantes da sociedade.

A Constituição Federal de 1988, em seu capítulo VII, destinado à disciplina da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, expressamente prevê a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana às relações familiares, fazendo-o, porém, de modo exemplificativo, já que se trata de valor inerente a todo ser humano. Dispõe, assim, que o planejamento familiar deve estar fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, §7º), sendo dever da família, da sociedade e do Estado garantir à criança, ao adolescente, ao jovem e às pessoas idosas, dentre outros direitos, a dignidade (artigos 227 e 230). É com fundamento na dignidade que Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste”, razão pela qual “terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei”⁸³.

3.6.2 Princípio da solidariedade

O princípio da solidariedade decorre, do dever da família de ajuda simultânea entre seus membros pode-se denotar do Art. 226 e Art. 227 da Lei Maior.

Renata Malta Vilas-Bôas (2011) apresenta o conceito do princípio sob dois aspectos:

⁸¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição* (coord. George Salomão Leite). São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 182 e 193.

⁸² MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana, cit., p. 14.

⁸³ Ibid., p. 15.

Externamente temos que a solidariedade social significa a incumbência do Poder Público e da sociedade civil à realização de políticas de atendimento às necessidades familiares daqueles que se encontram em situação de desvantagem, marginalizados.

Já internamente se aplica esse princípio para dizer que cada membro da entidade familiar tem que cooperar para que o outro consiga concretizar e desenvolver o mínimo necessário para o seu desenvolvimento, tanto biológico quanto psicológico (VILAS-BÔAS, 2011, p. 30).

A afirmação da solidariedade como princípio jurídico somente se tornou possível a partir do início do século XX, com a promulgação das Constituições sociais.

Isso porque, durante o século XIX, a solidariedade expressava apenas um dever moral, ético, fundado na concepção de piedade, pois o individualismo jurídico, predominante no Estado liberal, colocava o interesse individual como a única razão e o único destinatário da proteção jurídica. Considerava-se o indivíduo como uma “pequena *totalidade*, uma micro-célula autônoma, auto-suficiente e auto-subsistente”, isolado do mundo exterior, razão pela qual não se concebia, à época, a proteção dos interesses sociais e coletivos.

Com a superação do individualismo jurídico e a positivação dos direitos sociais, cria-se o ambiente jurídico e social necessário à consagração do princípio da solidariedade¹⁵². Trata-se de transformação consubstanciada no pensamento sociológico de que o ser humano apenas existe enquanto coexistir com outros indivíduos e com o mundo externo. Desenvolve-se, por conseguinte, a consciência do interesse comum, que, de acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, implica, “para cada membro, a obrigação moral de *não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito*”, evidenciando a ideia de reciprocidade, de comunidade de interesses⁸⁴.

No Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988, concebia-se a solidariedade apenas como diretriz geral de conduta, sendo, ademais, empregada no direito privado apenas no âmbito obrigacional, para designar a pluralidade de sujeitos, cada qual com direito ou dever à totalidade da prestação. Com a promulgação da Constituição, a solidariedade passa a ser princípio explícito, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil na construção da sociedade, que, nos termos do artigo 3º, inciso I, além de ser livre e justa, deve também ser solidária. Dessa forma, determina o texto constitucional que “nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós”. Assim, o Estado, a sociedade e cada um de

⁸⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*, cit., pág. 02

seus indivíduos são responsáveis pela existência social e, em última análise, pelo desenvolvimento de cada ser humano que a compõe. Consequentemente, tanto o Estado, por meio da execução de políticas públicas e da criação e interpretação das leis, como os indivíduos, por meio da observância de deveres recíprocos envolvendo o respeito e a cooperação, devem atuar de forma efetiva visando à garantia da existência digna de todos os que vivem em sociedade. Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo (2008) afirma que 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. A solidariedade cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social. (...) Sem a solidariedade, a subjetividade jurídica e a ordem jurídica convencional estão fadadas a constituírem mera forma de conexão de indivíduos que permanecem juntos, mas isolados. O princípio da solidariedade vai além da justiça comutativa, da igualdade formal, pois projeta os princípios da justiça distributiva e da justiça social. Estabelece que a dignidade de cada um apenas se realiza quando os deveres recíprocos de solidariedade são observados ou aplicados⁸⁵.

No direito de família o princípio da solidariedade manifesta-se, na lição de Paulo Luiz Netto Lôbo (2009), no dever imposto ao Estado, à sociedade e à família de proteção ao grupo familiar, à criança, ao adolescente e às pessoas idosas. Trata-se de importante mudança na concepção das relações familiares, que, na vigência do Código Civil de 1916, estruturavam-se de forma hierarquizada, mas, na sociedade contemporânea, baseiam-se no afeto, na igualdade e na responsabilidade estatal e familiar pelo desenvolvimento de cada um de seus membros. Assim, não é mais a autoridade marital e paterna que garante a coesão dos vínculos familiares, isto é, a unidade familiar, mas, sim, a solidariedade, expressão do “afeto, cooperação, respeito, assistência, amparo, ajuda” e “cuidado”, que une a família de forma democrática, afetuosa e responsável⁸⁶.

Assim, tal princípio impõe uma atuação visando não apenas aos interesses individuais de cada membro da família, mas também aos interesses de todos os seus integrantes, que, conjugados de forma harmônica, revelam a solidariedade familiar. Nessa linha, Rosa Maria de Andrade Nery (2004) ensina que no direito de família:

⁸⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar, cit., p. 01, 03, 06, 08 e 09.

⁸⁶ Ibid., pp. 06, 08 e 09

A pacificação das relações exige sejam sopesados, de um lado, a liberdade individual do ser humano, e de outro, as consequências oriundas de seus atos de liberdade. Nessa cadência, o risco do viver e promover a vida, no local onde a vida tem condições de medrar, que é a família, não permite que se conceda a liberdade plena que um reclama, se em contrapartida, há quem tenha a vida na dependência da *não liberdade* do outro⁸⁷.

O princípio da solidariedade, portanto, permeia todas as relações familiares, que devem ser construídas e desenvolvidas com observância dos deveres de cooperação, respeito, cuidado e assistência moral e material, viabilizando-se, assim, a união da família em torno da convivência afetiva e responsável e, em última análise, a existência digna de todos os seus membros e de toda a coletividade.

3.6.3 Princípio do pluralismo

Até bem recente a família era objeto de estrito enquadramento jurídico, moral e religiosos. Só se considerava família legítima aquela constituída pelo casamento.

A partir de meados do século XX, a revolução industrial começa a afetar a moral familiar e nos anos 60 ocorre a chamada revolução sexual e outras formas de família começam a ser aceitas.

No Brasil, a constituição de 1988, consagrou a família plural, desvinculando a celular familiar advinda exclusivamente do casamento formal e admitindo expressamente outras modalidades, como por exemplo a União Estável

O princípio do pluralismo dita que há várias formas de famílias e desde que nos limites da Lei, têm que receber proteção legal e respeito da sociedade.

É com base no princípio do pluralismo que o Supremo Tribunal Federal no Brasil julgou ser família a união estável de pessoas do mesmo sexo, como também a legislação passou a aceitar casamento civil dessas pessoas⁸⁸.

De fato, por serem as formas mais usuais de constituição de família, o casamento, a união estável e a família monoparental foram incluídos na Constituição Federal. Isso, porém,

⁸⁷ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. *Revista de Direito Privado*, n. 17, jan./mar. 2004, p. 68.

⁸⁸ FIÚZA, César. *Direito Civil*, cit., p.1185

não significa a exclusão das demais entidades familiares constituídas a partir da liberdade e em torno da afetividade entre seus membros, evidenciando, dessa forma, o abandono à concepção econômica e reprodutiva da família existente sob a égide do Código Civil de 1916 e, por conseguinte, a consagração da pessoa humana como destinatária direta da tutela promovida pelo direito de família⁸⁹.

Adotado o posicionamento de que todas as entidades familiares são protegidas juridicamente, é preciso identificar as características que ensejam a formação da família a fim de diferenciá-la dos demais relacionamentos, que, embora pessoais e afetivos, não constituem entidades familiares e, conseqüentemente, não estão sujeitos às normas civis e constitucionais do direito de família. Segundo Lôbo (2008), as características comuns às entidades familiares são:

- a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família;
- b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;
- c) convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente⁹⁰.

3.6.4 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade encontra-se previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Segundo Moraes (2007), essa é uma das formas da igualdade, a “igualdade formal”, que se consubstancia “no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, no direito de ter direitos iguais aos de todos os demais”⁹¹.

Não há dúvida de que, em tempos pretéritos, o tratamento jurídico dado aos filhos não originados da forma conjugal era de tal modo discriminatório, em que, um homem casado,

⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, cit., p. 38-39. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 60-61.

⁹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 58 e 60.

⁹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da dignidade humana**, cit., p. 18.

mesmo querendo, não poderia reconhecer um filho vindo de um relacionamento extraconjugal. Os filhos adotados também eram discriminados (FARIA e ROSENVALD, 2013).

Destaca Dias (2009) que:

Raras vezes uma Constituição consegue produzir tão significativas transformações na sociedade e na própria vida das pessoas como fez a atual Constituição Federal. (...) A supremacia da dignidade da pessoa humana está lastreada no princípio da igualdade e da liberdade, grandes artífices do novo Estado Democrático de Direito que foi implantado no país. Houve o resgate do ser humano como sujeito de direito, assegurando-lhe, de forma ampliada, a consciência da cidadania. O constituinte de 1988 consagrou como dogma fundamental, antecedendo a todos os princípios, a dignidade da pessoa humana, impedindo assim a superposição de qualquer instituição à tutela de seus integrantes. Foram eliminadas injustificáveis diferenciações e discriminações que não mais combinam com uma sociedade democrática e livre. (DIAS, 2009, p.40)

A lei nesse tempo ignorava, criava uma ficção jurídica na qual o filho fora do casamento sequer existia. Assim, o filho pagava pelo erro do pai, que se eximia do ônus do poder familiar, pois naquela época infringir o dever de fidelidade era crime (DIAS, 2010).

O preconceito era tanto, que o Código Civil de 1916 proibia expressamente o reconhecimento dos filhos incestuosos e os adulterinos, artigo esse que só foi revogado com a Lei 7.841 de 1989 (MADALENO, 2011).

Importante mencionar que o Código Civil de 1937, em seu art. 126, já previa o princípio da igualdade, equiparando os filhos naturais aos filhos legítimos, dando a eles os mesmos direitos e vantagens, porém tal dispositivo nunca foi aplicado (GAMA, 2008).

“No entanto, já pela Lei 4.737/42 permitia-se o reconhecimento voluntário ou coativo de filho havido fora do matrimônio, após o desquite” (VENOSA, 2010, p. 248).

Venosa (2010) menciona ainda que:

A Lei nº 841/89, um marco no direito de filiação entre nós, permitiu o reconhecimento do filho adulterino após da dissolução conjugal, atribuindo-lhe direito sucessório mitigado. Essa lei permitiu, no art. 4º, que filho nessas condições pudesse acionar o indigitado pai, em segredo de justiça, para obter alimentos, dispensando-se a propositura da ação de investigação de paternidade após dissolvida a sociedade conjugal (VENOSA, 2010, p. 248).

Além disso, o Código Civil de 1916 previa em seu art. 1.605, § 1º, que “o filho natural teria direito à metade do quinhão hereditário cabível ao filho legítimo por força da morte daquele que foi reconhecido seu pai/mãe jurídico”, o que trazia certa revolta por parte de juristas e doutrinadores da época (GAMA, 2008, p. 334).

Farias e Rosenvald (2013) destacam que,

Somente com a normatividade garantista da Constituição-Cidadã de 1988 é que foi acolhida a isonomia no tratamento jurídico entre os filhos. Aliás, preceito oriundo da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, apelidada de Pacto de San Jose da Costa Rica, já prescrevia dever de cada ordenamento “reconhecer direitos aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro dele”.

A partir de então, a supremacia do interesse dos filhos, sua cidadania e dignidade humana foram elevadas, não se podendo mais discutir e diferenciar um filho pela sua origem (MADALENO, 2011).

Em tempos atuais, “não há, pois, mais espaço para a distinção entre família legítima e ilegítima, existente na codificação anterior, ou qualquer outra expressão que deprecie ou estabeleça tratamento diferenciado entre os membros da família” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2013, p. 619).

O princípio da igualdade jurídica dos filhos está previsto na Constituição Federal em seu artigo 227, § 6º, que assim dispõe: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

O Código Civil em seu artigo 1.596 também trata da igualdade dos filhos ao dizer que “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL. Código Civil de 2002).

De tal modo, esse princípio veio para estabelecer que não deve existir distinção entre os filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, alimentos, poder de família e sucessão (GONÇALVES, 2011).

Os julgados em que se verifica esse entendimento são fartos:

DIREITO DE FAMÍLIA. FILIAÇÃO ADULTERINA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. POSSIBILIDADE JURIDICA. I - EM FACE DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL, QUE ABRIGA O PRINCIPIO DA IGUALDADE

JURIDICA DOS FILHOS, POSSIVEL E O AJUIZAMENTO DA AÇÃO INVESTIGATORIA CONTRA GENITOR CASADO. II - EM SE TRATANDO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PROTEÇÃO A FAMÍLIA E A FILIAÇÃO, OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DEVEM MERECER EXEGESE LIBERAL E CONSTRUTIVA, QUE REPUDIE DISCRIMINAÇÕES INCOMPATÍVEIS COM O DESENVOLVIMENTO SOCIAL E A EVOLUÇÃO JURIDICA [grifo nosso] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 7631. Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 04.11.1991).

Seguindo o mesmo entendimento:

MILITAR. RECURSO ESPECIAL. FILHA DE CRIAÇÃO DE MILITAR, FORMALMENTE ADOTADA PELA VIÚVA APÓS O FALECIMENTO DE SEU ESPOSO. DIREITO À PENSÃO APÓS A MORTE DA MÃE ADOTIVA. 1. Conforme preceitua o art. 7º, inciso II, da Lei n.º 3.765/60, a pensão militar é deferida "aos filhos de qualquer condição, exclusive os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválidos". Por filhos de qualquer condição deve-se entender, também, aquela pessoa que foi acolhida, criada, mantida e educada pelo militar, como se filha biológica fosse, embora não tivesse com ele vínculo sanguíneo. 2. A Carta Magna conferiu maior abrangência ao mencionado dispositivo, intensificando a proteção à família e à filiação e repelindo quaisquer formas de discriminação advindas dessas relações. 3. Na hipótese em apreço, restou sobejamente demonstrado que a ora Recorrida ostenta a condição de filha do de cujus, tendo a sua adoção pela viúva apenas formalizado uma situação de fato preexistente. Por essa razão, preenche a Autora os requisitos legais para que lhe seja deferido o benefício pleiteado [grifo nosso] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 370.067. Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 09.08.2005).

Tal princípio veio para impedir “o tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem” (FARIAS e ROSENVALD, 2013, p. 133).

“Com isso todos os dispositivos legais que, de algum modo, direta ou indiretamente, determinem tratamento discriminatório entre os filhos terão de ser repelidos do sistema jurídico” (FARIAS e ROSENVELD, 2013, p. 134).

Deste modo, a igualdade entre os filhos passou a se submeter, basicamente, aos princípios constitucionais, dentre os quais o da dignidade da pessoa humana, que é o ápice de todo o sistema jurídico (FARIAS, 2012).

3.6.5 Princípio da proteção da criança e do adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem origem no instituto inglês do *parens patriae*, que atribuía ao rei a prerrogativa de proteger os incapazes, que não possuíam capacidade para gerir sua própria pessoa ou seus bens.

No mundo todo a proteção da criança e do adolescente sempre foi preocupação das organizações internacionais que se dedicam ao estudo e bem estar dos menores. Em 1924, essa proteção teve sua ideia lançada na declaração de Genebra e adotada na assembléia geral das nações unidas de 1959, como um princípio de interesse superior, pois a criança, dado a sua situação e importância, necessita de cuidados especiais para o seu desenvolvimento psíquico e educacional.

Marco importante foi o ano de 1979 - ano internacional da criança - onde um grupo de trabalho criado pela organização das nações unidas (ONU) inicia os estudos para a conclusão e aprovação em 20 de novembro de 1989, pela assembléia geral das nações unidas, da Convenção Internacional dos Direitos da Infância, composto por 54 artigos e três partes. O mencionado tratado define que criança é a pessoa menor de 18 anos e estabelece regras de proteção e de responsabilidade por parte dos estados-partes, o qual o Brasil é signatário.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro os direitos destinados à proteção das crianças e dos adolescentes, à época ainda em discussão na Organização das Nações Unidas para aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança⁹², e consagrou o princípio ora em análise em seu artigo 227, caput, segundo o qual:

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.

Trata-se de mais um princípio constitucional que revela a mudança da concepção da família, que abandonou sua estrutura autoritária e sua função econômica e procriacional para ser o locus de afeto, solidariedade e dignidade. A criança e o adolescente assumem, assim, condição especial no âmbito familiar, pois, sendo pessoas em fase de desenvolvimento físico e mental, necessitam de proteção diferenciada, especialmente por parte dos pais, que devem atuar ativa e prioritariamente em consideração aos interesses dos filhos, a fim de garantir a

⁹² Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 02/06/2019

efetividade dos citados direitos fundamentais e propiciar o desenvolvimento pleno da personalidade⁹³.

O princípio exprime, portanto, o tratamento prioritário e integral dos interesses da criança e do adolescente não apenas pela família, mas também pelo Estado e pela sociedade, na criação e aplicação dos direitos fundamentais, indispensáveis, nos termos do artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), ao bom “desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”. Não se trata de preceito ético, mas de dever imposto aos pais, à sociedade e ao Estado de efetivamente proteger essas pessoas que, em razão de sua fragilidade e vulnerabilidade, encontram-se em condição peculiar de desenvolvimento. Segundo Maria Helena Diniz, “sempre que os interesses ou os direitos da criança e do adolescente colidirem com os de seus pais ou de terceiros, dever-se-á atender ao princípio do superior interesse do menor⁹⁴”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, fundado nos princípios do melhor interesse, da paternidade responsável e da proteção integral, reproduz, em seus artigos 4º e 5º, a norma constitucional contida no *caput* do artigo 227, assegurando às crianças e aos adolescentes os direitos mínimos indispensáveis ao seu pleno desenvolvimento. É por essa razão que o ordenamento jurídico lhes assegura proteção especial por meio de direitos fundamentais específicos, como o direito ao esporte, ao lazer, ao respeito, à profissionalização e à convivência familiar, que devem ser efetivados, com prioridade absoluta²⁰⁶, sempre em observância ao seu superior interesse. Ainda como garantia à integridade física e psíquica dessas pessoas, a lei veda qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, e estabelece que a violação a seus direitos fundamentais, por ação ou omissão, deve ser punida. Nessa linha, as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos, inclusive dos direitos da personalidade, inerentes a toda pessoa humana, cuja violação gera o dever de indenizá-los por dano moral. Isso significa que as crianças e os adolescentes não poderão ser tratados como objeto passivo, mas, sim, como seres humanos, titulares de direitos juridicamente protegidos.

⁹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, cit., p. 126-127.

⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. Direito à convivência familiar. In: *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial: estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka* (coords. Flávio Tartuce; Ricardo Castilho). São Paulo: Método, 2006, p. 803.

O princípio da Proteção Integral é a “célula mestra” de todos os princípios e normas jurídicas voltadas à garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Ele foi inserido nos artigos 1º e 3º do Estatuto da Criança e Adolescente, com as seguintes redações:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

...

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A proteção integral concedeu ao Estado, à sociedade e à família o dever de propiciar os meios necessários para que a criança e o adolescente tenham um desenvolvimento saudável, cabendo a estes proteger seus interesses fundamentais 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.

Ressalte-se ainda, que a Constituição, buscando demonstrar a amplitude dada à proteção da criança e adolescente, e ciente das sequelas causadas a eles pelos atos de abuso, violência e exploração sexual, garantiu no § 4º do art. 227, que a lei punirá de forma severa qualquer ato desta natureza.

A Constituição Brasileira elevou os direitos da criança e do adolescente ao patamar de direitos fundamentais (Artigo 227, CF) repousada na fragilidade e vulnerabilidade desses seres em estágio de desenvolvimento (DIAS, 2010).

Contudo, outras legislações também consagraram o princípio da prioridade absoluta, sobretudo o ECA - Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 -, já que é um instrumento criado para o fim de subsidiar os direitos da criança e do adolescente. No âmbito civil, a proteção foi reconhecida pela Convenção Internacional de Haia e, implicitamente, em dois dispositivos do Código Civil – Artigo 1.583 e 1.584 (TARTUCE, 2008).

A proteção integral abrange todos os direitos, à saúde, liberdade, lazer, à convivência familiar, entre outros. Entretanto, há situações em que o melhor a fazer é destituir o poder familiar e inserir a criança na adoção, através da intervenção estatal. Assim, deve prevalecer a ideia de que há muito tempo a família não se mantém unida por obrigação, e sim pelo prazer da companhia, sobretudo, por laços afetivos (LÔBO apud DIAS, 2010).

Com efeito, é inquestionável a importância de ambos os pais na formação da personalidade dos filhos, pois suas funções, embora diversas, são complementares. Sejam eles casados ou divorciados, conviventes ou não, certo é que o relacionamento familiar, exercido em suas diversas formas, é direito fundamental das crianças e dos adolescentes, pois atende ao seu superior interesse de criação de vínculos familiares, de estreitamento de confiança, de interação e intimidade com aqueles cuja presença, física, moral ou espiritual, é indispensável ao seu pleno desenvolvimento humano.

Destarte, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem por finalidade garantir que toda a atuação, especialmente da família, seja voltada, prioritariamente, à preservação e efetivação dos interesses e direitos fundamentais da prole, imprescindíveis à tutela da dignidade humana e ao pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

3.6.6 Afetividade

A consagração do princípio da afetividade decorre da evolução da família brasileira, que, durante todo o século XIX e até meados do século XX, era matrimonializada e patriarcal, baseada na autoridade do marido, chefe da sociedade conjugal, e no tratamento discriminatório fundado no preconceito quanto ao sexo e à origem da descendência.

Por decorrência que família não seria mais um conceito estanque, não advêm somente da biologia, mas do afeto, pois o afeto é compõe as estruturas familiares, suplantando aos entes de uma família maior segurança, felicidade, dignidade, apoio porto seguro da pessoas que formam a família, passou o afeto ser o formador das relações profundas das famílias, das pessoas.

Neste sentido se inclina a jurisprudência:

FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 326 DO CPC E ART.1.593 DO CÓDIGO CIVIL.

1. Ação de investigação de paternidade ajuizada em 25.04.2002. Recurso especial concluso ao Gabinete em 16/03/2012. 2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica. 3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem

pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos. 4. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho. 5. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos. 6. Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão. 7. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. 8. Ainda que haja a consequência patrimonial advinda do reconhecimento do vínculo jurídico de parentesco, ela não pode ser invocada como argumento para negar o direito do recorrido à sua ancestralidade. Afinal, todo o embasamento relativo à possibilidade de investigação da paternidade, na hipótese, está no valor supremo da dignidade da pessoa humana e no direito do recorrido à sua identidade genética. 9. Recurso especial desprovido [grifo nosso] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1401719. Rel. Ministra Nancy Andrich, j. 08.10.2013).

O princípio da afetividade vem sendo abordado pela Constituição Federal em diferentes momentos. O artigo 227, § 6º estabelece a igualdade dos filhos independente da sua origem. Já o artigo 226, § 4º.

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

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

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

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

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

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

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

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado

propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

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

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

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

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

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

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

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

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

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

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

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

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

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

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

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

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

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

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

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

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

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

Deste modo, “a comunidade de existência formada pelos membros de uma família é moldada pelo liame socioafetivo que os vincula sem aniquilar a suas individualidades” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013, p. 90).

Adriano Dionisio Saldanha menciona que:

A conceituação de afeto é difícil de se promover, por se tratar de um sentimento, porém é necessário tecer alguns comentários acerca deste sentimento para entender as implicações causadas nos filhos pela ausência de afeto na relação paterno-filial.

O afeto é a base da família moderna a qual é fundada no respeito à dignidade de cada um dos seus membros e no amor entre eles, pois a família já não se baseia mais em uma relação de poder ou provimento econômico, mas num convívio cercado de afeto e carinho entre pais e filhos (SALDANHA, 2008, p. 34).

Paulo Lôbo citado por Renata Vilas-Bôas encontra na Constituição quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade:

- 1º. a igualdade dos filhos independentemente da sua origem, conforme art. 226, § 6º, da CF;
- 2º. a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos (§§ 5º e 6º do art. 226 da CF);
- 3º. a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade de família - § 4º do art. 226 da CF;
- 4º. o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227) (LÔBO por VILAS-BÔAS, 2011, p. 34).

A palavra afeto não foi expressamente empregada no texto constitucional acima, mas subjetivamente encontra-se presente. O legislador usou a palavra afeto somente para identificar o genitor a quem deve ser deferida a guarda unilateral e somente invoca a relação de afetividade como elemento indicativo para a definição da guarda a favor de terceira pessoa (DIAS, 2010).

Na III Jornada de Direito Civil, promovida em dezembro de 2004 pelo Superior Tribunal de Justiça, foi aprovado o Enunciado 256, pelo qual: ‘A posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil’ (TARTUCE, 2008, p. 43).

O conteúdo do Enunciado é uma consagração ao princípio do afeto, pois, reconhece a igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva. O termo *posse de estado de filho* foi empregado, para justificar que os laços de afeto não são frutos biológicos, ao contrário, emanam da convivência familiar (DIAS, 2010).

Afinal, a família biológica era um modelo exigido na época do pátrio poder, o qual já desapareceu nas relações sociais brasileiras (LÔBO citado por TARTUCE, 2008).

O doutrinador continua expondo que:

Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade (LÔBO *apud* TARTUCE, 2008, p. 42).

Dias (2010) enfatiza o nascimento das famílias eudemonistas, mais igualitárias, flexíveis e voltados para o ideal de afetividade.

Sendo assim, considerando existir esse traço de reciprocidade nas relações familiares, torna-se inoxidável reconhecer a importante tarefa dos pais no desenvolvimento sadio dos filhos. É o que explica José Sebastião de Oliveira *apud* Saldanha(2008):

a criança espelha, em ações, a realidade do seu ambiente, e se ele não é seu lar e a educação que recebe não é a que os seus genitores deveriam destinar-lhe durante o seu desenvolvimento, ela refletirá uma realidade diversa da que lhe deveria servir de modelo. As consequências disso são nefastas: filhos consumistas, intransigentes ao diálogo e adversos ao respeito aos pais. [...] Como visto, a família educa a criança – preparando-a para a vida. Este lento e precioso processo de educação, se não totalmente, ao menos em grande parte, será responsável pela moldura da personalidade dos filhos (OLIVEIRA *apud* SALDANHA, 2008, p. 35).

Destarte, a afetividade é princípio constitucional implícito e elemento responsável pela formação, desenvolvimento e manutenção dos laços familiares, devendo nortear as relações pessoais no seio da família. Concluído o estudo acerca da natureza jurídica da afetividade, resta determinar o conteúdo desse princípio jurídico.

O princípio jurídico da afetividade não impõe, portanto, o dever de amar, ante mesmo a impossibilidade de compelir o ser humano a desenvolver qualquer espécie de sentimento. Trata-se, sim, de se exigir que, na relação de obrigação ou da responsabilidade civil perante os filhos, objeto do presente trabalho, os pais atuem afetivamente, ou seja, com dedicação integral no cumprimento de seus deveres, independentemente do sentimento de amor que nutram em relação aos filhos. Nesse sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007), esclarece que

o ordenamento jurídico não pode exigir de ninguém demonstrações de amor e carinho, porquanto não seja disto que se trate, mas, sim, de uma situação em que o que se cobra dos pais é o correto desempenho de suas funções, para o pleno desenvolvimento da pessoa humana de seus filhos⁹⁵.

3.6.7 *Princípio da dissolubilidade do vínculo*

Antigamente, imperava tanto na legislação, quanto nos costumes a ideia central da indissolubilidade do casamento, porém com o passar do tempo e a evolução da sociedade e das próprias famílias, já se admite o princípio da dissolubilidade do vínculo seja de casamento nos moldes antigo ou moderno, como a união estável por pessoas do mesmo sexo.

Vai prevalecer a vontade das partes, pois não havendo mais interesse de manter a vida a dois, não pode o casal ser obrigado a viver maritalmente. Assim, com base nesse princípio, por exemplo é possível que ocorra o divórcio, sem a partilha de bens, que se dará em momento posterior.

⁹⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 13/01/2019.

CAPÍTULO 4: DO ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS

4.1 Do conceito de abandono afetivo e sua caracterização como ilícito civil

O abandono afetivo é o não cumprimento do dever de convivência, de participação, de interação e de cuidado na vida do filho. Essa circunstância pode ou não vir acompanhada de abandono material, em que é negligenciado o sustento da prole.

O Projeto de Lei do Senado nº 700, de 2007⁹⁶ pretende definir que a assistência moral devida aos filhos pelos pais deve ser realizada por meio de convívio ou visitação periódica que permitam acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento. O referido projeto ainda enumera de forma específica atos ou condutas que se caracterizam como assistência que deve ser prestada pelos progenitores, envolvendo orientação sobre escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais, a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade e a presença física sempre que possível e espontaneamente requestada pela criança ou adolescente.

O texto integral inicial do Projeto de Lei, quando ainda não havia sido avaliado pelas comissões competentes, esclarece que seu objetivo é assegurar que os deveres dos pais abrangem o acompanhamento da formação de seus filhos, não se restringindo meramente ao sustento, ao auxílio material. A seguir, colaciona-se trecho retirado da justificativa do PLS nº 700/2007, de autoria do Senador Marcelo Crivella⁹⁷:

Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia. (grifo no original)

A síntese da finalidade da regulamentação normativa auxilia no estabelecimento do conceito de abandono afetivo, que se pretende atingir no presente tópico. No último capítulo, haverá melhor análise do projeto de lei elencado.

⁹⁶ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516>. Acesso em 24 de março de 2019.

⁹⁷ Tramitação do Projeto de Lei do Senado nº 700 de 2007, disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516>. Acesso em: 24 março 2019.

Para Stoco (2014)⁹⁸, o abandono afetivo seria o distanciamento físico e a omissão sentimental, por meio do afastamento, desinteresse, desprezo e falta de apoio.

Rizzardo (2014)⁹⁹ afirma que, na falta de algum dos pais no dever elementar de fornecer o sustento e proporcionar meios para a criação e a formação, há a ação de alimentos para compelir o ascendente omissor, restrita aos aspectos econômicos. Na ausência de assistência na formação da personalidade, não há meio jurídico que force essa conduta.

Para que não se erijam distorções a respeito da tese aqui exposta, importa ressaltar que não se pretende estabelecer um meio jurídico para coagir o pai ou mãe omissos no acompanhamento da formação da personalidade dos filhos, algo que seria impossível; buscase apenas atenuar os danos morais sofridos pelos descendentes negligenciados, que decorrem de ato ilícito de seus pais.

Não há maneira de obrigar os pais a oferecerem apoio afetivo a seus filhos, não havendo possibilidade de ingerência nesse aspecto, mas se pode sancionar a absoluta negligência e desinteresse deliberado, conduta que vulnera o dever jurídico (de acordo com a Constituição Federal, o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente) de acompanhar e dirigir a criação e educação da prole.

O abandono afetivo deve ocorrer em virtude de um motivo não escusável, por simples vontade de negligenciar o filho, violação de um dever jurídico definido.

Como o elo entre pais e filhos é fruto de ato volitivo, é natural que surja para os que concorreram com o nascimento a responsabilidade ou dever de convívio e cuidado com a prole. Como pondera Maria Berenice Dias (2013)¹⁰⁰, a Constituição e o ECA acolheram a doutrina da proteção integral, de modo expresso, crianças e adolescentes foram colocados a salvo de toda forma de negligência, transformaram-se em sujeitos de direito e foram contemplados com enorme arcabouço de garantias e prerrogativas, sendo determinados os responsáveis por efetivar esses direitos: a família, a sociedade e o Estado. A relação paterno-filial é permeada pela reciprocidade de direitos e obrigações.

⁹⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, 10ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 1263.

⁹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 165.

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ª edição. São Paulo: RT, 2013, págs. 469-470.

O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.

O abandono afetivo pode trazer danos à formação psicológica do indivíduo, à sua saúde, portanto. A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do vínculo familiar, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, em que imperam ordem, disciplina, autoridade e limites. A família é o primeiro núcleo social do ser humano, fornecendo as experiências, valores e critérios de conduta que servirão de referência ao desenvolvimento saudável do indivíduo durante toda a vida¹⁰¹.

A perda do poder familiar, tida como única punição possível ao abandono afetivo, mais se assemelha a um prêmio sob a perspectiva do genitor, pois o exime integralmente da responsabilidade que possuía em relação a seus filhos.

É dever legal que os pais ofereçam assistência aos filhos menores, não que sejam obrigados a amar, sentimento que apenas facilitaria o cumprimento espontâneo das obrigações provenientes do poder familiar. A convivência, o cuidado e o interesse possibilitam a oportunidade de uma formação saudável da prole e a constituição de um bom relacionamento paterno-filial.

A ordem jurídica não obriga a amar, até por ser impossível impor um sentimento por qualquer meio externo, mas estabelece como encargo o cuidado, o sustento, a satisfação das necessidades vitais, a educação - sendo crime deixar de prover a instrução primária do filho -, a criação, a convivência e todos os demais deveres juridicamente positivados, corolários da liberdade do planejamento familiar.

Não se impõe o sentimento, mas a responsabilidade, sendo prescritos deveres que seriam naturalmente cumpridos por quem tem afeto e que reforçam a formação do vínculo familiar. No âmbito penal, o genitor que permite que aconteça resultado danoso a seu filho é punido com a figura do crime omissivo impróprio, pela noção de que haveria um dever legal de evitar o dano.

¹⁰¹CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 8, n. 36, p.71-87, jun/jul, 2006, pág. 71.

A criança, por sua vulnerabilidade inata, necessita de cuidados e atenção especiais. Aos pais, a partir da gravidez, cabe a responsabilidade de oferecer a assistência necessária, já que possuem a liberdade do planejamento familiar, além de terem conhecimento dos riscos inerentes a sua conduta, considerando ainda que o art. 226, §7º da CF/88 estabelece como princípios diretos desse planejamento a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável.

A alegação de "falta de amor", na verdade, pode significar o absoluto desinteresse e indiferença à formação da personalidade do filho ocorridos em determinada etapa desse desenvolvimento. O afeto não se forma instantaneamente, mas a partir da convivência e dedicação periódicas e espontâneas.

Havendo o injustificado descumprimento dos deveres inerentes à paternidade ou à maternidade, é forçoso concluir que se comete ato ilícito por omissão, contrário a todo o ordenamento jurídico brasileiro, que responsabiliza os genitores pela criação, educação e sustento de seus filhos.

O assunto é bastante discutível sobre a obrigatoriedade ou não de indenização por parte dos pais por ter abandonado afetivamente os seus filhos, por não dar a devida atenção ou tratá-los com rejeição e frieza. Essa é uma situação que geralmente decorre com o divórcio, principalmente quando este divórcio é litigioso, pois o casal não consegue entrar em acordo na dissolução do casamento, nos assuntos relacionados a partilha de bens, pensão, guarda de filhos, ou ainda o não reconhecimento da paternidade.

Este é um assunto delicado, e que vem sendo discutido pelos tribunais visto ser muito difícil à justiça obrigar um pai ou a mãe amar, dar carinho e atenção a um filho, além de se estabelecer um valor pecuniário pela falta de afeto nessa relação familiar ou condenar a uma indenização pelo não reconhecimento voluntário da mãe ou do pai. Apesar disso, como abandono afetivo está gerando diariamente repercussões, os tribunais também estão acatando os pedidos e se posicionando de forma positiva para a indenização aos danos decorrentes do não cumprimento da afetividade dos pais ao filho.

Mas não podemos deixar de pensar que perante este assunto existem controvérsias na doutrina. Parte dos juristas acredita que não há no ordenamento jurídico previsão de obrigatoriedade, uma vez que a prestação alimentícia já sendo cumprida pelo genitor, este já não possui mais nenhuma obrigação. Estes juristas entendem que não pode a Lei obrigar o responsável a sentir amor e carinho pelo filho, sendo impossível impor a manutenção de um

laço sentimental que muitas vezes nem existiu. Tal laço é elemento que advém do interior, do psíquico humano, não podendo a Lei determinar a sua criação ou extinção. O legislador não poderia segundo esta corrente, invadir tal campo humano, no que concerne aos seus sentimentos. O Superior Tribunal de Justiça, com entendimento pretérito e caracterizado um tanto como defasado, se manifestou sobre esse conteúdo.

PROCESSO: REsp 757411 MG 2005/0085464-3 RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO.DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.

Por outro lado, há aqueles que defendem ser de fato o dever de afeto dos pais. Tendo em vista a formação da criança que é influenciada diretamente pela presença de seus genitores na formação de sua opinião, caráter e relações pessoais, fica evidente assim a extrema importância do relacionamento entre pais e filhos. Este relacionamento, pautado no amor, carinho, afeto e entre outros, é fundamental para o crescimento emocional da criança.

Segundo Rolf Madaleno (2013, p. 382) “Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante à interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados, ou nas hipóteses de famílias monoparentais, em que um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o dever de cuidado que tem em relação à sua prole, cuja expressão, representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro”; diante do descuido em situações de dependência e carência, o abandono certamente afeta a higidez psíquica do descendente rejeitado.”

É essencial que nas hipóteses de separação, que a guarda seja a mais compartilhada possível, para que a criança possa ser compensada na prestação dessa necessidade que a todos nós somos dependentes. Essa linha de raciocínio prega a harmonia entre a prestação pecuniária de alimentos e o apoio psicológico e moral ao infante, ambas incluídas no dever de assistência prevista no artigo 1583 do Código Civil, vejamos:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

(..)

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos:

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II - saúde e segurança;

III - educação.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

Quando a entidade familiar falha nos seus deveres de assistência aos filhos, há grande risco de futuramente o infante se desviar para os caminhos da ilegalidade, criminalidade e entre outros destinos incompatíveis para se viver em sociedade. Ademais, é evidente o interesse da sociedade em geral que o afeto, bem como a prestação econômica, seja oferecida, já que a “ressocialização” após o cumprimento de uma pena é mais dificultosa. Para o Promotor de Justiça Miguel Velasquez em seu artigo Hecatombe X ECA preceitua que: “O abandono e a negligência familiares e a falta de afeto e diálogo também são problemas comuns que afligem os jovens, não sendo de espantar que mais de 90% dos adolescentes infratores internados provenham de famílias bastante desestruturadas, marcadas por agressões físicas e emocionais, problemas psiquiátricos e pela ausência das figuras paterna e materna, seja pela rejeição pura e simples, seja pela morte ou doença, muitas vezes causada também pela violência urbana.” (VELASQUEZ, 2010).

Ao fazermos a interpretação sistemática e teleológica da Constituição, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em mente seus princípios norteadores, percebemos que o legislador idealizou uma legislação voltada ao bem estar da criança e do adolescente.

Conforme supracitado, podemos observar que o bem-estar para o infante é composto pela união do dever de alimentos e no dever moral/emocional, não podendo haver reajuste desse bem jurídico tutelado sem que ambos os elementos estejam presentes na formação da criança, até mesmo conforme as palavras de Pamplona Filho (2014, p. 571) “Logicamente, dinheiro nenhum compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a

“perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor.”

Há também o abandono afetivo, pelo o não Reconhecimento de Paternidade por vontade própria do genitor, pois também fere um direito da personalidade e lesiona a honra do menor, ferindo assim a sua identidade pessoal representada pelo genitor para a sua qualificação social na comunidade em que vive, como por exemplo na certidão de nascimento. Assim salienta Antonio Jeová Santos (1997, p. 197) “ O não reconhecimento de filho pode ser causa de alterações psíquicas, pois a criança cresce em sua vida de relação com a pecha de que não tem pai. Na escola, entre vizinhos e até no trabalho, é vista com o estigma de que não foi reconhecido pelo pai.”

Portanto, resta-se entender que o afeto é sim dever dos pais, uma vez que cabe a estes a responsabilidade pela formação saudável do infante, a fim de que este seja inserido na sociedade de modo a contribuir e acrescentar positivamente na evolução da comunidade e de sua futura família. De fato, a lei não pode obrigar alguém a amar a outrem, mas no caso de reconhecimento paterno isso é uma prerrogativa garantida pela legislação brasileira, e o mínimo que se espera é a dedicação ao filho, fornecendo a base moral que para este é imprescindível. Ainda que não haja o afeto propriamente dito, deve haver a presença e o comparecimento, já que o descumprimento dos deveres dos pais gera a responsabilidade civil.

4.2 Da vinculação dos filhos com os pais (filiação)

É comum vermos as pessoas andando com crianças e adolescentes chamando de filhos ou até assumindo responsabilidades de caráter afetivo e material, como sustento e educação, porém a essa caracterização de vínculo se exige todo um ritual jurídico que cada País adota, pois estaremos lidando com menores que precisarão de apoio do Estado nessa questão. É a sua formação como pessoa se inserir no meio familiar e da sociedade que estará em jogo, por isso deve haver critério e responsabilidade de todas as partes envolvidas.

Estamos falando da parte mais fraca no processo, por isso todo um ritual deve ser seguido para proteção daqueles que serão adultos, exigindo rigor da legislação aos diversos tipos de identificação do vínculo, forma e tipos de filiação, com deveres e obrigações, podendo ou não haver penalidades aos pais ou responsáveis quando do seu descumprimento.

A formação da família não decorre mais exclusivamente das forças naturais, o exercício da paternidade perde seu caráter meramente procriatório para tornar-se uma atitude de amor e afeto.

O afeto familiar é o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio, em virtude de uma origem comum, a qual vincula as pessoas por uma solidariedade íntima e fundamental, mesmo quando distantes. Concomitante a isso, também ocorreu modificações acerca da concepção de filiação. A filiação acabou desvencilhada de sua função biológica, garantida pelos laços genéticos, passando a exercer uma função social, assegurada pelo afeto.

A figura paterna passa a ser reconhecida pelo amor, desvelo e serviço de entrega à criança, sendo insuficiente apenas o fornecimento do material genético. Neste sentido é a concepção de Paulo Luiz Netto Lobo (2003, p.12) “o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência familiar, e não do sangue”.

Neste contexto, surge a paternidade socioafetiva, semelhante do modelo de família eudemonista, fundada no afeto construído no cotidiano, revelando a valorização dos membros das relações familiares. A filiação consanguínea só coexiste com o vínculo afetivo, com o qual se completa a relação parental.

4.2.1 Evolução Histórica da filiação

Segundo Maria Berenice Dias (2007) a necessidade de preservação do núcleo familiar e herança – diga-se, preservação do patrimônio da família – autorizava que os filhos fossem catalogados de forma absolutamente cruel. Fazendo uso de uma terminologia plena de discriminação, os filhos se classificavam em legítimos, legitimados e ilegítimos.

No sistema de codificação brasileiro de 1916, filho legítimo era o resultante de casamento válido ou putativo, nos termos do art. 337 daquele código, ao passo que o filho ilegítimo era aquele fruto de relacionamento mantido fora do casamento. Filho civil era o filho adotivo, ou seja, aquele resultante do ato jurídico da adoção. Na esfera da filiação ilegítima, havia subdivisão: a) filho natural era o filho extramatrimonial de pessoas entre as quais não havia impedimento matrimonial na época da sua concepção; b) filho espúrio era o filho havido fora do casamento, mas que havia impedimento entre os pais para se casarem validamente, ora por força da vedação do adultério – filho adúltero - ora em razão de se proibir o incesto ou práticas semelhantes – filho incestuoso.

A regra da filiação, tal como concebida pelo sistema codificado, era aquela havida através da matrimonialidade: “filho é filho matrimonial, sendo excepcionalmente reconhecidos filhos de outras origens, que não o casamento” (GAMA, 2007, p.73). Nas palavras de Marques (2006) a filiação extramatrimonial ficava num plano inferior, com tratamento diferenciado e discriminatório a ponto de se deixarem crianças sem pai declarado.

Quanto aos filhos ilegítimos, o art. 358 do Código Civil 1916, negava a possibilidade do reconhecimento dos filhos espúrios – adulterinos e incestuosos. Assim, apenas os filhos legítimos e os filhos naturais – estes quando fossem reconhecidos voluntariamente pelos pais, ou procedessem à investigação de paternidade/maternidade – poderiam manter relações jurídicas fundadas na parentalidade, ao passo que os filhos espúrios eram excluídos de qualquer proteção já que não poderiam sequer investigar a sua parentalidade. Os argumentos que se apresentavam para justificar a exclusão eram basicamente os mesmos: a necessidade de proteção da paz doméstica; a estabilidade dos casamentos; a tradição das famílias; a repressão aos escândalos que poderiam advir do estabelecimento dos vínculos de paternidade-maternidade-filiação.

Clóvis Beviláqua já alertava: "a falta é cometida pelos pais, e a desonra recai sobre os filhos. A indignidade está no fato do incesto e do adulterino, mas a lei procede como se estivesse nos frutos infelizes dessas uniões condenadas".

Conforme Dias (2007, p. 318) negar a existência de prole ilegítima simplesmente beneficiava o genitor e prejudicava o filho. Ainda que tivesse sido o pai quem cometera o delito de adultério – que à época era crime – e infringindo o dever de fidelidade, o filho era o grande perdedor. Singelamente, a lei fazia de conta que ele não existia. Era punido pela postura do pai, que se liberava dos ônus do poder familiar. E negar reconhecimento ao filho é excluir-lhes direitos, é punir quem não tem culpa, é brindar quem infringiu os ditames legais (DIAS, 2007. p.318).

Com o advento da Lei nº 4.737/1942 e posteriormente da Lei nº 883/1949, em relação aos filhos adulterinos, passou a ser possível o reconhecimento da filiação desde que dissolvida à sociedade conjugal até então mantida pelo genitor que havia sido casado.

O tratamento dos filhos ilegítimos em nossa legislação evoluiu no sentido da concessão de direitos mais amplos e de sua progressiva equiparação aos filhos legítimos (WALD, 2005, p.243).

A Lei nº 6.515/1977 extinguiu a discriminação dos filhos ilegítimos, passou a admitir o reconhecimento da filiação adulterina, através de testamento cerrado, equiparando o direito sucessório destes filhos ao dos filhos legítimos.

Afirma João Batista Villela (2003, p.24), acerca da evolução em matéria do Direito Brasileiro:

O ponto-de-partida argumentativo era um altruísmo tão singelo quanto irresistível: não se podia responsabilizar os filhos pela conduta dos pais ilegítimos, ponderava-se, não eram os filhos havidos fora do matrimônio, eram os pais que os punham no mundo.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que assegurou aos filhos, adulterinos e incestuosos, as mesmas qualificações, além de proibir o emprego de qualquer designação discriminatória no que pertine à filiação, pôs um ponto final em matéria de restrições ao estabelecimento dos vínculos de paternidade-maternidade- filiação, independente do tipo de relacionamento existente entre os pais. Desse modo, o art. 358, do Código Civil de 1916, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo perfeitamente possível o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, com total irrelevância acerca da origem da filiação (GAMA, 2007, p.74).

Complementando a evolução do Direito brasileiro em matéria de filiação, foi editada a Lei 8.560/1992, que cuida do reconhecimento e da investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Nos termos da referida lei em seu art. 1º, o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável, e pode ser feito por um dos seguintes modos: a) no registro de nascimento, mediante o comparecimento dos pais; b) por escritura pública ou instrumento particular, a ser arquivado em cartório; c) por testamento, em qualquer uma de suas modalidades, ainda que incidentalmente haja o reconhecimento; d) por manifestação expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não tenha sido o objeto único e principal do ato.

Por fim, em suas palavras Maria Berenice Dias (2007, p.326), afirma que no atual Código Civil, persistem presunções da paternidade nos mesmos moldes da legislação passada. Além de repetir todo o elenco que existia, foram criadas novas presunções nas hipóteses da inseminação artificial. São presumidos como tendo sido concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, e ainda que se trate de embriões excedentários (CC 1.579, III e IV).

Igualmente, é ficta a filiação nas hipóteses de inseminação artificial heteróloga, desde que tenha havido prévia autorização do marido (CC 1.579, V).

Observa-se dessa forma, que a relação de filiação não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho. Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não-biológica; em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não-biológica.

4.2.2 Conceito de filiação

O que seria então filiação? vem logo na cabeça que filiação é o filho concebido do homem e da mulher com registro jurídico no cartório de títulos e documentos. A legislação inicia com essa visão e estabelece de pronto o seu formato. Seria simples se a sociedade não fosse se modernizando e aperfeiçoando em várias formas como iremos estudar.

A palavra filiação tem sua origem no termo latino *filiatio*, que significa a relação de parentesco entre pais e filhos, “considerados na ordem ascensional, destes para os primeiros, do qual também procedem, em ordem inversa, os estados de pai (*paternidade*) e de mãe (*maternidade*)”, nas palavras de Silva (2002), apud Prado (2012)¹⁰².

O Código Civil de 1916 sempre estabeleceu a filiação essencialmente pela vinculação biológica, consistindo, segundo Monteiro (2010) o vínculo existente “entre o filho e as pessoas que o geraram”¹⁰³. Nas palavras de Pereira (2004), na relação “que o facto da procriação estabelece entre duas pessoas, das quais uma é nascida da outra”¹⁰⁴. Dessa forma, os efeitos jurídicos variavam conforme a legitimidade da relação mantida pelos pais quando da concepção.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, consolidaram-se os princípios da igualdade, solidariedade e afetividade, os quais modificam a concepção da filiação, não sendo mais restrita ao vínculo biológico. Surge, conforme doutrina majoritária, a socioafetividade da filiação, ligada à relação de afeto e solidariedade desenvolvida entre os indivíduos que convivem em ambiente familiar. Assim, as crianças e os adolescentes passam a ser criados,

¹⁰² SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 358.

¹⁰³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, cit., p. 427.

¹⁰⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, cit., p. 218.

educados e sustentados pelas pessoas que ali convivem, assumindo, assim, a condição fática e jurídica de pais e filhos. Segundo Vilela (1979),¹⁰⁵.

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Tanto mais quanto é certo que esse movimento evolutivo, transportando a família de uma idade institucionalista para uma idade eudemonista, ocorre em período de extraordinária floração da tecnologia biomédica

Estabelecia-se assim uma nova condição de filiação podendo se dar tanto pela vinculação biológica quanto pela socioafetiva, considerando que as duas formas são responsáveis pelo desenvolvimento do elo que une pais e filhos, gerando, a partir daí, direitos e deveres recíprocos.

Segundo Rodrigues (2004) filiação pode ser definida como “a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado”¹⁰⁶. Lobo (2008) descreve esta última parte do conceito decorrente da adoção, da posse de estado de filho e da concepção derivada de inseminação artificial heteróloga¹⁰⁷. Já para Fujita (2009) filiação é o

vínculo que se estabelece entre pais e filhos, decorrente da fecundação natural ou da técnica de reprodução assistida homóloga (sêmen do marido ou do companheiro; óvulo da mulher ou da companheira) ou heteróloga (sêmen de outro homem, porém com o consentimento do esposo ou companheiro; ou óvulo de outra mulher, com a anuência da esposa ou companheira), assim como em virtude da adoção ou de uma relação socioafetiva resultante da posse do estado de filho¹⁰⁸.

Podemos então estabelecer que filiação seria a relação jurídica originada por vínculo biológico, mediante transferência de material genético de forma natural ou por inseminação artificial homóloga ou socioafetivo, representado por adoção, posse de estado de filho ou inseminação artificial heteróloga, gerando descendentes de primeiro grau em linha reta.

¹⁰⁵ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade, cit., p. 413.

¹⁰⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 297.

¹⁰⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 192.

¹⁰⁸ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10.

A filiação, pois, é fundada no fato da procriação, pelo qual se evidencia o estado de filho. O termo filiação exprime a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram (VENOSA, 2005, p.244).

Os avanços científicos de manipulação genética popularizam a utilização de métodos reprodutivos, como a fecundação assistida homologa e heteróloga, a comercialização de óvulos ou espermatozoides, a locação de útero e isso sem falar ainda em clonagem (DIAS, 2008, p. 320). Porém, todos esses avanços ocasionaram uma reviravolta nos vínculos de filiação.

Todas essas mudanças refletem-se na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma nova linguagem que melhor trata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo etc. Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial (DIAS, 2008, p. 320).

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo.

Observa-se que a filiação é a relação de parentesco consanguíneo ou não, que liga uma pessoa àquelas que a geraram ou a receberam como se tivessem gerado. Todas as regras sobre parentesco estruturam-se a partir da noção de filiação.

A constituição de 1988 (art. 227, § 6º) estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima ou ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no Código Civil de 1916. Hoje, porém, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância e outros por via de adoção, mas com iguais direitos e qualificações. No atual estágio da sociedade, não mais interessa a origem da filiação.

Como destaca Dias (2008), “ Cabe ao direito identificar o vínculo de parentesco entre pai e filho como sendo o que confere a este a posse de estado de filho e ao genitor as responsabilidades decorrentes do poder familiar” (DIAS, 2008, p.321).

Essas mudanças que o Direito de Família sofreu ao longo dos anos, principalmente em tempos de grandes avanços da biotecnologia, impõem novas formas de vivenciar e compreender as relações entre pais e filhos.

Dessa forma, o status de filho pode ser conquistado com o nascimento em uma família matrimonialmente constituída ou família oriunda da união estável, com a adoção, com o reconhecimento da paternidade, voluntário ou forçado, sem que a causa que deu ensejo ao vínculo, entre pai, mãe e filho seja a consanguinidade (DIAS, 2008, p. 322).

4.2.3 Da presunção de filiação

Os filhos são o resultado comum do relacionamento entre sexos opostos. Ao gerar sua prole, o homem sofre consequências no âmbito do direito. O nascimento de uma criança reflete uma série de obrigações para seus genitores. É dever constitucionalmente imposto aos pais o de assistir, criar e educar os menores sob sua responsabilidade.

Há que se ressaltar que nem sempre a ligação afetiva decorre de união sexual, pois pode provir de inseminação artificial homóloga ou heteróloga (esta última, desde que haja autorização do marido); também de fertilização *in vitro* ou na proveta.

A relação existente entre o filho e as pessoas que o conceberam é chamada de filiação. Há que se ressaltar que, além da concepção biológica ou natural, que é aquela que resulta da união tradicional, existe também a filiação sociológica, que surge com a adoção, com fundamento legal no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. ° 8.069/90) e no Código Civil Brasileiro.

A adoção corresponde ao ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim.

Pelo então vigente Código Civil de 1916 consideravam-se existentes três categorias distintas de filiação biológica: legítima, ilegítima e legitimada. Entretanto, como a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o princípio da isonomia entre filhos, houve uma equiparação total, que acabou por fulminar aquelas diferenciações. E, além disso, também equiparou os filhos adotivos aos biológicos. Assim reza o art. 226, § 6º da Constituição Federal: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". O Código Civil de 2002, em seu art. 1.596, segue a mesma redação deste dispositivo.

Para que não haja discriminações, a lei gera um sistema de reconhecimento da filiação por meio de presunções: deduções que se tiram de um fato certo para a prova de um fato desconhecido (DIAS, 2007, p.323).

Independentemente da verdade biológica, a lei presume que a maternidade é sempre certa, e o marido da mãe é o pai de seus filhos. Tal presunção é identificada por uma expressão latina: *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

Com isso elimina-se a incerteza do marido em relação aos filhos de sua esposa. Pai é aquele que o sistema jurídico define como tal, é a lei que atribui à criança um pai (DIAS, p. 323, 2007). A finalidade é fixar o momento da concepção de modo a definir a filiação, certificar a paternidade e os direitos e deveres decorrentes.

Para Maria Berenice Dias (2007, p.323), a ligação matrimonial decorre de uma ficção jurídica: o pai sempre é o marido da mãe. Desse modo, os filhos de pais casados têm, e de pleno direito, estabelecidas a paternidade e a maternidade. O nascimento de alguém no seio da família constituída pelo casamento leva ao reconhecimento de que o pai é quem está casado com a pessoa que deu a luz uma criança. Dessa forma, acaba a norma jurídica imputando uma paternidade jurídica presumida a alguém. Aliás, o que presume a lei, de fato, nem é o estado de filiação, mas a fidelidade da esposa ao seu marido. Onde a mulher era obrigada a casar virgem, não podia trabalhar, ficava confinada no lar cuidando do marido, a quem devia respeito e obediência. Claro que os seus filhos só podiam ser filhos do seu marido.

João Baptista Vilela (2003, p.128), afirma que "foi com base no dever de fidelidade da mulher, e não na sua fidelidade efetiva, que se formou a regra *pater is est quem nuptiae demonstrant*". O filho matrimonial é filho do marido de sua mãe, em razão basicamente de três aspectos: "o jurídico (o marido da mãe é por presunção pai do filho tido pela mulher com a qual está casado), o biológico (o marido da mãe é presumidamente o autor genético da fecundação) e o socioafetivo (o marido da mãe trata a criança – e por ela é tratado – como pai)".

A lei, porém não estende a presunção de paternidade à união estável, pois boa parte da doutrina afirma que a presunção *pater is est* só existe no casamento. Talvez por isso não é imposto o dever de fidelidade aos conviventes, somente o dever de lealdade (CC 1.724).

Quanto à presunção nas relações extramatrimoniais, diga-se: união estável, a Constituição Federal de 1988 buscou equiparar a situação dos filhos no mesmo patamar dos

originários dos matrimoniais, ou seja, estabeleceu a possibilidade de todos os filhos havidos fora do casamento terem reconhecida, seja voluntária ou coativamente, por via de investigação de paternidade.

Ressalta Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2007, p.64), que "a presunção legal de paternidade em favor do marido da mãe da criança não deixou de existir, sob pena a Constituição Federal ter promovido a redução de direitos dos filhos havidos dentro do casamento". E, com efeito, o próprio sistema codificado não exigia a verdade biológica para a fixação da paternidade, conforme deixa certo o disposto no art. 339, incisos I e II, do Código Civil, numa leitura conforme a Constituição:

Art. 339: a legitimidade do filho nascido antes de decorridos os 180 dias de trata o n. I do artigo antecedente, não pode, entretanto, ser contestada: I – se o marido, antes de casar, tinha ciência da gravidez da mulher; II – se assistiu, pessoalmente, ou por procurador, a lavrar-se o termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade.

Assim, são reconhecidas como concebidas na constância do casamento as crianças pelo menos 180 dias (6 meses) depois da celebração do matrimônio (CC 1.597, I). Ocorrendo o nascimento até 300 dias (10 meses) subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, presume-se filho do casal (CC 1.597, II). Até os filhos fruto de inseminação artificial gozam da condição de filho por ficção legal. Está matemática legal olvida-se de que há a possibilidade de acabada a convivência, constituir a mulher união estável. Como o lapso temporal da presunção (10 meses) é superior ao período médio da gravidez (9 meses), este critério é de ser abandonado (DIAS, 2007, p. 324).

A lei estabelece como marco para o início da contagem do prazo de 300 dias a dissolução da sociedade conjugal. Porém, quem tem o condão de dissolver o casamento é a morte e o divórcio (CC 1.571 § 1º), mas só a morte se presta para o efeito de estabelecer o termo inicial do referido prazo. O divórcio depende de ação judicial ou administrativa para algumas situações, que só podem ser propostas depois de decorrido, no mínimo, um ano da separação de corpos ou dois anos da separação de fato.

Assim, não pode ser esse o marco para começar a fluir o lapso temporal para definir a paternidade por presunção, mas sim o fim da convivência, da separação de fato, o que gera a presunção da ausência de contatos sexuais e, em consequência, da possibilidade de ocorrência de gravidez. Alias, em razão dessas situações é que a lei só admite o casamento da viúva após 10 meses da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal (CC 1.523, II).

Somente no caso de nascimento do filho, ou mediante a prova da inexistência da gravidez, pode ser dispensado o prazo (art. 1.523, parágrafo único, CC). Ocorrendo o casamento em período anterior, se o filho nascer antes de 300 dias, presume-se que é do primeiro marido. Se nascer depois desse prazo será considerado filho do novo cônjuge (CC 1.598).

O Código Civil enfoca também a possibilidade de nascimento de filho ainda após a morte do pai ou da mãe, no caso da fecundação homóloga e de embriões excedentários. A inseminação homóloga (art. 1.597, III, CC) pressupõe que a mulher seja casada ou mantenha união estável e que o sêmen provenha do marido ou companheiro. É utilizada em situações nas quais, apesar de ambos os cônjuges serem férteis, a fecundação não é possível por meio do ato sexual por várias etiologias (problemas endócrinos, impotência, vaginismo, etc.).

A inseminação heteróloga (art. 1.597, IV, CC) é aquela cujo sêmen é de um doador que não é o marido ou companheiro. Aplica-se principalmente nos casos de esterilidade do marido, incompatibilidade do fator Rh, moléstias graves transmissíveis pelo marido etc. Com frequência, recorre-se aos bancos de esperma, nos quais, em tese, os doadores não devem ser conhecidos.

Destaca-se que se a inseminação heteróloga deu-se sem o consentimento do marido, este pode impugnar a paternidade. Se a inseminação deu-se com seu consentimento, há que se entender da impossibilidade do questionamento da filiação que assumiu (art. 1.597, V, CC).

Ainda que já exista toda uma moderna tecnologia que permite, com exatidão quase absoluta, a identificação da verdade biológica por meio de indicadores genéticos, insiste a lei também em determinar a filiação por outros meios e por presunção.

4.2.4 Do Reconhecimento da paternidade

O reconhecimento de filho incapazes é ato jurídico que se reveste de características bastante específicas, quais sejam: é constitutivo de estado, personalíssimo, unilateral, puro e simples, não receptício, independente da vontade de terceiro ou do filho incapaz e, ainda, irrevogável, salvo vício de vontade.

É constitutivo de estado porque é dele que decorre a paternidade, ou seja, é através dele que o homem investe-se juridicamente da condição de pai, inserindo também no estado do filho os seus parentes (avós, tios, etc.). É personalíssimo porque somente o pai tem legitimidade para praticá-lo, não se admitindo que ninguém o faça por ele. É ato unilateral, porque se perfaz com uma só declaração de vontade, reputando-se perfeito e acabado tão somente pela atuação do pai, na forma da lei. A propósito, está no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 26 e no Código Civil, art. 1.607, que os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, ou seja, é prerrogativa que a lei comete a cada genitor, individualmente.

É ato puro e simples, onde não se admite condição ou termo, que se existentes, a lei reputa ineficazes (CC, art. 1.613), de modo a prevalecer o reconhecimento *sic et simpliciter*. Formalismo algum é exigido pela lei, condicionamento algum é admissível ao ato. Ainda, é ato não receptício, diga-se: não depende da aceitação de quem quer que seja, entra no mundo jurídico independentemente de ter sido comunicado a alguém, tão somente pela manifestação de vontade do pai na forma da lei, embora pendente da respectiva averbação para alcançar eficácia (MIRANDA, 2000, p. 512).

Enfim, o reconhecimento da filiação é irrevogável, por expressa disposição legal (Lei nº 8.560/92, art. 1º, caput; CC, art. 1.610), ou seja, uma vez praticado, não pode ser desfeito *ad nutum*, unicamente pela vontade de quem o praticou. Disso se conclui, então, que basta o pai praticar o ato, observada qualquer das formas estabelecidas em lei, para que se crie no mundo jurídico o estado legal de filiação, sem que o filho ou qualquer outra pessoa possa ou deva intervir. O filho, aqui, é receptor passivo e, em princípio, não pode recusar-se ao reconhecimento, salvo quando atingir a maioridade, na forma do art. 1.614, do CC.

Com isso, percebe-se que o reconhecimento de paternidade conferindo status ao filho será inválido se este já estiver sido reconhecido; devido à impossibilidade jurídica de dualidade de filiações na mesma pessoa, só será permitido novo reconhecimento caso se anule o primeiro por erro ou falsidade (STF, súmula 149). A lei atribui àquele que reconheceu a paternidade a condição de pai, com todos os deveres e prerrogativas à ela inerentes, e das quais não pode mais se furtar, posto que além de irrevogável, é hábil, também, a produzir todos os seus efeitos legais.

4.2.5 Do reconhecimento da filiação voluntária ou judicial

São cinco atualmente, os modos de reconhecimento dos filhos. Pode ser voluntário ou judicial (também chamado de coativo ou forçado), por meio de ação de investigação de paternidade. O reconhecimento voluntário será feito, segundo o art. 1.609 do Código Civil:

I – no registro do nascimento; II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III – por testamento, ainda que incidentemente manifestado; IV – por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Embora o testamento seja essencialmente revogável, não poderá sê-lo na parte em que o testador reconheceu o filho. Isso por absoluta imposição legal, o que, sem dúvida, corrobora e consubstancia a vontade do testador.

4.2.6 Do reconhecimento voluntário

O reconhecimento voluntário é, segundo Maria Helena Diniz, o meio legal dos pais, da mãe ou de ambos revelarem espontaneamente o vínculo que os liga ao filho, outorgando-lhe, por essa forma, o *status* de filho (CC, art. 1.607).

É ato pessoal dos genitores, não podendo ser feito por avô ou tutor, sucessores do pai ou herdeiros do filho, porém será válido se efetuado por procurador, munido de poderes especiais e expressos, porque nesse caso a declaração de outorga já está contida na própria outorga de poderes, de maneira que o mandatário apenas se limita a formalizar o reconhecimento (PEREIRA, 2006, p 233).

Observa-se que reconhecer um filho de forma espontânea independe da prova da origem genética. Pois, é um ato espontâneo, solene, público e incondicional. Como regra o estado de filiação, não pode estar sujeito a termo, sendo descabido o estabelecimento de qualquer condição (CC 1.613). É ato livre, pessoal, irrevogável e de eficácia *erga omnes*. Por isso, inadmissível arrependimento. Não pode ainda, o reconhecimento ser impugnado, a não ser na hipótese de erro ou falsidade do registro (CC 1.604), em razão do art. 1.614 do mesmo Código condicionar a sua eficácia ao consentimento do filho maior e dar ao filho menor a prerrogativa de impugná-lo, sob pena de decadência, dentro dos quatro anos que se seguirem à maioridade ou emancipação, mediante ação de contestação de reconhecimento, fundada na falta de sinceridade, na atribuição de falsa filiação ao perfilhado (DINIZ, 2007, p. 450).

Observa Maria Helena Diniz (2007), que o reconhecimento, qualquer que seja a origem da filiação, é ato solene e irrevogável, que obedece a forma prescrita no Código Civil art. 1609, I a IV, vejamos:

- *no próprio termo de nascimento*, caso em que o pai, ou procurador munido de poderes especiais, comparece perante o oficial do Registro Público e presta declarações sobre a descendência do registrado, assinando o termo, na presença de testemunhas. O reconhecimento pode ser feito conjunta ou separadamente pelos pais (CC 1607), afirmando que certa pessoa é seu filho, e atribuindo todos os direitos decorrentes da filiação. Sendo o pai o declarante, quando a maternidade constar do termo de nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la provando a falsidade do termo ou das declarações nele contidas (CC, art. 1.608). Pode-se citar um registro de nascimento feito por quem não sabia ser o verdadeiro pai é tido como adoção simulada e gera paternidade socioafetiva. Tem-se a adoção à brasileira, que advém de declaração falsa assumindo paternidade ou maternidade alheia, sem observância das exigências legais para adoção. Falsa declaração de paternidade, não pode dar origem à anulação de registro de nascimento. Quem registra como seu filho de outrem, não age em desconformidade com sua vontade, não ocorrendo, dessa forma, vício de consentimento (DINIZ, 2007, p. 454).

- *por escritura pública*, que não precisa ter especificamente esse fim, pois o reconhecimento pode dar-se numa escritura pública de compra e venda, bastando que a paternidade seja declarada de modo incidente ou acessório em qualquer ato notarial, assinado pelo declarante e pelas testemunhas, não se exigindo nenhum ato público especial.

- *por testamento* cerrado, público ou particular, ainda que incidentalmente manifestado e até por testamento espacial (marítimo, aeronáutico ou militar) e mesmo sendo nulo ou revogado, o reconhecimento nele exarado vale de per se, inclusive tratando-se de simples alusão incidental à filiação, a menos que decorra de fato que acarrete sua nulidade.

- *por manifestação direta e expressa perante o juiz, ou por termo nos autos*, que equivalerá à escritura pública, mesmo que o reconhecimento não seja o objeto único e principal do ato que o contém.

Tem legitimidade para anular o assento e desconstituir reconhecimento voluntário de paternidade não presumida todo aquele que tenha justo interesse em contestar a ação investigatória, ou seja, todas as pessoas afetadas direta ou indiretamente, tais como: o próprio filho, a mãe, os filhos e pretensos irmãos, bem como aquele que se diz o verdadeiro pai, o pai biológico, e mesmo outros herdeiros. O Ministério Público Figura entre os que têm legitimidade, por tratar-se de questão que diz respeito ao estado da pessoa.

4.2.7 Do reconhecimento judicial

Maria Helena Diniz (2007) ressalta que o reconhecimento judicial de filho resulta de sentença proferida em ação intentada para esse fim, pelo filho, tendo, portanto, caráter pessoal, embora os herdeiros do filho possam continuá-la (art. 227, §6º, CF). Trata-se de direito personalíssimo e indisponível, por isso, a ação é privativa do filho. A legitimidade ativa é dele. Se menor será representado pela mãe ou tutor. Os efeitos da sentença que declara a paternidade são os mesmos do voluntário e também *ex tunc*: retroagem à data do nascimento e deverá, para tanto, ser averbada no registro competente.

Para que ocorra esse reconhecimento é necessário ajuizar ação de investigação de paternidade/maternidade, o que lhes recai a legitimidade passiva, desde que se observem os pressupostos legais de admissibilidade de ação, considerados como presunções de fato. Pode ser contestada por qualquer pessoa que tenha justo interesse econômico ou moral (art. 1.615, CC).

4.2.8 Filiação socioafetiva

A filiação socioafetiva, no sentido estrito, contempla três espécies: a adoção, a posse do estado de filiação e a técnica de reprodução heteróloga. A filiação socioafetiva, portanto, é gênero, e as demais, constituem espécies.

Direitos de filiação e, por conseguinte, deveres de paternidade “envolvem a constituição de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquiridos principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência”. Conforme pode ser contemplado, essa função não será necessariamente exercida pelo genitor biológico, mas exercida pelo pai.

No que tange à paternidade socioafetiva manifestada através da adoção, insta salientar que a lei impõe um procedimento próprio que culmina no dispositivo do art. 1.626 do Código Civil. A relação de parentesco constituída pode ser estendida não somente entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e seus descendentes e entre o adotado e todos os parentes do adotante (art. 1.628 do Código Civil).

Cabe observar, portanto, que a adoção estabelece uma vinculação de parentesco plena, de modo a concretizar o princípio da convivência familiar e garantir ao adotado o direito de seu desenvolvimento físico, moral e mental, em condições dignas e no seio familiar.

4.2.9 Evolução e conceito da filiação socioafetiva

Muito se avançou no Brasil no que a doutrina jurídica especializada denomina paternidade (e filiação) socioafetiva, assim entendida a que se constitui na convivência familiar, independentemente da origem do filho. A denominação agrupa duas realidades observáveis: uma, a integração definitiva da pessoa no grupo social familiar; outra, a relação afetiva tecida no tempo entre quem assume o papel de pai e quem assume o papel de filho. Cada realidade, por si só, permaneceria no mundo dos fatos, sem qualquer relevância jurídica, mas o fenômeno conjunto provocou a transeficácia para o mundo do direito, que o atraiu como categoria própria. Essa migração foi possível porque o direito brasileiro mudou substancialmente, máxime a partir da Constituição de 1988, uma das mais avançadas do mundo em matéria de relações familiares, cujas linhas fundamentais projetaram-se no Código Civil de 2002.

A socioafetividade tornou-se então uma das maiores características da família atual e se assenta nas relações familiares onde o amor é cultivado cotidianamente.

A partir desse contexto é que se funda a família atual e que surge o Princípio Jurídico da Afetividade, que decorrendo de outros Princípios Constitucionais, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é considerado princípio implícito. Segundo o autor Paulo Luiz Netto Lobo (2002, p.77):

Encontram-se na Constituição Federal brasileira algumas referências, cuja interpretação sistemática conduz ao princípio da afetividade, constitutivo dessa aguda evolução social da família, especialmente: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alça-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, e a união estável têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art 226, §§ 3º e 4º). (LOBO, 2002).

Observa-se que a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho. Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter

origem biológica ou não-biológica; em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não-biológica.

Tradicionalmente, a situação comum é a presunção legal de que a criança nascida biologicamente dos pais que vivem unidos em casamento adquire o *status* jurídico de filho. Paternidade biológica aí seria igual à paternidade socioafetiva. Mas há outras hipóteses de paternidade que não derivam do fator biológico, quando este é sobrepujado por outros valores que o direito considera predominantes.

Em escrito publicado no número 1 da Revista Brasileira de Direito de Família (*O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 72), tinha-se chamado atenção para a necessidade de os juristas e profissionais do direito atentarem para a distinção necessária entre genitor e pai. Disse-se:

Pai é o que cria. Genitor é o que gera. Esses conceitos estiveram reunidos, enquanto houve primazia da função biológica da família. Afinal, qual a diferença razoável que deva haver, para fins de atribuição de paternidade, entre o homem doador de esperma, para inseminação heteróloga, e o homem que mantém uma relação sexual ocasional e voluntária com uma mulher, da qual resulta concepção? Tanto em uma como em outra situação, não houve intenção de constituir família (LOBO, 2002, p.72).

A paternidade envolve a constituição de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquirida principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência. A paternidade é múnus, direito-dever, construída na relação afetiva e que assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar” (art. 227 da Constituição). É pai quem assumiu esses deveres, ainda que não seja o genitor.

É importante ressaltar que o estado de filiação, compreendido como o que se estabelece entre o filho e o pai, como sendo a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai é titular do estado de paternidade em relação a ele. Assim, onde houver paternidade juridicamente considerada haverá estado de filiação. O estado de filiação é presumido em relação ao pai registral.

A relação paterno-filial socioafetiva é aquela que se revela no transcurso da convivência; é uma conquista que ganha grandeza e se consubstancia nos detalhes. É fruto de um querer, onde o desejo de ser pai se constrói na via do querer ser filho. Assim, a verdade socioafetiva nem sempre é verdade desde logo, nem sempre se apresenta desde a concepção ou do nascimento, ela se constrói e refina-se no seio da vivência familiar (Fachin; 1996).

4.2.10 Posse de estado de filho

Maria Berenice Dias (2007), afirma que a noção de posse de estado de filho não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto à certeza científica no estabelecimento da filiação.

A parentalidade socioafetiva possui elementos que caracterizam a posse do estado de filho. Embora não haja legislação específica, grande parte dos doutrinadores os identifica: a *tractatio*, a *nominatio* e a *reputatio* (GONÇALVES, 2006, p.291).

Com relação ao trato, conforme se infere do próprio termo, este se configura através do tratamento que é dispensado na relação paterno-filial, ou seja, dá-se por meio da convivência. Não é de toda descabida a afirmação de que o elemento trato (*tractatus*) representa o “carro chefe” dos elementos constitutivos da posse de estado de filho. Tal assertiva encontra-se embasada no mesmo conceito de filiação, sendo este único o de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, consolidando-se, portanto, na afetividade.

Deste modo, o estado de filho encontra-se completamente ligado com a própria relação vivenciada com o pai, na medida em que este revela os sentimentos que nutre pelo filho através da preocupação com o seu bem-estar, cuidando de sua saúde, promovendo a sua educação, e também zelando a todo instante pela boa informação do filho. Portanto, o elemento *tractatus* é aquele que se dá no conviver, ou seja, manifesta-se nos atos do dia-a-dia, no educar, no instruir, no se divertir, no chorar e no sorrir, enfim, o trato representa a manifestação fática da mais pura e verdadeira prova de filiação: aquela que se constrói e que se encontra alicerçada na afetividade.

O segundo significa a utilização pelo filho do patronímico pertencente ao pai, afinal é razoável que se pretenda que o nome da família seja utilizado pelo indivíduo ou, erroneamente como afirma alguns, pelo suposto filho. Entretanto, o elemento nome é de somenos importância, uma vez que a paternidade poderá ser comprovada apenas com os outros dois elementos. Coaduna-se com referida posição às lições de José da Costa Pimenta, para quem “o elemento *nomem* encontra-se materializado sempre que exista entre as partes interessadas o simples chamamento recíproco de pai e filho”. Corroborando com o mesmo posicionamento está também José Bernardo Ramos Boeira (2009, p.86), ao afirmar que:

[...] a doutrina reconhece em sua maioria, o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do pai, não enfraquece a posse do estado de filho se concorrerem os demais elementos – trato fama – a confirmarem a verdadeira paternidade. Na verdade, esses dois elementos são os que possuem densidade suficiente capaz de informar e caracterizar a posse de estado.

E, por fim, como terceiro elemento tem-se a fama ou a *reputatio*. Esta nada mais é que a notoriedade acerca da filiação. Tal notoriedade não permanece circunscrita apenas no lar em que vivem pais e filhos, devendo transcendê-lo tanto a outros familiares quanto à sociedade como um todo.

Mister enfatizar que esta clássica trilogia não se trata de algo taxativo ou, recorrendo-nos a uma terminologia mais técnica, não se constitui em “*numerus clausus*”, pois, conforme bem expõe Fachin (2003, p.63):

[...] outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos. É inegável, porém, que naquele tríplice elenco há o mérito de descrever os elementos normais que de modo corrente demonstram a presença da posse de estado.

Assente-se com clareza, porém, que esses requisitos são meramente exemplificativos e devem ser analisados com temperança, sem excessiva rigidez, com a atenção de tentar delinear sem formalismos o exercício fático da paternidade, que é o que importa ao melhor interesse da criança.

A esse respeito, Cunha Gonçalves (1995 p. 276) já apontava com boa dose de precisão que “as pessoas agem diferentemente em relação aos filhos, uns sendo mais emotivos e sentimentais, e outros mais fechados”. Essas diferenças não elidem a natureza da relação, que é paternal, e por isso não se pode trabalhar com conceitos fechados ou situações pré-modeladas: as vicissitudes do caso concreto ditarão a qualificação da relação fática e sua

juridicização enquanto a filiação socioafetiva. É de se lembrar que se insere na temática da posse de estado a chamada "adoção à brasileira", consistente no registro de uma criança por aqueles que não são seus pais biológicos e o consequente estabelecimento de uma relação paterno-filial afetiva (LÔBO NETTO, 2003, p. 140).

4.2.11 Filiação biológica

No que se refere à paternidade e maternidade, antes de qualquer coisa imperioso reconhecer que esses dados integram o complexo subjetivos formador da personalidade do indivíduo razão pela qual revela-se da máxima importância a justa aplicação e interpretação das normas que disciplinam a matéria.

Importante à distinção entre a paternidade/maternidade biológica, socioafetiva e jurídica para melhor entendimento das diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais que tratam do assunto. A paternidade biológica refere-se ao laço genético que liga a prole aos genitores, aferível através da tipagem do DNA, a jurídica, é decorrente do registro civil e a socioafetiva, oriunda dos vínculos de afetividade entre as figuras paterna/materna e o filho.

O ideal é a coincidência dessa três vertentes em uma dada situação fática em que os fornecedores do material genético exerçam a parentalidade de forma consciente, afetivamente envolvidos no seu mister, conscientes de seus deveres de sustento, alimentação, educação, instrução, apoio à prole (seres humanos em formação física, psicológica, mental e espiritual) constando no respectivo registro civil como pai e mãe, respectivamente.

Mediante essa linha de raciocínio, verifica-se que o modelo puramente genético para identificação da paternidade é insuficiente tendo em vista que estes têm componentes outros que não só uma sequencia de bases químicas (genoma humano codificado).

A chamada "sedução biologista" em que se defende a desconstituição da paternidade, a todo o tempo, por todo o interessado, com o simples fundamento de não haver coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica. Valoriza-se sobremaneira o exame de DNA e muitas vezes desconstituem-se situações fáticas consolidadas pelo tempo e pelo afeto. Oportuno mencionar o posicionamento de Fachin (2003, p.186) segundo o qual:

As decisões calcadas no critério biológico da paternidade merecem questionamento. De verdade proibida, a 'voz de sangue' resta reputada o elemento definidor da relação paterno-filial; paradoxalmente, resultados injustos, similares àqueles derivados do sistema clássico, serão obtidos, eis que a questão central está no equilíbrio dos critérios de estabelecimento da filiação e não na incontrolada supremacia de um sobre o outro.

A paternidade envolve a construção de um amor filial, a criação de ambiente propício para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, cultural e social da pessoa em formação, a educação da prole de forma sadia e em condições de liberdade e dignidade

4.2.12 A prevalência da filiação socioafetiva

A filiação socioafetiva baseia-se na ideia de qualidade de filho, onde os elementos formadores da relação paterno filial são construídos através dos laços de amor visando a felicidade dentro da família.

A filiação socioafetiva encontra sólido apoio nas normas constitucionais sobre direito de família, passa a ter a assento infraconstitucional no art. 1.593 do Código Civil, que menciona a possibilidade de embasar-se o parentesco na consanguinidade ou em "outra origem", locução que engloba a origem afetiva (FACHIN, 2003, p. 17).

Esse é o entendimento majoritário da Doutrina, que inclusive foi afirmado através do Enunciado número 103 e 108, da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal sob a chancela do Superior Tribunal de Justiça.

Afirma-se ainda que o elemento socioafetivo está tutelado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), em seus arts. 28 a 52, ao tratar das famílias substitutas e que pode derivar do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que preconiza a busca da finalidade social.

Decerto não constitui exagero algum se dizer que, no direito civil brasileiro contemporâneo, vige mesmo a prevalência da socioafetividade, como regra geral do sistema.

Por esse motivo, esclarece com muita propriedade, o autor Jédison Daltrozo Maidana (2004, p.119):

(...) pai, ou mãe, na complexidade que esses termos comportam, será sempre aquele ou aquela que, desejando ter um filho, acolhem em seu seio o novo ser, providenciando-lhe a criação, o bem estar e os cuidados que o ser humano requer para o seu desenvolvimento e para a construção de sua individualidade e de seu caráter. Aquele que se dispõe a assumir espontaneamente a paternidade de uma criança, levando ela ou não a sua carga genética, demonstra, por si só, consideração e preocupação com o seu desenvolvimento.

Portanto, a paternidade socioafetiva se fundamenta na distinção entre pai e genitor e no direito ao reconhecimento da filiação, já que entende por pai aquele que desempenha o papel protetor, educador e emocional.

Encontra-se na Constituição brasileira vários fundamentos do estado de filiação geral, que não se resume à filiação biológica: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); não é relevante a origem ou existência de outro pai (genitor); d) o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e o do adolescente (art. 227, caput).

Reconhece-se, pois, que o parentesco psicológico "prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal" (DIAS, 2008, p. 66).

Posta a noção de que não se confunde pai e genitor, e de que prevalece o vínculo de filiação construído através da convivência e do afeto sobre aquele meramente biológico, é fundamental diferenciar o direito ao pai (para tomar de empréstimo a expressão cunhada por HIRONAKA, 2000, p. 71) e o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com ele inconfundível.

Toda pessoa humana tem direito ao estado de filiação, como prerrogativa contida no âmbito da disciplina jurídica das relações familiares, e essa constituição do estado de filiação pode se dar inclusive através do conhecimento da origem genética, se os laços de paternidade não se constituíram por via da afetividade (LÔBO NETTO, 2003, p. 153).

Diferentemente ocorre, quando há uma relação de paternidade socioafetiva pré-constituída. Nestes casos, existe sim o direito à investigação da origem genética, mas ela tem seu fundamento deslocado do direito de família para a seara dos direitos de personalidade; vindica-se a origem genética, não a paternidade (LÔBO NETTO, 2003, p. 153).

O Código Civil de 2002 consagrou em sede infraconstitucional as linhas fundamentais da Constituição em prol da paternidade de qualquer origem e não apenas da biológica. Encerrou-se definitivamente o paradigma do Código Civil anterior (1916), que estabelecia a relação entre filiação legítima e filiação biológica; todos os filhos legítimos eram biológicos, ainda que nem todos os filhos biológicos fossem legítimos. Com o desaparecimento da legitimidade e a expansão do conceito de estado de filiação para abrigar os filhos de qualquer origem, em igualdade de direitos (adoção, inseminação artificial heteróloga, posse de estado de filiação), o novo paradigma é incompatível com o domínio da realidade biológica. Insista-se, o paradigma atual distingue paternidade e genética.

Destacam-se, no Código Civil de 2002, as seguintes referências da clara opção pelo paradigma da paternidade socioafetiva:

- *art. 1.593*, para o qual o parentesco é natural ou civil, “conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. A principal relação de parentesco é a que se configura na paternidade (ou maternidade) e na filiação. A norma, ao contrário do persistente equívoco da jurisprudência, inclusive do STJ, é inclusiva, pois não atribui a primazia à origem biológica; a paternidade de qualquer origem é dotada de igual dignidade;
- *art. 1.596*, que reproduz a regra constitucional de igualdade dos filhos, havidos ou não da relação de casamento (estes, os antigos legítimos), ou por adoção, com os mesmos direitos e qualificações. O § 6º do art. 227 da Constituição revolucionou o conceito de filiação e inaugurou o paradigma aberto e inclusivo;
- *art. 1597, V*, que admite a filiação mediante inseminação artificial heteróloga, ou seja, com utilização de sêmen de outro homem, desde que tenha havido prévia autorização do marido da mãe. A origem do filho, em relação aos pais, é parcialmente biológica, pois o pai é exclusivamente socioafetivo, jamais podendo ser contraditada por investigação de paternidade ulterior;
- *art. 1.605*, consagrador da posse do estado de filiação, quando houver começo de prova proveniente dos pais, ou, “quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”. As possibilidades abertas com esta segunda hipótese são amplas. As presunções “veementes” são verificadas em cada caso, dispensando-se outras provas da situação de fato. O Código brasileiro não indica, sequer

exemplificadamente, as espécies de presunção, ou a duração, o que nos parece à orientação melhor. Por seu turno, o Código Civil francês, art. 311-2, na atual redação, apresenta as seguintes espécies não taxativas de presunção de estado de filiação, não sendo necessária à reunião delas: a) quando o indivíduo porta o nome de seus pais; b) quando os pais o tratam como seu filho, e este àqueles como seus pais; c) quando os pais provêm sua educação e seu sustento; quando ele é assim reconhecido pela sociedade e pela família; e) quando a autoridade pública o considere como tal. Na experiência brasileira, incluem-se entre a posse de estado de filiação o filho de criação e a adoção de fato, também chamada “adoção à brasileira”, que é feita sem observância do processo judicial, mediante declaração falsa ao registro público;

- *art. 1.614*, continente de duas normas, ambas demonstrando que o reconhecimento do estado de filiação não é imposição da natureza ou de exame de laboratório, pois admitem a liberdade de rejeitá-lo. A primeira norma faz depender a eficácia do reconhecimento ao consentimento do filho maior; se não consentir, a paternidade, ainda que biológica, não será admitida; a segunda norma faculta ao filho menor impugnar o reconhecimento da paternidade até quatro anos após adquirir a maioridade. Se o filho não quer o pai biológico, que não promoveu o registro após seu nascimento pode rejeitá-lo no exercício de sua liberdade e autonomia. Assim sendo, permanecerá o registro do nascimento constando apenas o nome da mãe. Claro está que o artigo não se aplica contra o pai registral, se o filho foi concebido na constância do casamento ou da união estável, pois a declaração ao registro público do nascimento não se enquadra no conceito estrito de reconhecimento da paternidade.

Diante desses marcos conceituais e legais, no direito brasileiro não há espaço para afirmação da primazia ou, o que é pior, da exclusividade da origem genética para determinar a paternidade, que é mais que um dado da natureza, pois é um complexo de direitos e deveres que se atribui a uma pessoa em razão do estado de filiação seja ele consanguíneo ou não.

4.2.13 Da adoção

A adoção, segundo Silva Filho (1997, p. 55) “é ato gerador do estado, modalidade artificial de filiação, resultando em um parentesco civil irrevogável e definitivo decorrente de manifestação de vontade, estabelecendo um vínculo legal que busca imitar o parentesco natural”.

Beviláqua (1956) define a adoção como “o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho, na qualidade de filho”. Contudo, para o eminente jurista Sílvio Rodrigues (2007, p. 340), “tal definição é imperfeita, pois é o adotante quem toma a iniciativa da adoção, trazendo para ele e para a sua família um estranho na qualidade de filho, e não meramente “aceitando” o adotado”.

Wald (2004, p. 201) define a adoção como “uma ficção jurídica que cria o parentesco civil, sendo um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade entre pessoas para as quais tal relação inexistente naturalmente”. Nos dizeres de Diniz (2015, p. 483), o instituto é:

O ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para a sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. A adoção é uma instituição de caráter humanitário, que tem, por um lado, por escopo, dar filhos àqueles a quem a natureza negou, e, por outro lado, uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição material e mota do adotado.

No Brasil, o menor abandonado passou a receber maiores cuidados por volta do século XVI, quando foi instituída o que ficou conhecido como a “roda dos enjeitados”.

Consistia de uma porta giratória, acoplada ao muro da instituição, com uma gaveta onde as crianças enjeitadas eram depositadas em sigilo, ficando as mães no anonimato. Geralmente, o motivo de tal gesto era uma gravidez indesejada, mas a pobreza também podia levar as mães a concretizar tal ato.

A adoção no Brasil surgiu com o escopo definido de possibilitar a casais que não podiam ter filhos biológicos pudesse adotar uma criança. Com o passar do tempo os pais deixaram de ser o foco principal do instituto, que passou a buscar proteger o adotado, a adoção não é abraçada por toda doutrina, e o tráfico de menores com variados objetivos, como a venda de órgãos das crianças, contudo a grande maioria admite que, embora existam de fato esses riscos, os benefícios do instituto são muito maiores que os prejuízos.

A adoção simples cria um vínculo de filiação e paternidade entre o adotado e o adotante, constituindo parentesco entre eles, não extingue totalmente o vínculo entre o adotado e sua família natural.

Outro fato importante é que estrangeiros que residem fora do Brasil também podem receber crianças brasileiras pela adoção. Diversos cuidados foram previstos para que a criança faça realmente parte da família.

Para que isso ocorra de fato, a lei cuidou de proibir que a criança saia do país antes de concluído todo processo de adoção, diminuindo assim o risco de que seja vítima de exploradores e de traficantes de órgãos.

Acontece que, apesar dos riscos e das ressalvas, a procura dos estrangeiros a esse tipo de adoção deve ser considerada devido ao fato de que no Brasil as pessoas preferem adotar crianças recém-nascidas ou bem novas (até um ano de idade) e que possuam características para ser criadas e apresentadas como filhos biológicos a sociedade, reduzindo bastante a quantidade de adoções realizadas por casais brasileiros.

Sendo assim, crianças com mais de dois anos têm dificuldades para encontrar uma família brasileira, devido às exigências e restrições quanto à idade ou à raça da criança que vão adotar.

O Estatuto da criança e adolescente (ECA) exige que o estrangeiro que pretende adotar uma criança brasileira apresente documentos que comprovem que ele tem condições de adotar uma criança conforme as leis do país do candidato a adoção bem como um estudo psicossocial realizado pela agência responsável em seu país.

No Brasil, casos de adoção internacional que não possuem regulamentação explícita na Constituição Federal de 1988, diante da oportunidade oferecida pelo §2º do art. 5º, foram melhor disciplinados pela Convenção de Haia, convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças, assinada em 1980 e promulgada em 2000.

No entanto, ainda se questiona muito a possibilidade de adoção por família estrangeira, seus procedimentos e sua finalidade, porém, pode-se perceber que, desde que realizada corretamente e em obediência ao ordenamento jurídico, a adoção internacional é o melhor caminho para se conseguir, ao menos, a diminuição do número de crianças abandonadas, sem família, ou sem carinho e lhes dar oportunidade de se desenvolver, de ser amada, de adquirir cultura e educação que, no Brasil, com sua família biológica, jamais seria possível.

Sendo assim, pode-se perceber que, a adoção, inicialmente utilizada para dar prosseguimento à família e suas tradições, tornou-se uma oportunidade de restabelecer sonhos e corresponder a expectativas.

4.2.14 Da impossibilidade de desconstituição de filiação

Existem diversas formas de se constituir uma relação de filiação socioafetiva, independente de consanguinidade. Algumas são atuantes *ope legis*, como ocorre com a adoção e a inseminação artificial, e por isso gozam de uma presunção legal de existência de convivência e afetividade. Outras se constroem sem atender a específicas formalidades normadas, e por isso dependem de prova da relação socioafetiva, plasmada no serviço e no afeto (notadamente, a posse de estado e a adoção à brasileira).

No que toca as primeiras, como se desenvolvem sob abrigo de critérios formais delineados, já é assentado na doutrina que não podem ser reversíveis (LÔBO, 2003b, p. 137). Consumado o processo de adoção, ou dado o consentimento para a inseminação, tem-se uma consolidação inequívoca do liame de filiação, que não pode vir a ser desfeito.

Não se verifica, contudo, semelhante pacificidade doutrinária quanto à filiação socioafetiva, o que se agrava ante a percepção de que a mesma não se desenvolve através de previsíveis esquemas formais, mas em meio à incerteza típica das relações de fato.

Em uma breve análise do mecanismo da juridicização da filiação socioafetiva, verifica-se que a afetividade, de *per si*, foi por longo tempo considerada pelo direito de família como um mero aspecto meta-jurídico. Nunca se negou sua existência, nem a relevância de seu papel para a família. Negava-se, isto sim, a possibilidade de que viesse a produzir efeitos no mundo jurídico, estruturando-se a disciplina legal das relações de família sem levá-la em consideração.

Na expressão de Fachin (2003, p. 28), passou a ser reconhecido pela jurisprudência o "valor jurídico do afeto", como elemento primordial para o estabelecimento da filiação.

O afeto torna-se, então, elemento componente do suporte fático da filiação socioafetiva. Isto significa dizer que temos filiação socioafetiva quando o estado fático trazido à

apreciação conjuga afeto, convivência, tratamento recíproco paterno-filial e razoável duração.

Esta relação de fato passa a ser reconhecida juridicamente, restando um vínculo que produz todos os efeitos de qualquer outro vínculo de filiação, tendo em conta a previsão do art. 227, §6º, da Constituição Federal.

Consolidada a filiação socioafetiva que solução se dará se a convivência ou o afeto vem depois a cessar, interrompendo a confluência dos elementos fáticos da filiação? Estudando o reconhecimento de paternidade, já afirmava que o estado de filho, uma vez adquirido, não se perde.

4.2.15 O vício do erro e o reconhecimento da paternidade

Em sede dos registros de paternidade, pode ocorrer que o declarante do vínculo de filiação o faça conhecendo a inexistência de descendência, isto é sabendo que não é o pai. Muito facilmente podem ser verificadas situações como essas, basta pensar, por exemplo, no grande número de crianças que são desprezadas por seus pais biológicos, mas são reconhecidas por um terceiro, que, muitas vezes, faz parte da família, como um primo da mãe, ou na hipótese de um namorado ou marido assumir efetivamente a paternidade da criança, filho de sua companheira.

Nesses casos, tem-se a chamada “adoção à brasileira”, criando-se a paternidade através de simples manifestação de vontade diante do registro público. Considere-se a inexistência, nessa hipótese, do vício do consentimento do erro, eis que claramente toda a situação de inexistência do vínculo filial é conhecida por aquele que manifesta a vontade, sendo incabível a argumentação de qualquer defeito em sua exteriorização.

Ocorre que o pai registral, por algum motivo, na grande parte dos casos por um rompimento no relacionamento antes estabelecido com a mãe da criança, busca, com base no art. 1.604 do Código Civil, a invalidação do registro civil realizado, objetivando a desconsideração jurídica da filiação previamente estabelecida.

Deve-se ressaltar que a paternidade gera uma série de efeitos e deveres, sobretudo patrimoniais, de forma que, busca o pai registral, nos casos de separação da genitora da

criança/adolescente, a desconstituição do registro de nascimento, como forma mais eficaz de esquivar-se das obrigações assumidas.

No entanto, o entendimento que vem prevalecendo em casos como esses é o de ser impossível à desconstituição da paternidade, tendo em vista, principalmente, o fato de que o conhecimento da realidade, ou seja, a falta de descendência, impediria a retirada de eficácia do ato realizado.

Exemplificativamente, tem-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que afirma:

EMENTA: APELAÇÃO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Descabido anular o registro e paternidade, ainda que o apelante não seja o pai biológico da apelada. Quando o registro foi feito o apelante sabia não ser o pai biológico. E ademais sempre criou a apelada como filha, o que consubstancia a paternidade socioafetiva. NEGARAM PROVIMENTO. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 700016096596. Rel. Rui Portanova. Porto Alegre, 26 de outubro de 2006.

No mesmo sentido, outra decisão do mesmo Tribunal:

EMENTA: Inadmissibilidade do uso da ação negatória de paternidade pelo pai registral visando a desconstituir o vínculo parental que livremente assumiu. Comprovado estado de filho, não se justifica a anulação de seu registro de nascimento. Reconhecimento da paternidade que se deu de forma regular, livre e consciente, mostrando-se a revogação juridicamente impossível, após já contar o menor com 15 anos de idade. RECURSO DESPROVIDO. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70014180319. Rel. Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 16 de agosto de 2007.

Observa-se que nas decisões, costuma-se alegar a existência de paternidade socioafetiva como meio para a improcedência do pedido, sendo forma, inclusive de reconhecer a igualdade que há nas paternidades biológica e afetiva, em nossa atual conjuntura constitucional.

A paternidade afetiva consubstancia-se no reconhecimento da posse de estado de filho, cujos elementos são o *nomen* ou *nominatio*, *tractatus* e fama ou *reputatio*.

É possível a desconstituição de paternidade, desde que o ato do reconhecimento seja realizado mediante erro, pensando-se que aquele que está sendo perfilhado é realmente descendente biológico de quem está realizando o ato jurídico.

4.2.16 Da filiação voluntária

Além da paternidade decorrente da incidência da presunção *pater is est* tem-se, ainda, a possibilidade de que o estado de filiação origine-se do reconhecimento voluntário.

Em muitos casos esse ato registral é realizado de boa-fé, ou seja, acreditando-se na existência do vínculo genético entre aquele que declara a paternidade e o perfilhado.

Nessa situação, considerando-se a descoberta posterior de que a paternidade fora formalizada com base em uma situação irreal, não conhecida por quem fizera o registro, torna-se, em tese, juridicamente possível à propositura de ação de desconstituição, ainda que tenha decorrido lapso temporal considerável de convivência entre o pai registral e o filho.

Tal fato impõe certa consideração, tanto nos casos de filiação pela presunção como também nos casos de reconhecimento voluntário, porquanto deva ser explicitado se o vínculo criado entre os interessados deve ou não ser levado em conta para fins de solução do caso. Percebe-se, nessas hipóteses, que o direito do pai à desconstituição deriva do fato de o reconhecimento da paternidade ter decorrido de verdadeiro engano, constatando-se que, uma vez conhecida à realidade, não teria o pai procedido ao referido ato jurídico. No entanto, infelizmente, nenhuma atenção costuma ser dada pelos operadores do direito, neste mesmo caso, à situação do filho, como se este fosse obrigado a sofrer todas as consequências do engano alheio. Assim é que verificado o erro, busca-se a anulação do reconhecimento, fato que diante das circunstâncias pode acarretar uma série de transtornos para o filho, que sofre a desconstituição do vínculo que o unia formalmente a seu pai.

A solução desses problemas sempre foi vista através da ótica que protege os interesses do pai, bem ao gosto do Código Civil de 1916, analisando-se unilateralmente a matéria, já que os interesses do filho é que deveriam prevalecer sempre, ainda que em detrimento dos outros membros familiares.

Acontece que o direito de família, principalmente no que toca ao assunto da filiação, fora renovado através das bases constitucionais, de forma que nenhum litígio judicial que diga respeito ao assunto da paternidade pode, atualmente, afastar os interesses do filho como se estes fossem de menos importância. Pelo contrário, a *mens constitutionis* conduziu-se inexoravelmente no sentido de proteger a prole, sendo impostergável a consideração de seus direitos em qualquer conflito estabelecido com os pais.

As novas injunções que se fixam na base do direito, consubstanciadas, principalmente, na dignidade da pessoa humana, na proteção integral de crianças e adolescentes e também na igualdade de direitos entre os filhos, devem ser sempre consideradas como elementos que atravessam a ordem jurídica organizadora do núcleo familiar e se impregnam em todas as suas disposições, impedindo, dessa forma, qualquer aplicação normativa que se afaste da nova realidade.

É a concretização do direito civil constitucional, único meio hábil para vincular as leis ordinárias às alterações ocorridas no ordenamento jurídico, lembrando-se, sobretudo, que as regras e os princípios constitucionais também são considerados como normas, cuja aplicabilidade imediata torna-se indispensável para a efetivação de um novo direito.

A importância conferida ao erro no reconhecimento da paternidade, sem que haja posse de estado de filho, como causa de anulação pode ser verificada na seguinte decisão:

EMENTA: NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PROVA PERICIAL FRUSTRADA. LIAME SOCIOAFETIVO. 1. O ato de reconhecimento de filho é irrevogável (art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do CCB). 2. A anulação do registro civil, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do ato jurídico (coação, erro, dolo, simulação ou fraude). 3. Em que pese o possível distanciamento entre a verdade real e a biológica, o acolhimento do pleito anulatório não se justifica quando evidenciada a existência do liame socioafetivo. 4. Inexistência de prova do vício induz à improcedência da ação. Recurso desprovido. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 700158777. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 27 de setembro de 2006.

Dessa forma, pode ser percebido que é a postura de quem realiza o registro que vem sendo considerada pelos julgadores no momento da decisão dos casos de desconstituição de paternidade. Se quem realizou o registro sabia que a paternidade biológica não existia ou pelo menos tinha dúvidas a esse respeito, não obterá êxito em seu pleito de desconstituição. No entanto, se o reconhecimento foi fruto de erro, não deixando de levar em consideração o

liame afetivo e a posse de estado de filho, desconsidera-se toda a situação estabelecida, privilegiando-se os interesses daquele que registrou em detrimento do filho que fora reconhecido.

O direito conferido ao pai para o fim de desconstituir a filiação, fixada voluntariamente ou por meio do matrimônio, não pode ser considerado tão forte de modo a afastar a importância que deve ser prestada aos interesses do filho, eis que este será terrivelmente prejudicado pelo afastamento de seu estado jurídico, em uma evidente afronta à proteção constitucional que lhes foi conferida.

A aceitação inexorável da postura que confere ao pai a possibilidade de tornar ineficaz o reconhecimento confere ao registro civil a qualidade de documento certificador e declaratório da herança genética, bastando, para tanto, à vontade no sentido de afastar uma filiação anteriormente conferida sem se atentar, em momento algum, para os graves efeitos trazidos por tais atos. Pense-se, porém, na situação enfrentada pelo filho em situações como essas.

Na grande parte dos casos a paternidade lhe é retirada da mesma forma como foi concedida, ou seja, sem a sua manifestação de vontade, como se fosse um simples presente cuja retirada em nada alterará a sua vida.

Tenha a filiação se constituído através do registro ou derivado da presunção jurídica advinda do casamento, o certo é que, objetivamente, a situação do filho é a mesma, cresce e se desenvolve no seio de determinada família, que, para ele, é e sempre será a sua família, a não ser que o pai, de forma repentina, resolva, a seu talante, mudar tal situação.

A história do indivíduo, com todas as suas lembranças e recordações, e também a sua vida social e profissional, foram construídas em função da identidade que lhe foi conferida, não sendo justo ou razoável que todos esses elementos, que já se agregaram à própria vida, sejam descartados em função da vontade unilateral paterna.

O estabelecimento do parentesco gerou para o perfilhado uma base sobre a qual foram construídas as suas relações, o seu convívio em sociedade e com os familiares, de modo que a sua proteção deve necessariamente ser privilegiada. Afinal, se o afeto venceu a falta de consanguinidade, não cabe à justiça desconstituir a paternidade socioafetiva que surgiu entre pai e filho.

4.3 Do poder familiar

4.3.1 Origem

Segundo Dias (2009), o poder familiar corresponde ao antigo pátrio poder, denominação que teve origem no direito romano, em que o chefe familiar possuía um direito ilimitado e absoluto sobre a pessoa do filho. Essa época foi marcada pela desigualdade, tendo pouco valor as individualidades e às crianças. Os vínculos eram fundados na submissão e a punição era a forma de exercício da autoridade.

Conforme a mesma autora, o Código Civil de 1916 garantia o pátrio poder somente ao marido, que era considerado o chefe da sociedade conjugal, o *pater*. Somente nos casos de impedimento ou falta do pai era que a mulher exercia o pátrio poder em relação aos filhos.

O poder familiar tem origem tanto na paternidade natural, como na filiação legal, sendo esta irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações decorrentes deste poder são personalíssimas (DIAS, 2009).

O código civil Brasileiro, em seu art. 1634, impõe aos pais com relação aos filhos menores o seguinte::

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

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

O Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) atribuiu a ambos os pais a possibilidade de exercerem o pátrio poder, mas quem efetivamente o exercia era o marido e a mulher apenas era considerada uma colaboradora. Se houvesse alguma divergência entre os pais, preponderava a vontade do pai, ressalvado o direito da mãe de recorrer ao Poder Judiciário.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher (art. 5º, inciso I) e também conferiu iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (art. 226, § 5), ocorreu uma mudança substancial no instituto, no qual o

pátrio poder que se caracterizava pela dominação foi substituído pelo poder familiar, que possui um caráter protetivo, imposição de ordem pública, no qual ambos os pais zelam pela formação integral de seus filhos, como determina o art. 227/CF. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus arts. 3º e 4º, unifica princípios que visam salvaguardar com absoluta prioridade os direitos fundamentais da criança e do adolescente (MADALENO, 2009).

4.3.2 *Conceito e fundamentos*

Lôbo (2009, p. 271), define: “O poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos”.

O referido autor ressalta que a mencionada denominação não é a mais adequada visto que ainda mantém a ênfase no poder e com aspecto de soberania, somente deslocando do pai para a família.

De acordo com Dias (2009), o filho deixou de ser um objeto de direito para ser um sujeito de direito. O poder familiar deve ser traduzido como um poder-função, em que é exercido por ambos os pais, mas que visa ao interesse do filho, ou seja, ao seu pleno desenvolvimento como pessoa.

A mesma autora ressalta que essa atribuição na sociedade impõe a ambos os pais deveres não somente de ordem material, mas também, e principalmente, de ordem existencial, devendo estes satisfazerem outras necessidades dos filhos, fundamentalmente no que se refere no campo afetivo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente determina que o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe (art. 21¹⁰⁹). Já o Código Civil, no art. 1631¹¹⁰ preceitua que a titularidade refere-se aos pais, durante o casamento ou união estável, estendendo implicitamente também as demais entidades familiares tuteladas pela Constituição Federal (LÔBO, 2009).

Conforme Teixeira (2009, p. 100):

¹⁰⁹ Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência

¹¹⁰ Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade

Como os filhos se tornaram o foco da família, por serem pessoas em desenvolvimento, mudou-se o modo de analisar a questão: são eles protagonistas do próprio processo educacional, deste participando juntamente com os pais. Exercem, também, papel ativo na própria vida, além de contribuírem, para a construção da dignidade dos pais, pois a preservação dos interesses dos filhos constitui fator de desenvolvimento da personalidade dos pais.

A separação dos pais não inibe o exercício do poder familiar, devendo este ser exercido em conjunto e não apenas pelo ascendente guardião (MADALENO, 2009). O poder familiar não possui apenas caráter protetivo, mas principalmente a promoção da personalidade (TEIXEIRA, 2009).

O fundamento do poder familiar encontra-se no art. 229 da Constituição Federal, que impõe como deveres inerentes aos pais a assistência, a criação e a educação dos filhos menores, sendo também estabelecido no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores (MADALENO, 2009).

O dever primordial é num primeiro nível dos pais, no sentido de assistir aos seus filhos de forma ampla e integral, não apenas em sua função de alimentar, mas também mantê-los sob sua guarda, assegurando a sua integridade física e psíquica para que tenham todo o suporte necessário ao seu desenvolvimento e independência, devendo os filhos, em contrapartida, prestarem a devida obediência (art. 1.630 CC).

A Constituição Federal em seu art. 227 estabelece o princípio da proteção integral da criança e do adolescente e o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 4^o prescreve como dever dos pais a criação seus filhos de forma a promover seu desenvolvimento como pessoa, com absoluta prioridade, tendo direitos inerentes à vida, à dignidade, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar (MADALENO, 2009).

O mesmo autor afirma que os pais possuem o dever de sustentar seus filhos menores, o dever de educar e o dever de companhia e guarda. Com relação ao dever de alimentar, há solidariedade ilimitada entre pais e filhos menores de 18 anos, não emancipados, e incapazes para que seja assegurado o direito constitucional à vida e à dignidade. Já o dever de educar, está relacionado à preparação do filho para o exercício futuro de sua independência pessoal e de forma responsável, através da qualificação profissional.

Segundo Lôbo (2009), o art. 1632¹¹¹ do Código Civil prescreve que havendo separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, o poder familiar permanece intacto, exceto quanto ao direito de terem os seus filhos em sua companhia. Já o art. 1589¹¹² do referido Código estabelece que, se houver rompimento da sociedade conjugal, o pai ou a mãe que não for o guardião poderá não apenas visitar os filhos, mas também deverá o ter em sua companhia, fiscalizar sua manutenção e educação.

Assevera Madaleno (2009, p. 502):

Estando os pais separados, nem por conta deste fato pode o ascendente não guardião se descurar do seu dever de participar efetivamente da vida afetiva e sentimental de seu filho, e ocorrendo de os pais se omitirem deste fundamental ditame da consciência e da natureza, mesmo pudesse o genitor ausente estar ofertando estrutura moral em visitas espaçadas, ainda assim implicará assumir a responsabilidade por irreparáveis efeitos negativos porventura surgidos na vida dos filhos, com repercussão por toda a sua existência e com nefastos sintomas na vida funcional da prole.

O poder familiar é um dever imposto aos pais que tem por finalidade a preservação do melhor interesse da criança e do adolescente, possuindo além do caráter protetivo, a promoção da personalidade e dignidade humana. Assim, o poder familiar impõe a ambos os pais a titularidade, o exercício, o poder e o dever de gerenciar a educação de seus filhos, proporcionando um crescimento com liberdade e ao mesmo tempo com responsabilidade, e também o cuidado de seu patrimônio (TEIXEIRA, 2009).

O Estado legitima-se em fiscalizar o adimplemento desse encargo, visando proteger o interesse do menor. Se um dos genitores, ou ambos, descumprir com os deveres decorrentes do poder familiar prejudicando os filhos, o Estado deve intervir, podendo suspender e até mesmo excluir esta autoridade (DIAS, 2009).

Segundo a mesma autora, a suspensão e a extinção são sanções aplicadas aos pais quando infringem os deveres inerentes ao poder familiar, mesmo que essa sanção não sirva de pena para o pai faltoso. O instituto é mais protetivo do que realmente punitivo, pois visa assegurar os direitos do menor, afastando-o de influências prejudiciais.

¹¹¹ Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos

¹¹² Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

A perda da autoridade parental só deve ser decretada quando colocado em risco a segurança ou dignidade do filho. Se houver a possibilidade de reconstrução dos laços de afetividade é preferível somente a suspensão.

Ainda conforme entendimento da citada autora, a suspensão refere-se a uma medida menos gravosa, sujeitando-se a revisão. Superadas as causas que lhe deram origem poderá a suspensão ser cancelada, sempre que prevalecer a convivência familiar priorizando os interesses do menor.

O Código Civil no art. 1.637¹¹³ estabelece as hipóteses de suspensão da autoridade parental por abuso de autoridade referente ao descumprimento do dever inerente aos pais, ou ruína dos bens dos filhos, risco à segurança do filho e condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (LÔBO, 2009).

A doutrina distingue perda e extinção da autoridade parental. Perda está relacionada à sanção imposta por sentença judicial, sendo uma medida imperativa de maior alcance, devido a sua maior gravidade, adotada quando há perigo permanente a segurança e a dignidade do filho. O Código Civil elenca no art. 1.638¹¹⁴ as hipóteses de perda do poder familiar (DIAS, 2009).

Cabe ressaltar que a separação judicial, divórcio e dissolução da união estável e posteriormente um novo casamento ou o estabelecimento de uma nova união estável, não é possível por si só, acarretar a perda da titularidade e do exercício do poder familiar sobre os filhos do relacionamento anterior, conforme prevê o art. 1.636¹¹⁵ do Código Civil.

De acordo com Grisard (2002, apud TEIXEIRA, 2009) o divórcio não afeta os direitos e deveres recíprocos entre pais e filhos. Embora ocorra a separação e a convivência paterno/materno – filial seja prejudicada não há diminuição do alcance do poder. Tal fato deriva de preceitos mandamentais que deveria servir como estímulo e motivação para a continuidade dos laços afetivos que unem todos os envolvidos na realção, mesmo que os pais estejam separados e não mais residam no mesmo local. Por fim, a extinção ocorre pela morte,

¹¹³ Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

¹¹⁴ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

¹¹⁵ Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

pela emancipação, pela maioridade, pela adoção ou por ato judicial, elencados no art. 1635¹¹⁶ do Código Civil (MADALENO, 2009).

4.4 Da alienação parental

Nas relações de conflitos familiares onde envolvem crianças e adolescentes não podemos deixar de falar e esclarecer o que vem a ser e suas implicações da chamada síndrome de alienação parental, pois poderá causar danos aos filhos em função do afastamento de um dos pais de forma proposital do convívio e acompanhamento.

Aparentemente num primeiro momento pode até parecer ou haver confusão na cabeça das pessoas ou até do poder judiciário da existência do abandono afetivo.

Assim, ao longo do tempo diversos estudiosos passaram a analisar esse tipo de comportamento de forma separada do comportamento entre os pais e filhos e criaram a denominação chamada de Síndrome da Alienação Parental(SAP).

4.4.1 Da evolução histórica

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) foi conceituada, primeiramente, pelo Professor do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia Richard Gardner, em 1980, mas apenas em 1985 ele introduziu esse conceito em um documento, com a intenção de facilitar a identificação de casos, iniciados geralmente com o fim do vínculo conjugal e que geravam disputa judicial pela guarda dos filhos, em que o filho menor era induzido a odiar injustificadamente o outro genitor. Conforme Gardner (2002, p. 2):

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a 'lavagem cerebral,

¹¹⁶ Art.1635. Extingue-se o poder familiar:

- I - pela morte dos pais ou do filho;
- II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
- III - pela maioridade;
- IV - pela adoção;
- V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

programação, doutrinação’) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo.

Gardner foi um dos pioneiros na identificação dos casos de SAP, o professor acabou publicando diversos artigos, descrevendo o conceito da síndrome, que acabou despertando bastante interesse sobre o assunto. E, em consequência disso, surgiram os primeiros casos onde a SAP foi identificada com clareza.

Um dos primeiros profissionais a identificar a Síndrome de Alienação Parental (SAP) foi o professor especialista do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia e perito judicial, Richard Gardner, em 1985, que se interessou pelos sintomas que as crianças desenvolviam nos divórcios litigiosos, publicando um artigo sobre as tendências atuais em litígios de divórcios e guarda. (FREITAS, 2015, *online*).

De acordo com Freitas (2015) no Brasil, apenas em 2003 o Poder Judiciário passou reconhecer judicialmente alguns os casos que se conseguia identificar a SAP, apesar de ser um problema que já existia há muito tempo nas lides familistas. Esse reconhecimento teve uma maior visibilidade por causa de pesquisas e trabalhos realizados por instituições como a APASE – Associação de Pais e Mães Separados e o IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, que foram essenciais para a difusão do tema e para que esse assunto se tornasse de interesse de outros profissionais que atuam no Direito de Família, além dos que trabalham em áreas interdisciplinares.

No entanto, somente em 2010, a alienação parental entrou no nosso ordenamento jurídico, com a promulgação da Lei nº 12.318/2010. Que trouxe em seu texto além do conceito, algumas formas exemplificativas, considerou a alienação parental ato punível e elencou formas para fazer cessar essa prática.

4.4.2 Conceito de alienação parental

A alienação parental é uma “campanha denegritória” feita por um dos progenitores (o chamado alienador), que é geralmente o que detém a guarda do filho menor. Essa campanha tem a intenção de desmoralizar, de denegrir a imagem do outro genitor (o chamado alienado), e de fazer com que o menor tenha raiva, medo, desprezo, dentre outros sentimentos negativos.

Com isso, o filho não quer mais ter qualquer contato com o alienado, se recusa a ir às visitas marcadas, não atende telefonemas e com a ajuda do alienador, com quem ele cria uma

dependência emocional, procura romper qualquer vínculo afetivo com o genitor alienado. A síndrome tem início a partir do momento em que o filho do casal começa a contribuir para essa campanha. Dias (2010, online) afirma que,

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, faz surgir um desejo de vingança. Desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. O filho é utilizado como instrumento da agressividade. É levado a rejeitar o outro genitor, a odiá-lo. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização.

Nesse mesmo sentido, podemos observar o que é o dito por Freitas (2015, online), ao afirmar que a SAP é um transtorno que se tipifica pelo conjunto de atos que o alienante faz, de modo às vezes até inconsciente, que modifica o modo de pensar da criança ou do adolescente, para que ele despreze, odeie o genitor alienado:

Trata-se de um transtorno psicológico caracterizado por um conjunto sintomático pelo qual um genitor, denominado cônjuge alienador, modifica a consciência de seu filho, por meio de estratégias de atuação e malícia (mesmo que inconscientemente), com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado. Geralmente, não há motivos reais que justifiquem essa condição. É uma programação sistemática promovida pelo alienador para que a criança odeie, despreze ou tema o genitor alienado, sem justificativa real.

Para Gardner (2002, p. 3) a síndrome da alienação parental pode ser identificada por uma série de sintomas que surgem na criança ou no adolescente. O filho que sofre com a síndrome apresenta grande parte desses sintomas, se não todos, dependendo do estágio em que se encontra. São eles:

1. Uma campanha denegritória contra o genitor alienado.
2. Racionalizações fracas, absurdas ou frívolas para a depreciação.
3. Falta de ambivalência.
4. O fenômeno do 'pensador independente'.
5. Apoio automático ao genitor alienador no conflito parental.
6. Ausência de culpa sobre a crueldade a e/ou a exploração contra o genitor alienado.
7. A presença de encenações 'encomendadas'.
8. Propagação da animosidade aos amigos e/ou à família extensa do genitor alienado.

A síndrome da alienação parental pode ser dividida em três estágios, o que torna mais fácil sua identificação, gravidade e progressividade, são eles: estágio I leve, estágio II médio e

estágio III grave. Para Madaleno, A. e Madaleno, R. (2015) no tipo ligeiro ou estágio I a alienação não está completamente disseminada, o menor ainda mostra-se afetivo com o genitor alienado, ainda quer ter contato com ele, a campanha difamatória já existe, mas com pouca frequência, a hostilidade causada ainda não atinge a família do pai alienado.

O tipo ligeiro ou estágio I leve – a visitação ocorre quase sem problemas, com alguma dificuldade apenas quando se dá a troca entre os genitores. O menor mostra-se afetivo com o progenitor alienado. A campanha de difamações já existe – o genitor guardião escolhe um tema ou um motivo que o menor começa a assimilar –, mas, com pouca frequência, a criança demonstra sentimento de culpa e um mal-estar em relação ao alienante por ser afetuoso com o outro. Na ausência do genitor alienante, porém, o menor o defende e o apoia pontualmente, sendo também baixa a presença de encenações e situações emprestadas. (MADALENO, A.; MADALENO, R., 2015, p. 46).

No tipo moderado ou estágio II a campanha denegritória (difamatória) está mais intensa, o menor e o genitor alienante tornam-se cúmplices, o filho ainda nutre sentimentos pelo alienado, mas fica confuso e não demonstra tanto, com medo de aborrecer o alienante. Nesse estágio o vínculo afetivo começa a se deteriorar, atingindo também o vínculo com a família do alienado.

O tipo moderado ou estágio II médio – o motivo ou tema das agressões torna-se consistente e reúne os sentimentos e desejos do menor e do genitor alienante, criando uma relação particular entre eles, que os torna cúmplices. Os conflitos na entrega do menor antes ou após as visitas são habituais, e a campanha de difamação é intensificada, atingindo esferas que antes não atingia. É comum, nessa fase, que as acusações cessem após o genitor alienado dar suas explicações, bem como o afastamento do alienador, fazendo com que o decorrer do período da visitação seja normal. (MADALENO, A.; MADALENO, R., 2015, p. 47).

E por fim, no tipo grave ou estágio III o vínculo afetivo é totalmente interrompido, o menor fica reprimido e perturbado, com ódio do alienado e com dependência recíproca do genitor alienante, eles passam a compartilhar fantasias, mentiras e juntos excluem o progenitor alienado do elo familiar.

O tipo grave ou estágio III grave – os menores encontram-se extremamente perturbados, por isso as visitas são muito difíceis ou não ocorrem. Caso ainda haja visitação, ela é repleta de ódio, difamações, provocações ou, ao contrário, as crianças emudecem, ficam como entorpecidas ou até mesmo tentam fugir. O habitual é que o pânico, as crises de choro, explosões de violência e gritos do menor impeçam a continuidade do regime de visitas. O ódio com relação ao genitor não guardião é extremo, sem ambivalências e sem culpa, seus diálogos com os menores tornam-se

circulares e extremamente cansativos, uma vez que não há qualquer possibilidade de uma conclusão razoável ou de que o menor entenda seu ponto de vista, bem como qualquer conversa será utilizada para a obtenção de informações para um novo ataque de difamações. (MADALENO, A.; MADALENO, R., 2015, p.47).

Quando se consegue identificar em que estágio a síndrome se encontra, fica mais fácil de analisar qual medida será usada para fazer cessar a alienação. E para que a identificação da SAP seja feita da melhor forma possível, é indispensável também que o juiz tome todos os cuidados necessários ao analisar o caso concreto e busque sempre ajuda em outros ramos, como por exemplo, a psicologia, o serviço social, dentre outros. Como afirma Dias (2012, p. 13):

[...] é indispensável não só a participação de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, com seus laudos, estudos e testes, mas também que o juiz se capacite para poder distinguir o sentimento de ódio exacerbado que leva ao desejo de vingança a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias com o só intuito de afastá-lo do genitor.

Nesse mesmo sentido, complementa Freitas (2015, online) acerca da interdisciplinaridade do direito para a ágil identificação da SAP nos casos concretos:

Embora não seja uma ciência exata, a Psicologia, a Psicanálise e demais áreas afins buscam, na interdisciplinaridade com o Direito, a construção dos indícios identificadores da alienação parental no fito de auxiliar todos operadores envolvidos (juizes, promotores, advogados, peritos e partes) na identificação e gradação da alienação objeto da ação.

Figueiredo e Alexandridis (2014) sustentam que cabe ao juiz agir de maneira astuta e sagaz, sempre que necessário, para fazer surgir à verdade. Sendo, na maioria das vezes, um trabalho muito árduo, para fazer com que se consiga cessar a prática do ato e que se restaure a harmonia, assegurando o livre desenvolvimento da personalidade do filho e também de toda a família.

E por causa da dificuldade que se tem em identificar a presença da SAP em certos casos, é muito importante que o juiz busque ajuda em outras áreas, sendo sempre levado a ser bastante cauteloso, a pensar com cuidado e com calma em quais serão suas atitudes, pois um mero erro pode colocar em risco o convívio familiar e destruir de vez o vínculo afetivo entre o genitor alienado e o menor. Freitas (2015, online) também afirma que “[...] a presença e

atuação da equipe multidisciplinar torna-se cada vez mais salutar e imprescindível para a formação do convencimento do juiz e a resolução do litígio”. Com essa rápida e prematura identificação, a SAP pode ser descoberta no início, evitando assim, diversos danos a todos os envolvidos.

Com o advento da Lei nº 12.318/2010, que iremos estudar em item específico, o conceito de alienação parental foi unificado no Direito Brasileiro e encontra-se disposto em seu artigo 2º, caput:

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

4.4.3 Disciplinamento da alienação parental no direito brasileiro (lei nº 12.318/2010)

No Brasil, os legisladores como forma de delimitar esse tipo de conflito nas relações familiares, criaram a Lei da Alienação Parental nº 12.318/2010, como forma de apresentar instrumentos que facilitariam a sua identificação, prevenção e combate. Sendo eles o conceito de Alienação Parental, alguns exemplos, suas características, e possíveis medidas que podem ajudar a fazer cessar a síndrome, dentre outros instrumentos que mudariam a realidade de muitos casos onde a SAP estava presente. Figueiredo e Alexandridis (2014) acordam que a referida lei foi sancionada pela necessidade de regulamentação do tema, sendo esse um momento de extrema gravidade, que precisa ser identificado e que pode acarretar diversos prejuízos ao filho menor e ao genitor alvo da síndrome.

O art. 1º da Lei nº 12.318/2010 tem em seu texto: “Esta Lei dispõe sobre a alienação parental”. E Madaleno, A. e Madaleno, R. (2017, p. 85) discorrem acerca do que representa esse artigo: “O art. 1º da Lei da Alienação Parental provoca o importante efeito de dar visibilidade e compreensão à síndrome da alienação parental, definido na década de 1980 como um distúrbio infantil presente entre casais em litígio conjugal”.

Já o art. 2º, carrega em seu caput o conceito de alienação parental, que foi analisado em capítulo anterior. E no parágrafo único o legislador listou algumas formas em que podemos

identificar a SAP, esse rol é meramente exemplificativo, servindo apenas como base para uma análise no caso concreto.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II – dificultar o exercício da autoridade parental;
- III – dificultar contato de criança ou adolescente com o genitor;
- IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V – omitir a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (ART. 2º da Lei nº 12318/2010).

O art. 3º da lei dispõe a respeito dos prejuízos causados a criança ou ao adolescente com a prática da SAP, ferindo seus direitos fundamentais, principalmente o da convivência familiar saudável, acarretando prejuízos afetivos entre o filho e o genitor alvo e seu grupo familiar. O artigo fala ainda que “[...] constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda”, pois o alienante se aproveita da dependência mútua que ele está criando com o filho para manipulá-lo. Esse artigo será melhor explicitado em breve.

Em seu art. 4º o legislador dispôs que quando identificada a alienação, o magistrado, as partes ou o Ministério Público, devem, além de proporcionar medidas assecuratórias dos direitos do filho e em defesa do progenitor alvo, também conferir tramitação prioritária ao processo (FREITAS, 2015).

Lembrando sempre que a primazia da tramitação não deve se chocar com o direito assegurado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, ao contraditório e a ampla defesa. Ainda de acordo com o art. 4º, o magistrado determinará as medidas necessárias para manter a integridade psicológica do filho, assegurando inclusive, sempre que possível, sua convivência com o progenitor alienado, viabilizando a reaproximação entre eles.

Art. 4º. Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade

psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas. (ART. 4º da Lei nº 12.318/2010).

O art. 5º da Lei nº 12.318/2010 afirma que o juiz, quando houver qualquer vestígio da prática da SAP, poderá determinar perícia psicológica ou biopsicossocial, caso julgue necessário. Freitas (2015, online) dispõe que “a perícia multidisciplinar consiste na designação genérica das perícias que poderão ser realizadas em conjunto ou separadamente em determinada ação judicial”. De modo que, o magistrado faz uso de equipes multidisciplinares para obter o precoce diagnóstico da síndrome, podendo assim combatê-la desde o início.

Art. 5º. Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º. O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º. A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º. O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada. (ART. 5º da Lei nº 12.318/2010).

No art. 6º da lei, são encontradas medidas que podem ser utilizadas pelo magistrado para fazer cessar, ou diminuir os efeitos da SAP. A lei da alienação parental surgiu para evitar esses casos desde seu princípio, no estágio I, onde o vínculo afetivo entre o genitor alienado e o filho menor ainda não se encontra prejudicado. Por esse motivo, as punições previstas nesse artigo, que serão analisadas mais adiante, vão de pequenas advertências até a suspensão da autoridade parental, para que se evite, ou se faça cessar essa prática. Lembrando que esse rol é

exemplificativo, e servem como ponto de apoio para que o juiz, analisando sempre o caso concreto, consiga controlar e prevenir a SAP da melhor maneira possível.

Sempre se prioriza a guarda compartilhada por causa dos diversos benefícios que ela proporciona, principalmente por permitir que o filho conviva com os dois genitores, no entanto, quando se consegue identificar a presença da alienação parental, a guarda pode ser modificada, tornando-se unilateral, ficando o menor com o progenitor que vai lhe proporcionar o melhor apoio material, emocional e psicológico. E é isso que está prescrito no art. 7º da lei “A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada”.

Por fim, o art. 8º da lei diz respeito à competência para propor ação fundada em direito de convivência familiar, que nesse caso é do último domicílio do menor: “A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial”.

Ou seja, a mudança de domicílio do menor não é motivo suficiente para determinar essa competência, isso só ocorre se essa mudança for feita com o consenso dos genitores ou por decisão judicial. Esse dispositivo vem com a intenção de evitar o prejuízo do prosseguimento da ação, em casos onde o genitor alienador se muda com o menor, para dificultar a convivência do filho menor com o genitor alvo da SAP. Que está presente no art. 2º, parágrafo único, VII, da lei.

4.4.4 Diferença entre Síndrome da Alienação Parental (SAP) e Alienação Parental (AP)

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) não se confunde com a Alienação Parental (AP), pois é subtipo dela, a primeira é uma consequência da segunda, podendo ser percebida a partir do momento em que o menor também começa a contribuir, com a intenção de manchar a imagem do genitor alienado. Como explica Fonseca (2006, p. 12):

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim,

enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores e que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho. [...].

A alienação passa a ser síndrome quando o vínculo familiar já está quase todo destruído e o filho, que começa a fazer parte da “campanha denegritória”, não quer nem chegar perto do genitor alienado. O menor só consegue nutrir sentimentos ruins pelo alienado e fica inventando até mentiras para não precisar ter nenhum contato ele.

A Alienação Parental é um processo que consiste em programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa. Quando a síndrome está presente a criança dá a sua própria contribuição na campanha para desmoralizar o genitor alienado. (GARDNER apud VIEIRA; BOTTA, 2013, online).

Goudard (2008, online) também diferencia de forma muito sucinta a alienação parental e a síndrome da alienação parental, mas afirma que a alienação não precisa ser feita de forma injustificada e, muitas vezes, é o único modo de preservar a saúde mental do menor:

A alienação parental é um termo genérico que reúne várias situações distintas. Ela corresponde à relação particular de um ou vários filhos com somente um dos dois genitores. [...] Em certos casos, esta alienação se justifica totalmente e se constitui até no único modo de preservação mental da criança. Gardner, o primeiro a definir a SAP, quis claramente descrever uma situação de alienação mental muito específica: o caso em que um dos genitores resolve unilateralmente, sem qualquer motivo válido, despojar o outro genitor de sua função, enquanto o(s) filho(s) participa(m) ativamente do processo.

A alienação parental começa a surgir geralmente com o fim do vínculo conjugal, quando há uma separação não amigável, com disputa pela guarda dos filhos. Quando um dos genitores sai do relacionamento com um sentimento de abandono, rejeição, e então começa a tentar, de todos os modos possíveis, fazer a cabeça do filho para que ele odeie o outro cônjuge.

4.4.5 Da identificação do agente alienador

Como se pode perceber no art. 2º da Lei nº 12.318/2010 supracitado, o Alienador, ou Alienante, pode ser qualquer um dos progenitores, avós ou até mesmo tios, que tenham a

guarda do menor ou que exerçam sobre ele alguma autoridade ou vigilância. No entanto, na maior parte dos casos de SAP o alienador é o progenitor que detém a guarda do filho menor.

[...] muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito, do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor. (DIAS, 2012, p. 11).

Geralmente o genitor alienador é a mãe, mas pode também ser o pai e em certos casos, podem ser os dois, quando eles colocam o filho um contra o outro, na chamada alienação parental bilateral, onde, de acordo com Freitas (2015), a criança ou o adolescente que sofre com esse tipo de alienação desenvolve transtorno psicológico severíssimo, na maioria dos casos, irreversível. Nessa alienação a fixação de visitas é inútil, e é preciso, além do tratamento do menor, que também seja feito o tratamento dos pais, no chamado Tratamento Compulsório de Pais.

O alienador fica tão emocionalmente perturbado com o fim do vínculo conjugal que começa a fazer falsas acusações, a criar uma dependência da criança ou do adolescente e a fazer com que o filho também fique totalmente dependente dele. Dias (2012, p. 12) dispõe a respeito da dependência criada entre o genitor alienador e o filho:

O detentor da guarda, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se unos, inseparáveis. O pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. Este conjunto de manobras confere prazer ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do antigo parceiro.

E apesar de grande parte da doutrina afirmar que o comportamento do genitor alienante nasce com o fim do vínculo conjugal, com a separação propriamente dita, Silva e Resende (2012, p. 27) acreditam que,

apesar de muitos autores entenderem que o comportamento alienante, descontrolado e sem nenhuma proporção com os fatos da realidade nasce com a separação do casal, entendemos que são comportamentos que remetem a uma estrutura psíquica já constituída, manifestando-se de forma patológica, quando algo sai do seu controle. São pais instáveis, controladores, ansiosos, agressivos, com traços paranoicos, ou, em muitos casos, de uma estrutura perversa. Referidos sintomas podem ficar parcialmente controlados, durante parte da vida, ou no caso, do casamento, mas em muitos eclode com toda a sua negatividade e agressividade ante a separação litigiosa. A perversão pode ser dissimulada em pequenas atuações, que também passa meio despercebido durante o casamento. Mas de fato, estavam lá, não é a separação que os instaura, ela apenas os revela.

O que desencadeia a SAP é a separação conjugal, mas os traços comportamentais desse progenitor podem ser identificados durante todo o casamento, mas muitas vezes passam despercebidos. O alienante já tem um perfil instável, controlador, agressivo, paranoico, que apenas se manifesta de maneira descontrolada quando o vínculo conjugal é rompido. Silva e Resende (2012, p. 27) tratam acerca do modo como o genitor alienador age, sendo egocêntrico, querendo ser o centro das atenções e fazendo com que tudo sempre gire em torno dele:

O egocentrismo, fazendo com que os filhos girem ao redor do guardião, sendo ele o centro das atenções, associado à megalomania que o faz acreditar que só ele é capaz de cuidar dos filhos, de que estes não sobrevivem sem ele, também se revela com toda a sua força diante de uma separação conflituosa, e estes comportamentos aparecem de modo a justificar e retificar para o guardião alienador todo o seu comportamento. O alienador passa em alguns momentos por uma dissociação com a realidade e acredita naquilo que criou sozinho. E o pior, faz com que os filhos também acreditem, sintam e sofram com algo que não existiu, exprimindo emoções falsas.

É totalmente perceptível que o progenitor alienador manipula a criança ou o adolescente, para que ela comece a agir, a falar e a pensar como ele. Fica também notório que ele está emocionalmente comprometido, e que nem se dá conta do tamanho do mal que está fazendo ao menor. Madaleno, A. e Madaleno, R. (2015, p. 56) acreditam que: “O progenitor que provoca uma alienação de tipo grave em filho é extremamente manipulador, com traços intensos de paranoia, sendo muito propenso a enganar terceiros [...]”.

Um dos principais motivos que fazem que o alienante pratique a SAP é o fato de que ele quer que o filho tenha contato apenas com ele, que o vínculo afetivo entre o menor e o pai alienado seja completamente abalado. A raiva que ele sente do alienado se transforma em motivação para continuar com a campanha denegatória, e para induzir o filho a participar dessa campanha.

O vínculo de confiança e de apoio mútuo que existia anteriormente entre os genitores se recria entre o genitor alienante e as crianças. O vínculo entre os genitores é completamente destruído, a noção de parentalidade comum não existe mais e o genitor alienante faz de tudo para que o vínculo genitor alienado/crianças seja também destruído. Para isso, ele utiliza as crianças como instrumento de destruição. (GOUDARD, 2008, online).

O alienante pode apresentar alguns transtornos comportamentais como afirma Madaleno, A., e Madaleno, R. (2015, p. 51) ao citar: o Transtorno de Personalidade Paranoide, quando o indivíduo raramente consegue confiar em alguém, nunca admite está errado e acha que as outras pessoas estão sempre tentando enganá-lo; o Transtorno de Personalidade Limite, que tem como principal característica a impulsividade, o alienante que sofre desse transtorno é completamente sensível ao abandono e não suporta a solidão, não consegue ficar sem um companheiro; e o Transtorno de Personalidade Antissocial, a pessoa que sofre esse transtorno, é também chamada de psicopata, sociopata, ela dificilmente sente remorso ou culpa, e geralmente são insensíveis e manipuladoras. Existindo também, outros tipos de transtornos.

Goudard (2008) tipifica dois tipos de genitores, o superprotetor e o vingativo, que torna mais fácil a identificação. Para ele o genitor superprotetor é aquele que acha que é o único genitor “bom”, o único que sabe educar, cuidar, e consegue convencer todos que convivem com eles disso. Se ele pudesse colocaria o filho em uma bolha para que nada de errado lhe acontecesse. Ele tem também a intenção de denegrir a imagem do alienado, dizendo que ele não é capaz de cuidar do filho, que ele é fraco demais para isso. O genitor superprotetor é considerado histérico.

E o genitor vingativo é aquele que age de forma consciente, ele é considerado paranoico, vive com medo do alienado, acha que ele é uma má pessoa, que vai fazer algum mal ao menor. Por esse motivo, ele pode acusar o outro genitor de ter abusado sexualmente do filho, de ter batido no filho, ou seja, ele é mais perverso quanto às acusações maldosas. Esse tipo de genitor alienante se utiliza de todos os meios possíveis, do mais simples ao mais grave, para destruir o vínculo afetivo entre o alienado e o filho. O genitor vingativo faz de tudo para se mostrar um bom pai para a sociedade, para que todos realmente acreditem nas suas acusações e nas acusações que ele faz por meio do filho.

Na fase inicial da alienação, um dos pais quer tentar acabar com o contato que existe entre o filho e o alienado, dificultando os encontros, as visitas, interceptando os telefonemas, não avisando de eventos escolares, ou seja, fazendo o possível para que o menor se sinta rejeitado com a ausência do alienado e se apoie emocionalmente nele. Nesse sentido, Dias (2013a, p. 16) explica que,

O guardião dificulta as visitas e cria toda forma de empecilho para que elas não ocorram. Alega que o filho está doente ou tem outro compromisso. Leva-o a viajar

nos períodos que teria que estar com o outro genitor. Impede o acesso deste à escola, sonega informações sobre questões de saúde e muitas vezes muda de cidade, de estado ou de país.

O genitor alienante pode ainda agir de maneira mais grave, ao inventar que o outro progenitor é perigoso, mudar de endereço sem avisar para dificultar as visitas ou para evitar o contato entre o menor e o pai alienado, e até sugerir que ele abusa sexualmente do menor, fazendo com que o filho acredite naquilo como se realmente tivesse acontecido. Conforme dispõe Dias (2013, p. 16):

O filho é convencido da existência do acontecimento e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente ocorrido. A criança nem sempre consegue discernir que está sendo manipulada e acredita naquilo que lhe é dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre a verdade e a mentira.

O genitor alienador se acha melhor do que qualquer um, sentindo como se somente ele soubesse cuidar do filho. E continua com essa campanha de desmoralização, que muitas vezes foge da realidade, até o momento em que, de tanto fazer a cabeça do filho com falsas acusações, ele começa a acreditar fielmente nas palavras do alienador e a absorver de maneira negativa tudo que lhe é dito a respeito do alienado.

Com isso, o filho acaba destruindo as boas lembranças, a boa convivência e todos os sentimentos positivos que tinha pelo pai alienado, restando apenas raiva, rancor, medo, sentimentos negativos que se transformam na “campanha denegritória”, apoiada pelo alienador, para afastar o genitor alienado de vez. Sendo esses dois, o filho menor e o genitor alienado, os maiores prejudicados e as maiores vítimas da SAP.

4.4.6 Dos danos causados aos filhos menores

Os danos causados pela Síndrome da Alienação Parental (SAP) afetam, principalmente, o menor e o genitor alienado. Os danos na criança ou no adolescente são dos mais variáveis, sendo mais comum, o dano moral, que abrange principalmente os problemas psicológicos que podem decorrer da alienação, se esse problema for valorado, as custas serão arcadas pelo genitor alienante, sendo considerado dano material, como por exemplo, despesas médicas, consultas com psicólogos e até compra de medicamentos. Quando ocorre a alienação, menor

pode se tornar antissocial, perturbado, sem autoestima, pode sofrer depressão e na pior das hipóteses até tentar o suicídio.

Os filhos tornam-se instrumentos de vingança, sendo impedidos de conviver com quem se afastou do lar. São levados a rejeitar e odiar quem provocou tanta dor e sofrimento. Ou seja, são programados para odiar. Com a dissolução da união, os filhos ficam fragilizados, com sentimento de orfandade psicológica. (DIAS, 2013a, p. 15).

E os danos causados no genitor alienado são, de maneira geral, o moral e o material, sendo que o primeiro engloba também o dano psicológico que, se comprovada à alienação ele pode ter direito ao pagamento desses danos. O segundo engloba as despesas com tratamento psicológico, que podem ser valoradas, no caso de despesas médicas, dentre outras. O dano material pode ocorrer também em casos onde o genitor alienado venha a ter algum prejuízo em seu patrimônio por causa da alienação.

O dano material ou patrimonial é aquele que atinge de forma concreta o patrimônio da pessoa, é pecuniário, sendo ele de fácil identificação nos casos de indenização. Como explica Diniz (2005, p. 70) ao afirmar que,

O dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Constituem danos patrimoniais a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa a sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios.

O dano moral é uma lesão ao direito personalíssimo, ele sai da esfera patrimonial e atinge intimamente a pessoa, podendo atingir sua honra, sua vida privada, seus direitos de personalidade. É aquele dano que não é pecuniário. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 109):

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 da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Lagasta Neto (2011, p. 154) fala que é indenizável o sofrimento psíquico sofrido pelo genitor alienado, pela perda do vínculo de filiação que ele tem com o menor, nos casos de interrupção das visitas e quando o alienador o impede de ter contato com o filho, nesses casos, ele tem direito à indenização por danos morais:

É indenizável o sofrimento psíquico ou a frustração pela incerteza anímica do progenitor não guardião pela perda da relação paterno-filial com a ruptura do regime de visitas e pelo total desrespeito ao direito de comunicação fundamental nos vínculos de filiação. O dano moral reclama a demonstração do nexa causal entre a atitude do alienante e os prejuízos morais, por abalo psíquico sofrido pelo progenitor alienado e pela criança ou o adolescente.

O genitor alienador pode ser coagido a cumprir algumas das medidas judiciais impostas no art. 6º da Lei nº12.318/2010, que serão analisadas mais adiante, em que as punições podem ir de pequenas advertências até a suspensão da autoridade parental. Essas medidas não o impede de poder ser responsabilizado civilmente, como afirma Madaleno, A e Madaleno, R (2017, p. 139):

Qualquer uma das medidas sugeridas pelos incisos I a VII do artigo 6º da Lei 12.318/2010 não impedem e autorizam a ação autônoma de indenização por perdas e danos, ou da concomitante ação por responsabilidade criminal. A indenização por dano moral ou material é admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro e tem especial referência na Lei da Alienação Parental, diante dos notórios prejuízos de ordem moral e material causados pela propositada e injustificada alienação dos filhos ao outro progenitor, e até mesmo em relação aos avós ou irmãos da criança ou adolescente alienado.

E além de tudo isso, em alguns casos, Madaleno, A., e Madaleno, R. (2017, p. 140) acreditam que cabe ainda reparação na esfera penal, nos casos em que o genitor alienante acusa o outro progenitor de ter violentado sexualmente o filho, em casos de calúnia ou ainda quando o alienante impede as visitas do alienado:

No âmbito penal, o ascendente alienador responde pelo delito de falsa denúncia criminal quando se utiliza das falsas memórias para imputar ao outro progenitor a autoria de ato libidinoso, ou outro tipo de violência sexual, ou o crime de calúnia, além da obstrução das visitas e do delito de desobediência judicial, não sendo descartado o crime de abandono de incapaz (art. 133 do CP) quando existe omissão de custódia e de cuidado por parte do progenitor, acarretando perigo concreto para a vida ou para a saúde da vítima, em nada se confundindo e, portanto, nada tendo a ver com o abandono moral.

Motta (2012, p. 59) diz que “uma acusação de abuso, por exemplo, é fácil de ser feita e muito difícil de provar que não aconteceu”. E Madaleno, A., e Madaleno, R. (2017, p. 67) afirmam que o juiz tem que tomar bastante cuidado e agir com muita cautela em todos os casos, principalmente nas falsas acusações de abuso sexual:

No caso das falsas denúncias de abuso sexual, elas devem ser muito bem investigadas, pois geralmente o juiz, ao não encontrar outra solução, acaba suspendendo de imediato as visitas, o que ocasiona o agravamento da SAP, pois o genitor alienante passa a contar com todo o tempo da criança e sem barreiras para programá-la.

Motta (2012) acredita que a restauração do convívio familiar entre o pai alienado e o filho menor deve ser feita o mais rápido possível, para que o genitor alvo da SAP tenha alguma chance de desfazer a imagem denegrida que o genitor alienante fez dele. Vieira e Botta (2013) acreditam que a definição da autoridade parental é feita pela criança e pelo adolescente na infância e na juventude, é nesse momento que eles definem em quem podem confiar e respeitar. E é nessa fase que o distanciamento de um dos genitores poderá trazer consequências para o menor e para o genitor que é afastado. Esses problemas, se descobertos de maneira tardia, podem se tornar, em alguns casos, irreversíveis.

Os principais danos causados no filho menor são os danos morais, que advém principalmente do dano psicológico que a alienação causa. O filho se percebe, muitas vezes, sem a presença de um dos genitores, e acaba entendendo que o outro genitor “precisa” mais dele, que o alienante é mais “frágil” e que por esse motivo ele precisa de toda a atenção do menor.

Motta (2012, p. 50) fala que “[...] os filhos do genitor alienador podem ser ‘convencidos’ a alinhar-se ao lado dele por identificá-lo como o mais frágil, o que saiu mais prejudicado ou com maior sofrimento no processo de separação”. Para Motta (2012, p. 52) o genitor alienador se utiliza dessa fragilidade para fazer com que o filho pense que é ele que precisa de cuidados, de carinho, que ele é a vítima:

Na realidade o constrangimento psicológico pode ser conseguido de um genitor sobre o filho não por meio da força ou demonstração de seu poder ou ascendência, mas exatamente pelo contrário, mostrando-se extremamente frágil, vitimizado e requerendo para si cuidados e proteção por parte da criança.

A dependência mútua que o genitor cria com a criança ou o adolescente faz com que as visitas do pai ou mãe alvos da alienação tornem-se cada vez mais difíceis. O filho faz o

possível para evitar essa visita, e o alienante se aproveita dessas ocasiões para dizer que o menor não quer ter contato com o alienado, que ele fica nervoso, estressado ou com raiva “sem motivo aparente” na presença do alienado.

Quando a criança é suficientemente grande para dar sua opinião ela se recusa a visitar o genitor vítima e alvo da SAP. Uma criança mais jovem também experimenta ou é descrita pelo genitor alienador como experimentando um alto nível de estresse ou raiva **quando é separada do genitor alienador ou quando volta do contato com o genitor alvo, embora isso não ocorra durante a visita em si.** [...] Crianças mais velhas mostram frequentemente, sentimentos de raiva e medo por ocasião das entrevistas em conjunto com o genitor alvo. (MOTTA, 2012, p. 50-51, grifo do autor).

Gardner (2002, p. 16) acredita que o ódio que o filho tem do genitor alienado tem mais relação com o medo que ele tem do genitor alienante, do que um desagrado propriamente dito por esse genitor. Ou seja, o menor fica tenso com as visitas do alienado, mas não pelo fato, especificamente, dele não gostar do pai, e sim por conta do medo que ele tem de magoar o alienado, de quem ele está psicologicamente dependente. Ele acha que o fato de ficar feliz com a presença do alienado vai causar a rejeição do alienante:

É importante observar que o ódio da criança com SAP ao genitor-vítima tem menos a ver com um desagrado real por esse genitor e muito mais a ver com o medo de que, caso sinalize alguma afeição pelo genitor-alvo, o alienador ficará irritado e a rejeitará. Na perspectiva de ir com o genitor-vítima, a criança pode exibir uma grande variedade de sintomas psicossomáticos, todos eles manifestações da tensão associada à visita. A aflição pode ser especialmente aparente quando o genitor alienador está no local da transferência. A criança percebe que a sua expressão de disposição ou de felicidade em ir com o genitor alienado pode conduzir à rejeição dela pelo alienador. O diagnóstico de distúrbio de ansiedade de separação é mais frequentemente aplicável aos exemplos leves e moderados de SAP. Nos casos severos, o elemento ansiedade é menos operativo do que o elemento raiva.

Vieira e Botta (2013) acreditam que a criança ou o adolescente que sofrem com a síndrome, são reduzidos a objeto, sendo completamente desconsiderados como sujeito. O menor acaba desenvolvendo uma convivência doentia com o genitor alienante, tornando-se dependente, inseparável e acreditando em tudo que ele fala como se fosse “lei”. Para o filho, o alienante não mente, sempre fala a verdade, e as outras pessoas que são pessoas ruins, que querem o mal dele.

E o filho menor repete e acredita tanto no que o alienante diz que passa a acreditar fielmente em suas palavras e com isso vive uma vida de mentiras e de “falsas memórias”. Vieira e Botta (2013, online) dispõem ainda que “sem discernir as manipulações que sofre, ela desenvolve afetos negativos pelo genitor alienado, a quem passa a perceber como intruso, invasor, convencida de que deve se manter afastada dele, como quer o alienador”.

Como consequência da Alienação Parental, o filho pode desenvolver problemas psicológicos e até transtornos psiquiátricos para o resto da vida. Alguns dos efeitos devastadores sobre a saúde emocional, já percebidos pelos estudiosos, em vítimas de Alienação Parental, são: vida polarizada e sem nuances; depressão crônica; doenças psicossomáticas; ansiedade ou nervosismo sem razão aparente; transtornos de identidade ou de imagem; dificuldade de adaptação em ambiente psicossocial normal; insegurança; baixa auto estima; sentimento de rejeição, isolamento e mal estar; falta de organização mental; comportamento hostil ou agressivo; transtornos de conduta; inclinação para o uso abusivo de álcool e drogas e para o suicídio; dificuldade no estabelecimento de relações interpessoais, por ter sido traído e usado pela pessoa que mais confiava; sentimento incontrolável de culpa, por ter sido cúmplice inconsciente das injustiças praticadas contra o genitor alienado. (VIEIRA; BOTTA, 2013, online).

Os problemas psicológicos mais frequentes vistos em menores que sofrem com a síndrome da alienação parental, são exatamente: depressão, ansiedade ou nervosismo sem motivo aparente, insegurança, isolamento, comportamento hostil, inclinação para o uso excessivo o de álcool e drogas e para o suicídio, dentre outros. Motta (2012, p. 55) também lista algumas consequências que decorrem da “lavagem cerebral” que é feita pelo genitor alienante: “[...] raiva, medo, perda da autoconfiança e da auto-estima, desenvolvimento de fobias e depressão, desordens de sono e de alimentação”.

Silva e Resende (2012, p. 29) entendem que as condições mentais do ser humano, são formadas desde a infância, com a convivência familiar. E a criança ou o adolescente que vive com a ausência de um dos genitores, que ela estava acostumada a conviver, pode sofrer alguns sintomas, que se manifestam por causa da sensação de abandono que elas imaginam sofrer. Com isso eles elencaram alguns desses sintomas:

São crianças que, por exemplo, costumavam ser ótimas alunas e repentinamente, ante a ausência do pai ou da mãe, apresentam uma queda no rendimento escolar, muitas vezes levando a reprovação; outras passam a ter insônia; outras ficam ansiosas, agressivas, deprimidas, enfim, marcadas por algum sofrimento.

O filho menor que sofre com a alienação, acaba sendo prejudicado tanto internamente, quanto externamente, na sua relação consigo mesmo e também com a relação com a sociedade de modo geral. No futuro ele pode se tornar um adulto com dificuldade de ter uma vida profissional e pessoal equilibrada, e pode dificultar principalmente sua vida amorosa e sua relação com seus filhos.

[...] a SAP tem consequências graves essencialmente sobre o desenvolvimento das relações da criança, na sua relação consigo mesma, mas também nas suas relações interpessoais. Ela terá muitas dificuldades em construir uma vida adulta equilibrada, principalmente no comportamento amoroso ou em relação aos seus próprios filhos. (GOUDARD, 2008, p. 42).

Cabral (2012, online) lista uma série de graves consequências que podem surgir no filho, tanto na idade adolescente, quanto fase adulta, e afirma que essas consequências podem variar de acordo com a personalidade e com o temperamento de cada vítima, podendo se tornar, em certos casos, ou irreversíveis ou de difícil reversão:

Tal conduta praticada pelo alienante gera na criança consequências diversas, que variam conforme o temperamento da vítima, podendo se apresentar irreversíveis ou de difícil reversão. Pode haver propensão a se tornar um adolescente revoltado, sem o referencial familiar indispensável ao sadio desenvolvimento. Na fase adulta pode se tornar dependente químico, alcoólatra ou portador de outros desajustes de conduta, mostrando-se agressivo ou extremamente tímido, apresentando diversos distúrbios comportamentais.

Quando começamos a estudar as consequências da síndrome da alienação parental, percebemos que a grande maioria desses danos estão ligados ao íntimo de suas vítimas, a angústia sofrida, a depressão que pode acarretar danos severos, a dor do rompimento do vínculo familiar sofrido entre o genitor alienado e seu filho.

Nesse sentido dispõem Madaleno, A., e Madaleno, R. (2017, p. 64) “A consequência mais evidente é a quebra da relação com um dos genitores. As crianças crescem com o sentimento de ausência, vazio, e ainda perdem todas as interações de aprendizagem, de apoio e de modelo”. E todos esses danos são considerados danos morais, pois ferem o direito personalíssimo da vítima. A possível valoração desses danos vem como forma compensatória e também punitiva.

Por fim, podemos perceber que a criança ou o adolescente, pode precisar de acompanhamento por profissionais, sendo eles psicólogos ou psiquiatras. E em alguns casos, pode ser necessário o uso de medicamentos, tais como antidepressivos, calmantes, dentre outros. Todos esses custos serão arcados pelo genitor alienante, quando comprovada a alienação, e já que são considerados de valor pecuniário, sendo passíveis de indenização por danos materiais.

4.4.7 Descaracterização do abandono afetivo por alienação parental

O pai ou responsável poderá ser acusado de abandono afetivo, porém na verdade ele poderá também ser vítima do processo e caberá ao poder judiciário analisar a situação no caso concreto para a sua exclusão descaracterização.

Goudard (2008) diz que o pai alienado é, antes de qualquer coisa, uma vítima. E Motta (2012) expõe que o genitor alvo da síndrome da alienação parental, na maioria dos casos, não apresenta uma personalidade hostil. No entanto, a dor causada pela campanha denegritória e pelo afastamento dos filhos pode causar frustrações, momentos de raiva e descontrole emocional, que são totalmente compreensíveis.

Silva e Resende (2012, p. 28) falam que “o genitor (a) ausente, privado do contato com o filho, tem uma vida marcada por estresse advindo de uma luta infrutífera, apresentando frequentemente comportamentos depressivos”.

No tratamento da Síndrome da Alienação Parental, o genitor alienado também merece cuidados especiais. Incluído no tratamento, deve ser conscientizado de que está sendo envolvido no contexto da alienação, requisito primeiro para dar início às mudanças capazes de romper com o círculo pernicioso instaurado pela Síndrome [...]. (TRINDADE, 2004, p. 174).

Silva (2009, p. 109) afirma que um dos maiores erros que o pai alvo da SAP comete é fazer uso dos raros momentos que tem de visita com o filho, para criticar e ofender o genitor alienador. Porque ao fazer isso ele está se equiparando ao alienador, fazendo o que ele faz, ou seja, utilizando “[...] os mesmos critérios de agressividade, ofensa, raiva, descontrole emocional, competitividade pela atenção e afeto dos filhos”.

Ao perceber que está ocorrendo à síndrome, o progenitor alienado não pode ficar inerte e aceitar tudo que é imposto pelo alienante, pois fazendo isso ele está compactuando com a violência que está sendo praticada e como consequência verá seu convívio com o filho ser totalmente destruído. Ou seja, se o alienado apenas aceitar a alienação e não buscar os meios cabíveis para fazer cessá-la, ele acaba tornando-se “cúmplice” do alienante, por privar o filho de conviver com ambos os pais. Trindade (2004, p. 174) acredita que o genitor alienado:

[...] deve ser o primeiro a interromper o processo da Síndrome de Alienação Parental, em parte face à natural posição de fragilidade em que se encontram os filhos também porque diante da doença do alienador, ele poderá ser o único membro da família com estrutura emocional e com competências psicológicas que permitem dar o passo inicial em direção à saúde.

Nem sempre o genitor alienado consegue ser capaz de evitar que o vínculo entre ele e o menor seja quebrado. Mas ele tem que tentar, de uma forma sutil, mostrar as incoerências das acusações que o alienante faz, e é de suma importância que ele entenda que o comportamento hostil do filho faz parte da “campanha denegritória” que o alienador está fazendo.

O pai alienado deve ter em mente que as palavras proferidas não correspondem realmente com o verdadeiro sentimento do menor e precisa mostrar com atitudes – e não respondendo aos insultos – que a criança está enganada ao odiá-lo, devendo buscar momentos bons com seu filho, seja por meio de uma ida ao parque, pela realização de uma atividade lúdica, ou, por exemplo, oferecendo ajuda nos deveres de casa. Ou seja, deve o pai alienado ter momentos de qualidade com a criança, tentando reconstruir e estreitar os vínculos de filiação que intentam ser covardemente rompidos pelo genitor alienador. Mesmo porque passividade e tolerância são ineficazes quando se trata de alienação parental. (MADALENO, A.; MADALENO, R., 2017, p. 65).

Porém, na maioria dos casos, o pai também fica emocionalmente comprometido e acaba acarretando alguns problemas psicológicos. Segundo Goudard (2008), a impotência é o sentimento dominante do genitor alienado, onde ele se sente incapaz de fazer algo que seja bem visto pela criança e pela sociedade, pois tudo é visto de maneira negativa e transformado em algo diferente do que realmente é. Nesse sentido Goudard (2008, p. 32) dispõe que,

[...] o genitor alienante, sabendo intuitivamente que quanto mais uma mentira paralisa por seu conteúdo emocional, mais ele terá chances de que acreditem nela, manterá este tipo de afirmação virulenta para que, principalmente, esta mentira não seja recolocada em dúvida. O genitor alienado nada mais pode fazer para se reabilitar aos olhos das crianças. Toda a vizinhança que foi cuidadosamente informada de todo o caso pelo genitor alienante, o considera mal e até o rejeita. Em um grau menor, o círculo social não quer mais se envolver em uma história tão passional e lhe recusará todo apoio ou atenção.

Goudard (2008, p. 33) afirma que outro problema que pode ser acarretado é o estresse pós-traumático, causado pelo acúmulo de humilhações, agressões e rejeições que o genitor alienado pode sofrer. “O genitor alienado, traumatizado pela rejeição brutal de seus filhos, não sabe mais como reagir, temendo uma nova atitude ainda mais hostil”. Esse estresse lhe causará insônia, além de diversos outros problemas.

Esta humilhação, esta desgraça parental, assim como esta imensa dor, abalam fortemente a personalidade do genitor. As consequências são diretas. A qualidade do trabalho diminui. Parece menos dinâmico. A síndrome depressiva é insolúvel porque a situação da SAP se eterniza por anos, até mesmo por toda a vida. Pouco a pouco, por causa de paradas de trabalho ou faltas profissionais, as oportunidades se reduzem, a vida social é atingida e o emprego é o primeiro que sofre. (GOUDARD, 2008, p. 34).

E tem também a depressão, que pode ocorrer de forma avassaladora, causada pelo desespero de não conseguir uma solução para o conflito que o atormenta, podendo levá-lo a praticar atos que causam arrependimentos eternos, Goudard (2008) afirma que o desespero leva a uma síndrome depressiva, podendo chegar ao suicídio e esse desespero pode, em casos extremos, induzir o genitor ao erro, em que ele é levado a tentar um crime, como por exemplo, matar o juiz que não o entendeu, ou até mesmo o alienante por tudo que ele fez. Esses problemas afetam todas as áreas da vida do alienado, a amorosa, a social, a profissional, e o deixam em uma situação psicologicamente complicada, que pode chegar também a ser irreversível.

O genitor alienado pode ficar psicologicamente abalado, pelo fato de ser mal tratado pelo menor, excluído do vínculo familiar, e desprezado pela família e pela sociedade. Isso pode lhe causar transtornos de ansiedade, depressão, dentre outros traumas psicológicos que são necessários tratamentos caros.

Medida judicial igualmente prevista em lei é a imposição de tratamento psicológico ou psiquiátrico (art. 129, III, do ECA) com a cominação de astreintes, ou o cumprimento de sentença ou acordo homologado, podendo optar pela configuração do crime de desobediência judicial e pela reparação do dano moral sofrido pelo genitor alienado, cujo pedido pode ser cumulado com o de dano material (Súmula 37 do STJ), como ocorre, por exemplo, no ressarcimento dos gastos de viagem realizados pelo pai para visitar sua prole que não lhe foi entregue. O dano moral tem sua gênese nas perturbações psíquicas, na dor, na ansiedade, depressão e sofrimento experimentados pelo progenitor que teve suas visitas e comunicações impedidas pela alienação parental causada pelo outro genitor, como em concreto a alienação produz

inquestionáveis danos ao desenvolvimento da personalidade do menor em formação. (MADALENO, A.; MADALENO, R., 2017, p. 121).

Como percebido na citação acima, o genitor alienante pode ser também responsabilizado pelos danos materiais que venham a decorrer da alienação, como por exemplo, o pagamento dos custos uma viagem que o pai alienado estava programando para ter uma maior convivência com o filho e o alienante consegue “boicotar”.

E em casos de problemas psicológicos, o pagamento de consultas médicas e a compra de medicamentos para tratar de doenças decorrentes da alienação, ficam a cargo do alienante, quando reconhecida à síndrome, e se os custos já tiverem sido pagos pelo alienado, serão ressarcidos pelo alienante. Tudo isso será convertido em pagamento de indenização por danos materiais, pois afetam o patrimônio da vítima.

4.4.8 Dos direitos da convivência familiar do menor

Em relação à criança e ao adolescente, esses direitos fundamentais, que são de suma importância para o seu desenvolvimento sadio, devem ser garantidos pelo Estado, pela sociedade e pela família, sendo o direito fundamental mais importante, e que está descrito na Lei da Alienação Parental, o direito ao convívio familiar, ou seja, o contato que o menor tem o direito a ter com ambos os progenitores. E qualquer violação desse direito, por parte qualquer um dos genitores, configura exercício abusivo do poder parental, e pode levar à suspensão e, no mais crítico dos casos, até a perda do poder familiar, quando comprovada a alienação (SIMÃO, 2012).

O art. 3º da Lei nº 12.318/2010 dispõe que a prática da Alienação Parental fere o direito fundamental de convivência familiar saudável. Direito este que deve ser assegurado principalmente pela família e que se encontra visivelmente abalada pela SAP. Assim dispõe o aludido artigo:

Art. 3º. A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

O direito fundamental da convivência familiar merece destaque e vem exatamente como justificativa para a propositura de uma ação por danos morais contra o progenitor alienante,

por não proteger e nem resguardar pessoas vulneráveis e em formação, conforme afirma Madaleno, A. e Madaleno, R. (2017, p. 119):

Destaque para o direito fundamental da convivência familiar constitucionalmente garantido à criança, ao adolescente, ao jovem, e ao deficiente, sendo passível de reparação civil qualquer dano injusto à vida familiar, molestada por ingerências nefastas advindas justamente de pessoas às quais a lei atribui a responsabilidade de proteger e resguardar os interesses superiores dos entes vulneráveis e em formação, pois, quando se trata de dano familiar, existem restrições doutrinárias e jurisprudenciais afirmando só serem indenizáveis os danos morais que se revistam de especial gravidade ou relevância.

O art. 226, caput, da Constituição Federal de 1988 diz que a família é a base da sociedade, e tem especial proteção do Estado, ou seja, é a família que mantém a sociedade, quando se protege a família, se protege as futuras gerações, pois é na base familiar que o ser humano vai iniciar sua formação, seu desenvolvimento. O art. 227, caput, da referida Carta Magna afirma que,

[...] 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.

Percebe-se que também é dever da família assegurar todos direitos fundamentais expostos no artigo, inclusive o da convivência familiar saudável e o da dignidade da pessoa humana, que é o pilar de toda a sociedade, um direito que deve ser assegurado a todos, principalmente a criança e ao adolescente, por ser considerada uma pessoa em desenvolvimento que merece uma atenção especial.

O desenvolvimento da família tem como base o respeito à dignidade da pessoa humana, valor indissociável que influencia todos os valores e normas positivas na busca da proteção da família, qualquer que seja a forma de sua constituição [...] pensar em afastar o genitor ou qualquer outro parente do convívio do menor fere de forma direta a dignidade da pessoa humana, não só do parente vitimado, mas também, em igual proporção – senão maior –, a dignidade do próprio menor que, dado o seu incompleto desenvolvimento, vê-se manipulado pelas ações de alienação parental. (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014, p. 59).

E com a prática da SAP todos esses direitos do menor são violados, pois a família, o elo principal e que tem a proteção do Estado, encontra-se visivelmente abalada, quase destruída. E por conta disso, ela não consegue dar o suporte, nem físico e nem psicológico, que a criança ou o adolescente necessita para crescer de maneira saudável.

Vistos os direitos fundamentais da criança e do adolescente sob o prisma constitucional, qualquer lesão causada pelos pais ou por qualquer pessoa que usa de sua ascensão, proximidade ou influência para privar menor vulnerável da sua liberdade, do seu direito essencial à convivência familiar, ferindo de morte a dignidade dessa criança ou adolescente, está atuando de maneira criminosa, cruel, violenta e covardemente opressiva e, sem sombra de dúvida, o artigo 3º da Lei 12.318/2010 identifica o ato como sendo uma ação de alienação parental. (MADALENO, A.; MADALENO, R., 2017, p. 120).

Com isso, pode ser visto que todos os direitos fundamentais, que são extremamente necessários e essenciais para uma vida justa e sadia, são violados pelo genitor alienante quando ele pratica a SAP, levando-se em conta que ele produz diversos prejuízos ao filho menor, lhe tirando o convívio do genitor alienado, e também lhe expondo a uma violência psicológica que pode lhe prejudicar para sempre.

Com o passar dos anos, a família passou por diversas mudanças, ela deixou de ser totalmente patriarcal e hierarquizada, como afirma Dias (2013b, p. 27) “O núcleo familiar dispunha de perfil hierárquico e patriarcal”, para se tornar mais próxima, a família atual envolve mais a afetividade que a propriedade, pois houve o fortalecimento dos laços afetivos, com a divisão de tarefas entre o casal e a inclusão da mulher com suas vontades e opiniões, como afirma Dias (2013b, p. 28): “[...] sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Surge a concepção da família formada por laços de carinho e de de amor”. Lôbo (2012, p. 17), dispõe também nesse sentido ao afirmar que a função atual da família é a afetividade, enquanto ela estiver presente haverá família:

Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude de outro, a família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver affectio haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na assimetria, na colaboração, na comunhão de vida. Fundada em bases aparentemente tão frágeis, a família atual passou a ter a proteção do Estado, constituindo essa proteção um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade. A proteção do Estado à família é, hoje, princípio universalmente aceito e adotado nas constituições da maioria dos países, independentemente do sistema político ou ideológico.

A família atual tem uma especial proteção do Estado, como já dito no art. 226 da Constituição Federal de 1988, pois ela é a base da sociedade. Além disso, com o desenvolvimento da sociedade, passou a ser reconhecida de diversas formas, as relações homoafetivas foram se tornando mais comuns e, assim, a Carta Magna passou a reconhecer outras maneiras de entidades familiares, não somente aquelas formadas entre o homem, a mulher e os filhos. Como completa Dias (2013b, p. 40):

A constituição Federal, rastreando os fatos da vida, viu a necessidade de reconhecer a existência de outras entidades familiares, além das constituídas pelo casamento. Assim, enlaçou no conceito de família e emprestou especial proteção à união estável (CF 226 § 3º) e à comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (CF 226 § 4º), que começou a ser chamada de família monoparental. Mas não só nesse limitado universo flagra-se a presença de uma família. Os tipos de entidades familiares explicitados são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. Dentro desse espectro mais amplo, não cabe excluir do âmbito do direito das famílias os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, que mantêm entre si relação pontificada pelo afeto, a ponto de merecerem a denominação de uniões homoafetivas. [...] A partir daí restou assegurado o acesso ao casamento, o que tem conduzido à sociedade a aceitar todas as formas de convívio que as pessoas encontram para buscar a felicidade.

Apesar de todas essas mudanças no conceito de entidade familiar, ainda cabe aos pais a responsabilidade de dar sustento, criação e educação a seus filhos, mesmo que a vida conjugal tenha terminado. As crianças não podem ser penalizados pela imaturidade dos cônjuges em casos que eles não conseguem separar a vida parental do término do relacionamento conjugal, ou seja, os filhos só estarão a salvo de qualquer conflito que venha a ocorrer se os pais conseguirem manter um diálogo construtivo e uma relação saudável, mesmo com o fim do casamento (SOUZA, 2012). Madaleno, A., e Madaleno, R. (2017, p.30) conceituam poder familiar de forma bastante sucinta, afirmando que é um direito-dever dos pais sobre os filhos:

O poder familiar é, portanto, um poder-função ou direito-dever, é o exercício da autoridade – advinda da responsabilidade – dos pais sobre os filhos, não uma autoridade arbitrária, escorada no interesse pessoal dos pais, mas sim no sentido de fazer valer os interesses do menor, tanto no âmbito patrimonial quanto no pessoal.

Os casos de SAP ocorrem principalmente, quando há uma separação litigiosa, geralmente com disputa pela guarda da prole e um dos cônjuges sai do vínculo conjugal com um sentimento de abandono, de rejeição, e quer vingança, colocando a culpa do fim do

relacionamento no outro cônjuge. Em decorrência disso, ele “programa” os filhos para que eles sintam raiva, ódio e queiram romper o vínculo familiar com o genitor alienado. E quando isso ocorre, o genitor alienado está abusando do seu poder familiar, pois ele deixa de cumprir seus deveres perante os menores, por sempre buscar, de todas as maneiras possíveis, fazer com que o filho destrua a relação que ele tem com o outro cônjuge.

A criança, em razão de sua pouca idade, não possui condições de tomar decisões ou de reger os seus interesses, portanto, sendo o poder familiar um instituto de proteção, cabe aos pais desempenhar esse papel mediante a representação de interesses pessoais do filho, além da administração dos seus bens. Quando o poder familiar é exercido de forma irregular, ocorre verdadeiro abuso de direito, podendo os pais responder pela desídia. A responsabilidade que envolve o poder familiar acaba repercutindo na sociedade, e o Estado pode exigir o cumprimento das obrigações dos pais, aplicando até mesmo a extinção do poder familiar. (FREITAS, 2015, online).

Segundo Duarte (2014), o vínculo familiar e a convivência familiar são essenciais para o completo desenvolvimento sadio e harmonioso de crianças e adolescentes, isso influencia muito na construção de sua personalidade, visto que um ambiente familiar rodeado de compreensão e amor é o melhor para a formação de uma pessoa de bem, não restando dúvidas de que a família é pilar social do ser humano. Os pais são os responsáveis pela proteção e formação dos filhos, devendo sempre, em primeiro lugar, garantir e assegurar a eles todos os direitos e garantias presentes no art. 227 da Constituição Federal de 1988.

CAPÍTULO 5: DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS

5.1 Aspectos gerais

A ordem jurídica impõe aos pais o dever de assistência aos filhos menores, sendo o poder familiar, na verdade, um poder-dever de cuidado e sustento. Das legislações extrai-se que o comportamento paterno ou materno negligente é antijurídico, constituindo-se em um ilícito, objeto de sanções que podem culminar com a perda da guarda dos menores e a possibilidade de decretação da prisão civil do genitor devedor das verbas alimentares.

A teoria da responsabilidade civil se origina do princípio fundamental do *neminem laedere*, a máxima de que a ninguém se deve lesar, justificando-se em razão da liberdade e da racionalidade humanas. Dessa forma, havendo dano injustamente produzido na esfera de bens ou de valores alheios, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade.¹¹⁷

O artigo 927, *caput*, cláusula geral da responsabilidade civil subjetiva no CC/02, assim dispõe: "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Por sua vez, o artigo 186 da mesma norma detalha: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Stoco (2014)¹¹⁸ destaca que o artigo 186 contém grave erro técnico, pois considera que só é ilícito o ato que viola direito e causa dano. Segundo o autor, a só violação do direito já configuraria o ato ilícito, independente de ter ocorrido dano. O ato ilícito é aquele praticado com infração do dever legal ou contratual. A ilicitude está na transgressão da norma. O equívoco é manifesto, pois pode haver prática de ato ilícito sem repercussão indenizatória, no caso de não ter sido verificado dano.

A responsabilidade objetiva, como se vê no artigo 927, do CC/02, é exceção no Direito Civil, somente podendo ser aplicada por autorização expressa de lei, ainda que esta ocorra de

¹¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**, 4ª edição rev., aum. e mod. por Eduardo C.B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 20.

¹¹⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, 10ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 191.

forma genérica, como a do parágrafo único do artigo 927¹¹⁹, do CC/02, que dispensa a verificação da culpa na atividade de risco.

No abandono afetivo, não há, por evidente, contrato, sendo aplicável, portanto, a responsabilidade civil subjetiva extracontratual.

Cavaliere Filho (2006)¹²⁰ estabelece que o elemento nuclear da responsabilidade civil é o descumprimento de um dever jurídico por uma conduta voluntária do agente que acarrete dano para outrem. Em regra, é indispensável a ilicitude do comportamento e a ocorrência de efetivo prejuízo, seja patrimonial ou moral.

Pereira (2001)¹²¹, a respeito da concepção de responsabilidade civil, preleciona:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação ao sujeito passivo da relação jurídica que se forma.[...] Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independentemente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.

Segundo Nancy Andrichi, em julgamento de Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça:

É das mais mezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral. (STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.159.242-SP, Relatora Ministra Nancy Andrichi, j. 24.04.2012, Dje 10.05.2012)

O comprovação do dano é questão controvertida na reparação moral, visto que parte da doutrina defende que esse elemento não precisaria ser exaustivamente provado, pois seria grotesco ou mesmo impossível atestar suas consequências - as lágrimas e sofrimento íntimo -, sendo defendido que se a lesão é a um dos direitos da personalidade da pessoa, não haveria sentido em exigir a prova da repercussão no íntimo do ofendido, devendo haver presunção,

¹¹⁹ Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª - edição. São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 36.

¹²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 2001, pág. 11.

em razão de máximas de experiência, que qualquer indivíduo de mediana sensibilidade seria ofendido ou agredido pela conduta analisada¹²².

Cavaliere Filho (2014)¹²³, destaca que dizer que dano é prejuízo ou, no caso do dano moral, que é dor, vexame, sofrimento e humilhação significa conceituar o dano pelas suas consequências; explica que o critério correto ou ponto de partida seria conceituar o dano pela sua causa, pela sua origem, atentando-se para o bem jurídico atingido e não para suas consequências emocionais da lesão sobre determinado sujeito.

No Direito das Famílias, é preciso bastante cautela para não dar margem ao enriquecimento sem causa, sendo imprescindível comprovar um dano a um direito da personalidade ou à dignidade humana, preferencialmente com o parecer de um psicólogo ou psiquiatra para auxiliar o juiz na decisão. Com o estudo da presença do dano psicológico, o nexos de causalidade surgiria naturalmente pela possível constatação de que o abandono teria sido o evento traumático que originou o desequilíbrio na formação da criança.

Na comprovação do dano decorrente do abandono afetivo, é importante notar que, em tese, o abalo à formação da personalidade só poderia ocorrer em um filho negligenciado em tenra idade. Em razão da maior probabilidade de prejuízos psicológicos nas crianças que não convivem com seus pais ou não recebem a atenção e cuidados devidos, seria bastante difícil ensejar à indenização por dano moral a omissão contra um filho perpetrada após sua maioridade civil. Para a materialização do abandono afetivo, faz-se necessário perquirir acerca das possíveis consequências jurídicas geradas a partir do abandono dos genitores no desenvolvimento mental e moral da criança enquanto sujeito de direitos e deveres na sociedade.

A culpa do autor do dano deve ser auferida cuidadosamente, visto que existem diversas situações em que o pai tem sua responsabilidade escusada, como no caso de grave estágio da Síndrome da Alienação Parental ou de o genitor residir no exterior.

É relevante ressaltar que não se busca, com a ação de reparação financeira, o rompimento do vínculo entre pais e filhos. É um requisito do bom senso que os laços afetivos já tenham sido rompidos para a propositura dessa ação.

¹²² MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral, problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011, págs. 297-299

¹²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, págs. 92 e 93.

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.

5.2 Responsabilidade subjetiva

A responsabilidade civil é instituto aplicável ao direito de família, especialmente à relação de parentalidade, que envolve sujeitos vulneráveis, em fase de desenvolvimento, razão pela qual os pais são responsáveis pela efetivação de todas as condições necessárias à formação e realização existencial dos filhos¹²⁴. Embora essa possibilidade ainda seja admitida com certa restrição, principalmente na jurisprudência, a reparação dos danos patrimoniais e morais decorrentes da violação de deveres familiares é plenamente cabível, desde que presentes os elementos da responsabilidade civil¹²⁵.

No caso da responsabilidade civil por abandono afetivo, o dever de indenizar os danos causados aos filhos menores depende da atuação culposa dos pais no descumprimento dos deveres de ordem imaterial do poder familiar. Trata-se, assim, de responsabilidade civil subjetiva, caracterizada pela violação de um dever jurídico por meio de conduta voluntária culposa que causa dano a direito alheio. Nesse sentido é a disposição do artigo 186 do Código Civil, segundo o qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, ficando obrigado à sua reparação nos termos do *caput* do artigo 927 do mesmo diploma legal¹²⁶. Sendo o fundamento da responsabilidade civil subjetiva a culpa, seus elementos caracterizadores são a conduta ilícita culposa do agente, o dano e o nexo de

¹²⁴ Explica Paulo Luiz Netto Lôbo que “a viragem copernicana da assunção de deveres fundamentais em face da criança resulta de sua emersão como sujeito de direitos próprio. A responsabilidade com sua formação integral, em respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento, é muito recente na história da humanidade. A concepção até então existente de pátrio poder era de submissão do filho aos desígnios quase ilimitados do pai; a criança era tida mais como objeto de cuidado e correção do que como sujeito próprio de direitos. Fora da família, a criança era tida como menor em condição irregular. No Brasil, a viragem, decorrente da difusão internacional da doutrina de proteção integral da criança, concretiza-se com o advento da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990. De objeto a sujeito chega-se à responsabilidade e aos direitos fundamentais”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias contemporâneas e dimensões da responsabilidade*, cit., p. 14

¹²⁵ MADALENO, Rolf. O dano moral na investigação de paternidade. In: *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade* (coords. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; Maria Clara Osuna Diaz Falavigna). Porto Alegre: Magister, 2007, p. 354-355.

¹²⁶ Artigo 927 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

causalidade, que serão a seguir analisados e cotejados no item a fim de que se conclua pela possibilidade ou não da responsabilização civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores.

O instituto da responsabilidade civil se divide em responsabilidade civil subjetiva e objetiva. A teoria subjetiva, também denominada de teoria clássica do direito, que em regra é a teoria adotada pelo Código Civil de 2002, para que a vítima seja indenizada, é necessário se fazer presente os seguintes pressupostos, o dano, a culpa e o nexo de causalidade entre o fato e o dano.

Em regra, essa teoria é a adotada pelo Código Civil vigente. Para que o dano seja reparado, deve preexistir o descumprimento de um dever jurídico, que gere dano para alguém e que tenha uma relação de causalidade entre o fato e o dano, ou seja, de acordo com esta teoria é necessário que seja provada a culpa do autor do dano que causou prejuízo a outra pessoa. A observância da culpa do agente causador do dano é baseada na imprudência. Também é baseada na negligência do autor e na imperícia.

É sempre levada em consideração, as atitudes do autor, que agiu com dolo ou culpa, dessa forma, o agente conheceu e quis o resultado ou não tinha conhecimento e nem quis o resultado, porém agiu de forma imprudente, negligente e imperito.

Portanto, de acordo com a teoria subjetiva, para que haja indenização, o dolo ou a culpa do agente do dano que resultou prejuízo para a vítima, mesmo que meramente moral, deve existir. Por isso que muitos doutrinadores consideram a existência de um dano na vida da criança como pressuposto para obter a indenização.

A teoria objetiva, também denominada de teoria do risco, dispõe que todo dano é indenizável e aquele que pratica o ato lesivo deve repará-lo independentemente de culpa. Nesta teoria, faz-se necessário apenas o dano e a relação de causalidade para que o prejuízo seja reparado, não se exigindo prova invertida, sendo necessário apenas que seja provado a ação ou omissão e o próprio dano.

5.3 Conduta humana e ilicitude

A conduta humana consiste no “comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”¹²⁷. Pressupõe, portanto, voluntariedade¹²⁸. Segundo Sergio Cavalieri Filho, “a ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo”¹²⁹. A conduta pode ser comissiva ou omissiva. Será comissiva quando o agente praticar ato vedado em lei ou em negócio jurídico, consistindo na violação do dever geral de abstenção por meio de um fazer, de um comportamento positivo. Já a conduta omissiva caracteriza-se pela abstenção da ação imposta pela lei ou pela vontade das partes. É a “não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se”¹³⁰. Dessa forma, a omissão apenas terá relevância jurídica quando a pessoa possuir o dever jurídico de agir, de modo que, não o fazendo, responderá pelos danos resultantes de sua conduta omissa¹³¹.

Na responsabilidade civil subjetiva a conduta humana, comissiva ou omissiva, deve ser qualificada juridicamente, ou seja, deve se apresentar como um ato ilícito¹³². O artigo 186 do Código Civil, ao consagrar a teoria subjetiva, estabelece que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda

¹²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 24.

¹²⁸ Segundo Francisco Amaral, a conduta deve ser voluntária “no sentido de ser controlável pela vontade da pessoa à qual se imputa o fato. Excluem-se, portanto, os atos praticados durante o sono ou em outro estado de inconsciência (hipnose, delírio febril, ataque epilético) ou sob coação absoluta. Porque não constituem ações em sentido jurídico, faltando-lhes a possibilidade de controle do agente, mas não se excluem os atos danosos praticados por distração”. Nesse sentido também é a lição de Carlos Roberto Gonçalves, para quem a voluntariedade “exclui do âmbito da responsabilidade civil os danos causados por forças da natureza, bem como os praticados em estado de inconsciência, mas não os praticados por uma criança ou um demente. Essencial é que a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem”. A voluntariedade da conduta não se confunde com a vontade pelo resultado dela advindo. Esta se relaciona à culpa, enquanto aquela à conduta, à liberdade de agir ou não. Esclarece Rui Stoco: “a voluntariedade da conduta não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado, isto é, o querer intencional de produzir o resultado, de assumir o risco de produzi-lo, de não querê-lo mas, ainda assim, atuar com afoiteza, com indolência ou com incapacidade manifesta”. AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 553. GONÇALVES,

¹²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 24.

¹³⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, cit., p. 40.

¹³¹ Esclarece Sergio Cavalieri Filho que a omissão “como pura atitude negativa, a rigor não pode gerar, física ou materialmente, o dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada nada provém. Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem o *dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado*, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo. (...) Em suma, só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado. Se assim não fosse, toda e qualquer omissão seria relevante e, conseqüentemente, todos teriam contas a prestar à Justiça”. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 24-25.

¹³² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, cit., p. 37.

que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Com base nesse dispositivo legal a doutrina majoritária conceitua o ato ilícito vinculando o elemento culpa à sua caracterização. Segundo José de Aguiar Dias, o fato violador de um dever preexistente consubstancia-se no ato ilícito, cuja essência é a culpa, que o qualifica¹³³. Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2002) ensina que ato ilícito “é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios”. Logo, o dever ressarcitório decorre da culpa, vale dizer, da “reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente”, que, tendo ciência da ilicitude de seu ato, deveria ter agido de outro modo, mas não o fez¹³⁴. Esse também é o posicionamento de Sílvio de Salvo Venosa (2014), segundo o qual “na ilicitude há, geralmente, uma cadeia ou sucessão de atos ilícitos, uma conduta culposa”. Portanto, a violação da ordem jurídica, por si só, não é suficiente à configuração do ato ilícito, que depende também do elemento anímico. Isso porque

o ilícito tem duplo fundamento: a infração de um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente. Portanto, para sua caracterização, é necessário que haja uma ação ou omissão voluntária, que viole norma jurídica protetora de interesses alheios ou um direito subjetivo individual, e que o infrator tenha conhecimento da ilicitude de seu ato, agindo com dolo, se intencionalmente procura lesar outrem, ou culpa, se consciente dos prejuízos que advêm de seu ato, assume o risco de provocar evento danoso¹³⁵.

Dessa forma, o agente que, culposamente, pratica ato contrário à ordem jurídica e causa dano a outrem, comete ato ilícito e, por conseguinte, lhe é imposta a obrigação de indenizar. O ato ilícito é, assim, “fonte da obrigação de indenizar danos causados à vítima”¹³⁶. Não há que se falar em ilicitude da conduta que, mesmo causadora de dano e contrária ao ordenamento jurídico, é desprovida do elemento subjetivo, ou seja, da culpa ou do dolo. Nesse caso, o ato será antijurídico, eis que contrário ao direito, mas não ilícito¹³⁷. A fim de elucidar esse entendimento, Arnaldo Rizzardo (2014) explica que a mera violação da lei não caracteriza o

¹³³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. rev., atual. e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 109. Nesse sentido, cf. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 129 e 219. SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*, cit., p. 05. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 158-160.

¹³⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, cit., p. 41.

¹³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, cit., p. 41. Cf. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 478-479.

¹³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, cit., p. 41.

¹³⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 457. Cf. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 159.

ato ilícito, pois o elemento subjetivo existe desde a infringência da ordem jurídica, sendo a culpa, portanto, qualificadora do ato ilícito¹³⁸.

Vê-se, pois, que a partir desse entendimento a culpa é o elemento nuclear do ato ilícito, de modo que, estando ela presente, o ato praticado com violação ao direito, causador de dano, será ilícito. Todavia, ausente a culpa, o ato caracterizar-se-á como lícito, não havendo que se falar em responsabilidade civil subjetiva. Não obstante, há hipóteses em que o ato lícito é também fonte da obrigação de indenizar, decorrendo de expressa previsão legal ou quando a atividade desenvolvida implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem¹³⁹. É o caso da responsabilidade civil objetiva, que independe de culpa, fundando-se, dessa forma, em ato lícito. Na lição de Rui Stoco (2014)

cabe lembrar que, se em outros sistemas é possível discutir se a culpa integra o conceito de ato ilícito, em nosso ordenamento não, posto que a lei não permite dúvida a esse respeito (...). Mas a dinâmica dos fatos e a evolução do Direito obrigou a que outras teorias fossem desenvolvidas, de sorte que nem sempre a culpa é o ponto fulcral da responsabilidade, que poderá nascer sob outro fundamento, como a responsabilidade sem culpa, por força da teoria risco ou da inexigência legal de ilicitude¹⁴⁰.

Portanto, conforme a corrente doutrinária acima exposta, tanto na responsabilidade civil subjetiva como na objetiva a imposição do dever de ressarcimento pressupõe a existência do dano e do nexo de causalidade. A responsabilidade subjetiva fundamenta-se no ato ilícito, qualificado pela violação da ordem jurídica por meio de conduta humana culposa ou dolosa que causa dano a outrem. Já a responsabilidade objetiva funda-se no risco¹⁴¹, não havendo que

¹³⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 05.

¹³⁹ Explica Rogério Roberto Gonçalves de Abreu que “há casos em que a responsabilidade civil decorre de atos que não se enquadram no modelo descrito no art. 186. Nem todos os casos de responsabilidade civil têm base no art. 186 do CC e, portanto, nem toda obrigação de indenizar deverá ser fundamentada na prática de um ato ilícito civil. Pode haver (como de fato há) *responsabilidade civil por atos lícitos*. (...) Há várias situações para as quais a lei prescreve responsabilidade civil sem a configuração de um ato ilícito (conforme paradigma previsto no art. 186 do CC/2002). Como exemplos, citamos as hipóteses em que se verificam *causas excludentes de ilicitude* (como o estado de necessidade agressivo), ou aquelas, em que há *responsabilidade civil objetiva* (dispensando-se o elemento culpa)”. ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. Teoria do dano ilícito. In: *Novo código civil: questões controvertidas: responsabilidade civil* (coords. Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves). São Paulo: Método, 2006, p. 508-509.

¹⁴⁰ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, p. 113.

¹⁴¹ Segundo José Fernando Simão, a responsabilidade objetiva tem por fundamento a teoria do risco, em uma de suas modalidades: risco-proveito, risco-criado, risco administrativo, risco profissional, risco excepcional e risco integral. “Pela teoria do *risco-proveito*, aquele que, com sua atividade, cria um risco, deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, porque esta atividade de risco proporciona-lhe um benefício (*ubi emolumentum, ibi onus*). Assim, havendo ganho, haverá também o encargo. (...) Já pela teoria do *risco-criado*, o agente deve indenizar quando, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo. Não importa se a atividade traz a ele um proveito econômico nem mesmo se é atividade econômica. Basta a atividade em si. (...) Pela teoria do *risco*

se falar em ato ilícito, visto que independe de culpa. Baseia-se em ato lícito, que se traduz, além dos casos especificados em lei, no desenvolvimento de atividade que implique, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, nos termos do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil¹⁴². Por outro lado, o posicionamento doutrinário minoritário, cujo principal expoente é Sergio Cavalieri Filho (2006), não inclui necessariamente o elemento culpa no conceito de ato ilícito¹⁴³. Logo, conforme essa posição, o entendimento acima exposto estaria equivocado, não sendo possível afirmar que a responsabilidade subjetiva fundamenta-se em ato ilícito e a objetiva em ato lícito. Segundo o autor, seja a responsabilidade subjetiva ou objetiva, a reparação do dano sempre dependerá da ilicitude da conduta humana que o causou. Isso porque o ato ilícito caracterizar-se-ia tão somente pela prática de conduta contrária à

administrativo, não se exige falta do serviço ou culpa dos agentes praticantes. Basta o fato do serviço (defeito que exponha risco ao usuário) e que o Estado cause um dano em sua atividade. (...) Há também a teoria do *risco profissional*, pela qual a reparação aos empregados no trabalho ou em razão dele independeria da culpa do empregador e teria como objetivo evitar que a discussão de culpa levasse à improcedência da ação acidentária em razão da dificuldade do empregado em fazer a sua prova. (...) Tem-se, ainda, a chamada teoria do *risco excepcional*. Será objetiva a responsabilidade quando o dano decorrer de atividade que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça. Podem ser lembrados os casos de rede elétrica de alta tensão, exploração de energia nuclear e materiais radioativos. Por fim, a última teoria é a do *risco integral*. Por ela, há responsabilidade civil em qualquer situação, desprezando-se inclusive as excludentes que romperiam o nexos causal. (...) Excepcionalmente, a teoria do risco integral é utilizada nos casos de danos ambientais e nucleares, e, nesse aspecto, a lei sobre responsabilidade civil das usinas nucleares não foi recepcionada pela Constituição Federal”. SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*, cit., p. 64-70. Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 81-84.

¹⁴² Claudio Luiz Bueno de Godoy interpreta o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, para verificar a qual das espécies de risco se refere a cláusula geral da responsabilidade sem culpa. Conclui o autor que “a opção da legislação brasileira, ao estabelecer a cláusula geral de responsabilidade objetiva, não foi a de reduzi-la ao perigo intrínseco, mesmo que especial, da atividade desenvolvida. Antes, erigiu-se, no ordenamento civil, uma cláusula geral que, ao contrário de outras, próprias de diversos sistemas, ou mesmo ao contrário de outras precedentemente projetadas, no Brasil aludiu não ao perigo, mas ao risco induzido pelo exercício de certa atividade”. Isso porque “atividades há que podem não ser reputadas essencialmente perigosas, as atividades de risco, que todavia bem podem ser móvel de risco particular, especial. Ou seja, evita-se a redução da abrangência da norma à discussão sobre se a atividade é ou não perigosa por natureza, para admitir a responsabilização sem culpa de quem desenvolve atividade diversa dos exemplos corriqueiros de perigo (mineração, fornecimento de energia, fabrico de explosivos etc.), portanto atividade não raro comum, a qual, porém, acaba ensejando um risco especial a terceiros”. Esse risco, ademais, precisa ser “diferenciado, especial, particular, destacado (...). Ainda diante da redação já do parágrafo único do art. 927, tem-se a observação de Rui Stoco, no sentido de que essa mesma norma *incide apenas nas atividades em que se imponha um risco anormal e especial*. Anormalidade, aqui é bom dizer, que se compreende não em relação ao exercício da atividade, que deve ser normal, nem de modo a identificar uma periculosidade adquirida, mas tão somente a significação de um risco diferenciado”. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 112-114.

¹⁴³ Segundo Claudio Luiz Bueno de Godoy, é “forçoso reconhecer, como acentua Eduardo Zannoni, que a noção de ilicitude se amplia e se desprende da necessária vinculação à culpa do agente. Conforme o fator de imputação de responsabilidade por que opte o sistema, dão-se hipóteses em que a ilicitude se evidencia na concreta produção de danos em que se converta o risco de certa atividade, em si e abstratamente lícita e legal”. Idem, p. 35.

ordem jurídica, violadora de dever jurídico originário, o que se verificaria em ambas as espécies de responsabilidade civil¹⁴⁴.

Não há que se falar em *ato lícito* se em todos os casos de responsabilidade objetiva – do transportador, do Estado, do fornecedor etc. – há sempre a violação de um dever jurídico preexistente, o que configura a ilicitude. Ora será o dever de incolumidade, ora o dever de segurança – mas (...) haverá sempre o descumprimento de uma obrigação originária. Ademais, os casos de indenização por *ato lícito* são excepcionalíssimos, só tendo lugar nas hipóteses expressamente previstas em lei, como no caso de dano causado em estado de necessidade e outras situações específicas (Código Civil, arts. 188, II, c/c arts. 929 e 930, 1.285, 1.289, 1.293, 1.385, §3º etc.). Nesses e em outros casos não há responsabilidade em sentido técnico, por inexistir violação de dever jurídico, mas mera obrigação legal de indenizar por ato lícito¹⁴⁵.

Para o autor, considerando-se que a responsabilidade civil pressupõe a violação de um dever jurídico originário, ainda que geral, como o dever de incolumidade e de segurança, sempre dependerá da existência de um ato ilícito, contrário à lei ou à disposição do negócio jurídico, independentemente de ter o infrator agido com dolo ou culpa. Logo, tanto a responsabilidade subjetiva como a objetiva seriam caracterizadas pelo mesmo elemento objetivo, qual seja o ato ilícito.

A diferença residiria no elemento anímico – dolo ou culpa –, que não se vincularia ao conceito de ato ilícito, sendo autônomo, indispensável à configuração do caráter subjetivo, mas prescindível na responsabilidade objetiva. Desse modo, em ambas faz-se necessária a presença da conduta humana, o agir voluntário. Porém, enquanto na responsabilidade subjetiva o dever de ressarcir o dano decorre da vontade livre e consciente, dolosa ou culposa do agente em praticar o ato ilícito, na objetiva o dever ressarcitório advém apenas do exercício de atividade que viola o direito e causa lesão, independentemente de dolo ou culpa.

É nesse contexto que Sergio Cavalieri Filho (2006) trata do duplo aspecto da ilicitude. O aspecto objetivo, que fundamenta a responsabilidade objetiva, considera tão somente a conduta do agente, que deve ser contrária à ordem jurídica para caracterizar o ilícito. Trata-se, segundo o autor, do ato ilícito *lato sensu*, que viola a lei e cujo dever de reparar o dano subsiste sem qualquer consideração ao elemento anímico. É “a mera contrariedade entre a

¹⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 07-08.

¹⁴⁵ Idem, p. 08-09

conduta e a ordem jurídica, decorrente de violação de dever jurídico preexistente”¹⁴⁶. Já o aspecto subjetivo do ato ilícito, base da responsabilidade subjetiva, leva em conta a conduta humana culposa ou dolosa contrária ao ordenamento jurídico. Consiste no comportamento objetivamente ilícito e também culposos, vale dizer, no ato ilícito *stricto sensu*.

Na responsabilidade civil subjetiva, além da conduta, do dano e do nexo de causalidade, a culpa, de acordo com o artigo 186 do Código Civil, é imprescindível, sendo, assim, o elemento “nuclear do ato ilícito que lhe dá causa”¹⁴⁷. Segundo Sergio Cavalieri Filho (2006), esse posicionamento quanto à classificação do ato ilícito em *lato sensu* e *stricto sensu* pode ser observado no Código Civil, pois, conforme explica o autor:

o Código Civil assumiu em relação ao ato ilícito esta postura dicotômica, tanto é assim que, além da responsabilidade subjetiva fulcrada no ato ilícito *stricto sensu*, prevista no art. 927, lembra o parágrafo único deste mesmo artigo que há outras situações igualmente geradoras da obrigação de indenizar *independentemente de culpa*. Devemos ainda ressaltar que o Código, após conceituar o ato ilícito em sentido estrito em seu art. 186, formulou outro conceito de ato ilícito, mais abrangente, no seu art. 187, no qual a culpa não figura como elemento integrante, mas sim os limites impostos pela boa-fé, bons costumes e o fim econômico ou social do Direito. O abuso do direito foi aqui configurado como ato ilícito dentro de uma visão objetiva, pois boa-fé, bons costumes, fim econômico ou social nada mais são que valores ético-sociais consagrados pela norma em defesa do bem comum, que nada tem a ver com a culpa. (...) A responsabilidade subjetiva continua fulcrada no ato ilícito *stricto sensu* (art. 186), com aplicação nas relações interindividuais – violação de um dever jurídico –, e o ato ilícito em sentido amplo é o fato gerador da responsabilidade objetiva e tem por campo de incidência as relações entre o indivíduo e o grupo (Estado, empresas, fornecedores de serviços, produtos etc.).

A partir da análise das duas correntes doutrinárias, vê-se que a controvérsia acerca da ilicitude ou licitude do ato recai sobre a responsabilidade objetiva. Para a doutrina majoritária a responsabilidade objetiva decorre da prática de ato lícito, pois independe da culpa do ofensor, causador do dano. Já para a doutrina minoritária, o ato que enseja a reparação do dano na responsabilidade objetiva é ilícito, considerado em sentido amplo como a mera violação da ordem jurídica, independentemente de dolo ou culpa do agente. Dessa forma, adotando-se qualquer das correntes doutrinárias, certo é que ambas fundamentam a responsabilidade objetiva na teoria do risco, caracterizando-a sem consideração ao elemento subjetivo – dolo ou culpa. A controvérsia reside na natureza jurídica do ato que enseja a reparação dos danos – se lícito ou ilícito. Por outro lado, na responsabilidade subjetiva, cerne

¹⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 11.

¹⁴⁷ Idem, p. 09-11.

desse trabalho, ambos os posicionamentos doutrinários convergem para o mesmo sentido, qual seja, o da sua caracterização a partir de um ato ilícito, vale dizer, da violação da ordem jurídica por meio de conduta voluntária, dolosa ou culposa, causadora de dano.

5.4 Dano moral: delimitação conceitual

A aceitação, no meio jurídico, da possibilidade de reparação do dano exclusivamente moral não foi pacífica e enfrentou intensos debates doutrinários e jurisprudenciais no Brasil.

Cahali (2005)¹⁴⁸ demonstra o tratamento que era dado ao tema:

Desse modo, se antes da Constituição de 1988 o tema da reparação do dano moral ainda se prestava a controvérsias, já então juízes de todas as instâncias, em antecipação meritória, sensíveis aos reclamos da sociedade moderna recusavam a velha e desgastada parêmia da irreparabilidade do dano moral no pressuposto de que a dor não tem preço, proclamando a necessidade de serem revistos os antigos conceitos.

A jurisprudência brasileira, antes da Constituição de 1988, era majoritariamente contrária ao reconhecimento do dano moral puro. Houve três estágios: num primeiro momento, a negativa era total; depois, passou-se a aceitar a indenização, porém condicionada a determinados eventos; e, por fim, a tese passou a ter uma maior aceitação, porém não ampla e irrestrita¹⁴⁹.

Existiam, na época, a corrente positivista, que defendia ser possível a indenização por dano exclusivamente moral, a negativista, que considerava incompatível com a doutrina civilista a indenização por dano moral, e diversas teorias mistas, que, em regra, consideravam que apenas caberia a compensação do dano imaterial quando houvesse cumulação com o dano material.

Apesar de já superada a discussão, restando vitoriosa a antiga doutrina positivista, sobretudo após a inclusão do direito à indenização por dano material, moral ou à imagem no artigo 5º, inciso V da Constituição Federal de 1988, é importante que sejam analisados os fundamentos que levaram a esse entendimento, uma vez que argumentos semelhantes são elencados no polêmico debate acerca da reparação moral por abandono afetivo.

¹⁴⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª - edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pág. 20.

¹⁴⁹ MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2011, pág. 17.

Algumas das objeções dos negativistas que possuem conexão com o tema podem ser sintetizadas a seguir: a incerteza neste tipo de dano de um direito verdadeiramente violado, a dificuldade de atestar a existência desse dano, a impossibilidade de compensação, com critério de equivalência, e não com o pecuniário, de todos os tipos de danos morais, a oposição com os princípios da teoria do dano em direito civil, a imoralidade de compensar a dor com dinheiro e o inconveniente poder ilimitado conferido ao juiz no arbitramento do valor da condenação¹⁵⁰.

No que concerne à suposta incerteza da própria existência de um direito violado, verifica-se que o dano moral molesta direitos inerentes à personalidade do ser humano, sendo que sua reparação tem por objeto interesses juridicamente protegidos e definidos¹⁵¹. A impossibilidade de proteção jurídica de tais direitos recusaria a tutela à vida, à saúde, à honra, à integridade física e moral, retirando a efetividade do direito contra atos que violassem ilicitamente esses bens imateriais, fazendo ineficiente sua previsão em norma jurídica civil.

A alegação de dificuldade na identificação do dano não é fundamento suficiente para deixá-lo sem reparação¹⁵². Na verdade, esse questionamento deve ser objeto de prova no processo, não havendo, em qualquer ramo do Direito, a negativa de proteção de determinado bem jurídico abstratamente por ser complexo comprová-lo.

À suposta impossibilidade de equivalência da reparação, sustentou-se que não se reclama correspondência absoluta entre o dano e a indenização, mas que esta possui caráter meramente satisfativo¹⁵³. Em relação a isso, é possível ainda elencar que o próprio processo não consegue alcançar perfeitamente o retorno ao *status quo ante*, ainda que no caso de dano apenas material, uma vez que o tempo e energia despendidos durante a lide impedem que isso aconteça, muitas vezes tornando inócua a decisão final por perda do objeto da ação. Apesar disso, é o único meio lícito considerado adequado a satisfazer pretensões jurídicas injustamente resistidas.

A afirmação de que essa indenização iria de encontro à teoria do dano civil foi rebatida com o argumento de que não contraria o direito civil a eventual existência de um dano igualmente punido e protegido por outros ramos do Direito, como o penal. Atualmente é

¹⁵⁰ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pág. 26.

¹⁵¹ Idem, pág. 28.

¹⁵² Ibidem, pág. 29-30.

¹⁵³ Ibidem, pág. 29-30.

admitida até mesmo a tríplice responsabilização: penal, administrativa e civil, em casos de improbidade administrativa e de dano ambiental.

A suposta repugnância moral de compensar a dor com dinheiro desloca a questão, pois, conforme Yussef Said Cahali (2005)¹⁵⁴:

[...] não está se pretendendo vender um bem moral, mas simplesmente se sustentando que esse bem, como todos os outros, deve ser respeitado; quando a vítima reclama reparação pecuniária do dano moral, não pede um preço para sua dor, mas, apenas, que se lhe outorgue um meio de atenuar em parte as consequências da lesão jurídica; o dinheiro não é apenas capaz de proporcionar satisfações materiais - é, também, um meio de dar ao indivíduo satisfações espirituais da mais alta significação e estas, ainda que não bastantes para compensar a dor sofrida, servem para atenuá-las.

De outro ponto de vista, imoral seria deixar absolutamente impune o causador de dano a um bem juridicamente protegido.

Corroborando esse entendimento, Antônio Jeová Santos¹⁵⁵ afirma que seria escandaloso que alguém causasse mal a outrem e não sofresse sanção por ser, em tese, reprovável requerer indenização em pecúnia, "[...] seria o mesmo que afirmar à própria vítima: causei a você um agravo moral, porém não reclame a reparação pecuniária, porque isso te desacreditaria frente aos demais."

Dessa forma, o agressor ficaria impune, enquanto a vítima não poderia requerer em juízo qualquer espécie de reparação. Essa situação não parece mais adequada que admitir certo controle judicial dos atos que acarretem danos de ordem não mensurável patrimonialmente. Como os danos morais são impossíveis de serem restituídos de forma específica, uma vez que não se apaga vulneração à honra, à imagem, à saúde, só resta a indenização em pecúnia para atenuar seus efeitos.

Nesse contexto, Pereira (2014)¹⁵⁶ explicita que, para a reparação do dano moral, não há a noção de contrapartida, pois o prejuízo moral não é suscetível de avaliação em sentido estrito como ocorre com o dano material. Sendo assim, a indenização constituiria sanção civil direta ao ofensor ou reparação da ofensa e se liquida na proporção da lesão não patrimonial sofrida.

¹⁵⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pág. 28.

¹⁵⁵ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 3ª - edição. São Paulo: Editora Método, 2001, pág. 60.

¹⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume II. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 288.

Por fim, quanto ao arbítrio concedido aos tribunais na análise e mensuração do dano, é inevitável que haja margem de discricionariedade nas decisões judiciais, que ocorre também em diversos aspectos processuais, como na apreciação de provas. Requer-se dos juízes prudência para evitar o enriquecimento sem causa.

A tese da reparabilidade do dano exclusivamente moral resta consolidada, tendo sido incluído artigo específico sobre o tema no Código Civil de 2002, prevê o artigo 186: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Cavaliere Filho (2009)¹⁵⁷ define o dano moral como: "lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima".

Conforme Melo (2011)¹⁵⁸, dano moral é toda agressão injusta aos bens imateriais, tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica, e também da coletividade, insuscetível de quantificação pecuniária, porém indenizável com tríplice finalidade: satisfativo para a vítima, dissuasório para o ofensor e de exemplaridade para a sociedade.

Moraes (2007)¹⁵⁹ classifica o dano moral como lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade da pessoa humana, que seria fundada nos substratos da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade. Em tese, sempre haveria violação da "cláusula geral de tutela da pessoa humana", estabelecida a partir do artigo 3º, I, da Constituição Federal de 1988.

Em verdade, tudo que afeta gravemente os valores fundamentais inerentes à personalidade humana qualifica-se, em princípio, como dano moral, sendo impossível enumerá-los taxativamente. Pode-se verificar, contudo, que tais danos acarretam a dor, angústia, grave sofrimento ou o desequilíbrio da normalidade psíquica, traumatismos emocionais, depressão ou desgaste psicológico, decorrentes de ato contrário ao ordenamento jurídico.¹⁶⁰

¹⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª - edição. São Paulo: Atlas, 2009, pág. 74.

¹⁵⁸ MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2011, pág. 58.

¹⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, págs. 85-117.

¹⁶⁰ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pág. 22.

O dano moral resulta da ocorrência de uma ação ou omissão ilícita que tenha ofendido o patrimônio imaterial da pessoa de maneira razoavelmente intensa, uma vez que um simples aborrecimento não poderia dar ensejo a uma ação de dano moral, sob pena de privilegiar o enriquecimento sem causa do autor. A ação de dano moral deve ser perpetrada na ocorrência de dano ao direito da personalidade que cause dor, sofrimento, angústia, vexame, humilhação.

O conceito é definido por Diniz (2013)¹⁶¹ como “lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica”. A autora infere essa definição do artigo 52 do Código Civil de 2002, afirmando que o caráter patrimonial ou moral do dano não seria proveniente da natureza do direito subjetivo danificado, mas dos efeitos da violação jurídica.

Diniz (2013)¹⁶² assevera, ainda, que o dano moral é lesão ao direito da personalidade, citando o Enunciado n. 444 da V Jornada de Direito Civil, que dispõe: “o dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

A dor, a angústia, a aflição e o desgosto espiritual relatados nos casos de ofensas a bens jurídicos não patrimoniais constituem apenas a consequência do dano. A autora salienta que o Direito não repara qualquer padecimento, mas apenas os que forem decorrentes da privação de um interesse juridicamente reconhecido.

A doutrina faz distinção entre dano moral direto e indireto, sendo que o primeiro consistiria na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico não patrimonial constante nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Já o dano moral indireto representaria vulneração a interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais.¹⁶³

Para Pereira (2005)¹⁶⁴ em linhas gerais, os direitos da personalidade envolvem o direito à vida, à liberdade, ao próprio corpo, à incolumidade física, à proteção da intimidade, à

¹⁶¹DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 108.

¹⁶²Idem, pág. 109.

¹⁶³AMARO, Elisabete Aloia. Responsabilidade civil por ofensa aos direitos da personalidade In: **Responsabilidade civil: estudos em homenagem a Rui Geraldo C. Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, págs. 157-171.

¹⁶⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pág. 243.

integridade moral, à preservação da própria imagem, ao nome, às obras de criação do indivíduo, e tudo mais que seja digno de proteção, amparo e defesa na ordem constitucional, penal, administrativa, processual e civil.

O dano moral possui como fundamentos a proteção integral da pessoa (de seu patrimônio material e imaterial), a necessidade de oferecer uma satisfação à vítima, a razoabilidade de não deixar impune um ato ilícito que tenha provocado prejuízo de ordem não mensurável materialmente, ou seja, apenas físico ou psicológico. Essa espécie de dano possui, ainda, um sentido pedagógico, servindo como punição para o agressor e, conseqüentemente, desestímulo de atos similares na sociedade.

A proteção integral da pessoa, sob o corolário da dignidade da pessoa humana, consagrada na Constituição Federal de 1988, impera no direito vigente. Dessa forma, o dano moral assumiu maior importância por servir exatamente à valorização do ser como um todo, não só de seu patrimônio material, como de sua honra, sua imagem, seus sentimentos, sua dignidade, sua vida e sua integridade corporal e psicológica.

Com a admissibilidade do dano moral, a tutela jurídica civil é expandida ao homem como sujeito, deixando de ser limitada à proteção de seus bens econômicos.¹⁶⁵ A partir dessa concepção, não existiria razão para que fosse excluído do conceito de dano o agravo inferido aos direitos da personalidade, tão ou mais injusto que os prejuízos patrimoniais e igualmente previstos nas normas jurídicas.

A Constituição garante o direito de preterir indenização por dano material, moral ou à imagem, em seu art. 5º, V e X, prevendo que são invioláveis a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização decorrente de sua violação. O § 2º do mesmo artigo deixa evidente que os direitos elencados na Constituição não excluem outros decorrentes de princípios ou dos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil. Em razão disso, não se discute mais se é possível o cabimento de dano moral isoladamente, mesmo que não haja prejuízo patrimonial, pois se considera que esse direito está firmado no texto da Carta Magna.

¹⁶⁵ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2001, pág. 90.

5.5 Função da reparação civil no dano moral

A doutrina é unânime em afirmar que não há responsabilidade sem prejuízo. Conforme Stoco (2014)¹⁶⁶, para o dano patrimonial, há o regime da reparação, e para o dano à pessoa, a respectiva compensação.

A reparação tem também, além da função de compensação, natureza de sanção civil. Seria a justa punição contra aquele que fere os direitos da personalidade de outrem.

Em muitos casos, o que se busca com a indenização pelo dano moral é a punição do ofensor, atuando mais como pena pelo comportamento censurável do que como efetiva compensação pela dor e tristeza, que são consequências da violação do direito da vítima.¹⁶⁷

Moraes (2014)¹⁶⁸, por sua vez, considera que a indenização punitiva não é admitida no ordenamento jurídico brasileiro, pois não há absolutamente nenhuma menção sobre esse caráter de sanção nas legislações, existindo apenas a regra da reparação de acordo com a gravidade do dano, prevista no artigo 944 do CC/02. Dessa forma, na relação paterno-filial, Moraes (2014)¹⁶⁹ ensina que haveria conflito entre a liberdade do pai de abandonar os filhos e a proteção da solidariedade familiar, sendo que o último princípio, por estar positivado na CF/88, no artigo 229, mereceria maior proteção, sendo devida a indenização fixada de acordo com o dano sofrido pelo descendente abandonado, sem caráter punitivo para a conduta do pai negligente.

Segundo Cavalieri Filho (2006)¹⁷⁰, "a indenização punitiva do dano moral deve ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável - dolo ou culpa grave -".

¹⁶⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, 10ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 200.

¹⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 117.

¹⁶⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Título da palestra: Danos à pessoa. Curso de Formação Continuada. Congresso: **Perfil contemporâneo da responsabilidade civil**. 11 de novembro de 2014, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho - ENAMAT. Transcrição do conteúdo disponível em: <http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Degravacao_CFC_Responsabilidade_Civil.pdf>, págs. 113-126.

¹⁶⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Título da palestra: Danos à pessoa. Curso de Formação Continuada. Congresso: **Perfil contemporâneo da responsabilidade civil**. 11 de novembro de 2014, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho - ENAMAT. Transcrição do conteúdo disponível em: <http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Degravacao_CFC_Responsabilidade_Civil.pdf>, págs. 113-126.

¹⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª - edição. São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 117.

O dano moral, por não ter equivalência patrimonial ou expressão matemática, se compensa com um valor convencionado, que não pode levar a ruína quem paga. É fundamental impedir que a reparação seja fonte de enriquecimento sem causa da vítima.¹⁷¹

Nas hipóteses em que é impossível o retorno ao *status quo ante*, Stoco¹⁷² destaca que a quantia arbitrada também não pode ser tão apequenada que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor ou tão insignificante que não compense e satisfaça a vítima nem contribua para a superação do agravo.

Ademais, Melo (2011)¹⁷³ assevera que não se pode descurar do caráter penal que a condenação por dano moral deve conter. Além do caráter compensatório, é certo que “quem exige uma reparação do dano moral sofrido não visa tanto a recomposição do seu equilíbrio de afeição ou sentimento, impossível de conseguir, como infligir, por um sentimento de represália inato, ao seu ofensor, uma punição, por precária que seja, que, na maior parte das vezes, não encontra outro parâmetro senão em termos pecuniários.”

Quando se trata de dano moral, a possibilidade do *restitutio in integrum* é quase sempre impossível, quando então a indenização passa a ter um caráter de compensação a ser ofertado à vítima, cujo valor pecuniário irá cumprir tríplice finalidade: satisfativo para a vítima, dissuasório para o ofensor e de exemplaridade para a sociedade.¹⁷⁴

Garcez Neto (1989)¹⁷⁵ defende que a função penal da condenação, pode e deve ser encarada como algo eminentemente moralizador, na medida em que, atingindo o patrimônio do agressor, com a sua conseqüente diminuição, estaria, frente à luz moral e da equidade, cumprindo a mais elementar noção de justiça: estar-se-ia punindo o ofensor para que o bem moral seja respeitado e, mais importante, fazendo calar o sentimento de vingança do ofendido, sentimento esse instintivo, inerente à natureza humana diante da violação de seu direito.

¹⁷¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, 10ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 201.

¹⁷² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, 10ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 202.

¹⁷³ MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2011, págs. 10 e 11.

¹⁷⁴ Idem, pág. 58.

¹⁷⁵ GARCEZ NETO, Martinho. **Prática de responsabilidade civil**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1989, pág. 51.

Discorrendo sobre o caráter punitivo-compensatório da indenização por dano moral, Pereira (1995)¹⁷⁶ deixa claro que:

[...]o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: ‘caráter punitivo’ para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o ‘caráter compensatório’ para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.

Branco (2006)¹⁷⁷ afirma que não há incompatibilidade conceitual entre a função compensatória e a sancionatória da reparação por dano moral, destacando que o pagamento de quantia em pecúnia após agravo de caráter extrapatrimonial, embora não repare o dano causado, compensa-o por meio diverso e aplica-se, sem dúvida, ao ofensor, uma sanção, uma resposta da ordem jurídica no plano privado à ofensa praticada. O autor¹⁷⁸ realça a qualidade preventiva e educadora dessa espécie de sanção, refletindo-se em toda a sociedade.

A prudência recomenda que o comportamento lesivo seja analisado de maneira contextualizada e que a reparação somente seja admitida nos casos em que o vínculo afetivo já se mostre desfeito. Não se concebe, por outro lado, a simples negativa quanto à possibilidade da reparação só em virtude dos laços sanguíneos entre ofendido e ofensor.¹⁷⁹

Tomaszewski (2004)¹⁸⁰ assevera:

[...] apesar de reconhecer a polêmica que tal sugestão pode causar, é cediço que não está ela desprovida de pressuposto lógico, afinal, desde a promulgação da vigente Constituição Federal, o pátrio poder migrou para pátrio dever. Quem tem um dever, tem responsabilidades; quem não as cumpre, que arque com as consequências. Mais vergonhoso é não reparar um mal causado [...] já que a ofensa irreparada a outrem dá ensejo que isto continue ocorrendo.

No abandono afetivo, é possível identificar o caráter punitivo que adquire a condenação à reparação pelos danos morais, com função preventiva e dissuasória. Esse entendimento não interfere no caráter compensatório da indenização para o filho que teve seus direitos da personalidade violados.

¹⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pág. 55.

¹⁷⁷ BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. 1ª edição. São Paulo: Método, 2006, págs. 49-51.

¹⁷⁸ Idem, pág. 53.

¹⁷⁹ Ibidem, págs. 116-119.

¹⁸⁰ TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Separação, violência e danos morais: a tutela da personalidade dos filhos**. São Paulo: Paulistanjur, 2004, pág. 252.

5.6 Da ação ou omissão

É necessário para fins de definição, que o ato comissivo ou omissivo do agente seja voluntário, pois a conduta humana sempre tem que partir de uma vontade consciente (voluntário do agente). A vontade é o que justifica a responsabilidade civil.

Importante salientar as palavras dos professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2016) que definem muito bem a ação pela conduta humana:

“O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana, é a voluntariedade que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz. Por isso, não se pode reconhecer o elemento “conduta humana” pela ausência do elemento volitivo¹⁸¹.

5.7 Da culpa ou dolo

A verificação da culpa está intimamente relacionada à censura ou juízo de reprovação da conduta¹⁸². No caso do abandono afetivo, seria requisito imprescindível para acarretar o dever de reparação, de acordo com os pressupostos da responsabilidade subjetiva.

A censurabilidade da conduta depende da capacidade psíquica de entendimento e autodeterminação do agente, de sua imputabilidade, considerado o discernimento adequado para determinar-se de acordo com certo comportamento¹⁸³. É por esse motivo que o insano e o absolutamente incapaz (menor de 16 anos) não podem ser responsabilizados subjetivamente.

Cavaliere Filho (2006)¹⁸⁴ considera que esse requisito deveria ser a "conduta culposa", uma vez que a culpa abstrata só adquire relevância jurídica quando integra um comportamento humano avaliado. É a conduta humana com característica da culpa que causa dano a outrem.

¹⁸¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. p. 27.

¹⁸² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª - edição. São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 39.

¹⁸³ Idem, pág. 49.

¹⁸⁴ Ibidem, pág. 47.

O ato ilícito decorre de uma ação voluntária e contrária ao Direito, que pode se materializar por meio de ação ou de omissão, produzindo consequências jurídicas¹⁸⁵. A vontade consistiria no aspecto psicológico ou subjetivo que levaria ao ato, seu aspecto físico e exterior da conduta.

A voluntariedade significa ser a conduta dominável pela vontade, bastando que exista um mínimo de participação subjetiva, qualquer manifestação do querer que impeça um resultado puramente mecânico. A vontade é originada de um querer íntimo livre.¹⁸⁶

Os pressupostos do ato ilícito, segundo Amaral (2014)¹⁸⁷, são um dever violado (elemento objetivo) e a imputabilidade do agente (elemento subjetivo), que se desdobram na possibilidade de conhecer o dever - o discernimento, e na possibilidade de observá-lo - a previsibilidade e evitabilidade do ato ilícito.

Bittar (2015)¹⁸⁸ sustenta que a responsabilidade pelos atos da vida civil é proveniente da liberdade de discernimento:

O ser humano, porque dotado de liberdade de escolha e de discernimento, deve responder por seus atos. A liberdade e a racionalidade, que compõem a sua essência, trazem-lhe, em contraponto, a responsabilidade por suas ações ou omissões, no âmbito do direito, ou seja, a responsabilidade é corolário da liberdade e da racionalidade.

Impõe-se-lhe, no plano jurídico, que responda pelos impulsos ou ausências realizadas no mundo exterior sempre que esses comportamentos atinjam a esfera do patrimônio material ou imaterial de outrem.

A liberdade do planejamento familiar e o princípio da paternidade responsável são corolários da racionalidade humana e conseqüente responsabilidade por seus atos. Gerar um filho não é um acidente e o dever de cuidado com a prole não é apenas moral e ético, sustentáculo de toda sociedade, mas também jurídico. Assim, ocorrendo a absoluta negligência dos deveres inerentes ao poder familiar, por conduta deliberada efetivada por pessoa dotada de discernimento, acarreta o surgimento do dever de reparação.

¹⁸⁵ *Ibidem*, pág. 48.

¹⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª - edição. São Paulo: Malheiros, 2006, págs. 53 e 54.

¹⁸⁷ AMARAL, Francisco. Os Atos Ilícitos, cit., p. 155 In: STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, 10ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 19.

¹⁸⁸ BITTAR, Carlos Alberto - **Reparação civil por danos morais** - 4ª edição rev., aum. e mod. por Eduardo C.B. Bittar - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19.

Não se pode obrigar o genitor a exercer função que deveria ser natural e espontânea, mas é possível que a este seja imposta reparação pelo dano eventualmente provocado por sua inteira indiferença e descaso com os deveres legais paternos ou maternos.

Na circunstância do abandono afetivo, o descumprimento do dever jurídico deve decorrer de omissão voluntariamente praticada, seja com dolo ou culpa. Dessa forma, se houver coação da vontade ou mesmo impedimentos físicos ou psicológicos da criança ao exercício do poder familiar no que se refere à convivência e assistência moral do filho, não pode o genitor ser responsabilizado, pois a conduta e o possível dano causado é proveniente de vontade viciada, que não é inteiramente livre.

A atitude negativa, a ausência, em tese, não pode gerar dano. Nesse contexto, a omissão adquire relevância jurídica apenas quando há um dever de agir primário que é ignorado.¹⁸⁹ Na relação entre pais e filhos, há o dever preexistente de sustento, criação e educação, positivado inclusive na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 229.

A falta de cautela que caracteriza a culpa exterioriza-se por imprudência (por ação, conduta comissiva), imperícia (inaptidão no exercício de atividade técnica) ou negligência (a completa ausência de cuidado por omissão).

Embora não haja diferenciação no dever de reparação civil, cabe mencionar que o dolo é a vontade livre e consciente dirigida à produção de um resultado ilícito¹⁹⁰, enquanto a culpa tem por essência a inobservância de um dever de cuidado imposto pelo Direito com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível¹⁹¹.

Cavaliere Filho (2006)¹⁹² descreve como é caracterizada a culpa no caso concreto:

Neste ponto, cabe uma indagação: se o resultado foi previsto, por que o agente não o evitou? Se era pelo menos previsível, por que o agente não o previu e, conseqüentemente, o evitou? A resposta é singela: porque faltou com a cautela devida; violou aquele dever de cuidado que é a própria essência da culpa. Por isso, vamos sempre encontrar a falta de cautela, atenção, diligência ou cuidado como razão ou substrato final da culpa. Sem isso, não se pode imputar o fato ao agente a título de culpa, sob pena de se consagrar a responsabilidade objetiva.

¹⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, págs. 48 e 49.

¹⁹⁰ Idem, pág. 55.

¹⁹¹ Idem, págs. 57-59.

¹⁹² Idem, pág. 61.

O pleno desconhecimento a respeito da existência do filho ou a incerteza sobre a filiação, que ocorre quando há o reconhecimento tardio da paternidade, excluem a culpa do genitor, por imprevisibilidade de que a ausência provocará um dano à formação psicológica do descendente e impossibilidade de adotar um comportamento diverso da omissão.

Por fim, percebe-se que o abandono afetivo, em geral, é praticado por meio de conduta culposa, na modalidade de negligência, intencionalmente realizada, embora os resultados desse comportamento na criança possam não ter sido previstos ou mesmo desejados diretamente, não havendo o dolo.

5.8 Nexo de causalidade

O nexos causal é o vínculo entre a conduta ilícita e o dano experimentado pela vítima. É a análise do que exatamente provocou o dano.

O conceito de nexos causal não é essencialmente jurídico, mas depende das leis naturais, que devem ser analisadas para afirmar se o agente foi o causador. É preciso demonstrar que sem o fato ilícito, o dano não teria sido produzido¹⁹³.

Dessa forma, no abandono afetivo, a verificação desse requisito deve ser fundamentada em laudos de psicólogos ou psiquiatras. Por meio dessas análises técnicas, poderá ser delineado o vínculo entre a conduta omissiva do genitor e os danos à formação e desenvolvimento (danos morais, que ferem a integridade psíquica) provocados no filho abandonado.

Ainda que não exista a comprovação técnica, não se pode ignorar integralmente, por ser fato notório, os prejuízos sociais e educacionais que acometem a criança rejeitada por seu pai ou sua mãe, ato que provoca transtorno psicológico, tristeza, sentimento de rejeição injustificada e, posteriormente, dificuldade de confiança em futuros parceiros amorosos.

5.9 Excludentes da responsabilidade civil

De acordo com a teoria geral da responsabilidade civil, há fatos que impedem a sua configuração pela exclusão de algum de seus pressupostos. Assim, quando não resta

¹⁹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, págs. 70 e 71.

caracterizada a culpa, o dano ou o nexo de causalidade, também não se configura o dever de indenizar.

O caso fortuito e a força maior estão previstos na parte relativa ao inadimplemento das obrigações (artigo 393 do CC/02), mas consagram princípio geral do direito, aplicável à responsabilidade contratual e extracontratual. Embora destinado à disciplina das obrigações, esse dispositivo, por amparar preceito geral do direito, aplica-se não só à responsabilidade contratual, como também à responsabilidade extracontratual¹⁹⁴.

Há doutrina que distingue um do outro, sendo que não existe unanimidade nesse aspecto; apenas é indiscutível que os dois fenômenos excluem a culpa e também o nexo causal, por constituírem causa estranha à conduta do aparente agente, ensejadora do evento¹⁹⁵.

Fala-se em caso fortuito ou força maior quando o acontecimento escapa a toda diligência, sendo inteiramente estranho à vontade do agente. É circunstância irresistível, externa, que impede o indivíduo de ter a conduta devida para cumprir o dever a que estava obrigado. Ocorrendo o fortuito ou a força maior a conduta devida fica impedida em razão de um fato não controlável pela pessoa¹⁹⁶.

O fato de terceiro é conduta atribuída a indivíduo que não participa da relação entre a vítima do dano e seu suposto causador. Pode pessoa próxima, além da vítima e do responsável, alguém que não possui ligação com o causador aparente do dano e o lesado. A responsabilidade civil é excluída nesse caso por rompimento do nexo de causalidade, quando o ato de terceiro é a causa exclusiva do evento, afastando qualquer vínculo entre a conduta do autor aparente e a vítima¹⁹⁷.

No abandono afetivo, a culpa pode ser afastada quando o genitor não tinha conhecimento da existência do filho ou quando houve reconhecimento tardio da paternidade; o dano pode não se configurar quando o descendente não sofre abalo psicológico considerável em decorrência da conduta omissiva de seu pai ou de sua mãe; e o nexo de causalidade pode ser afastado quando os eventuais danos psicológicos verificados não possuam como desencadeador o abandono afetivo, mas outros eventos traumáticos.

¹⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, págs. 88 e 89.

¹⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, pág.90.

¹⁹⁶ Idem, págs. 89 e 90.

¹⁹⁷ Ibidem, pág. 87.

Não há como abordar todos os casos concretos em que a responsabilidade civil restaria afastada pelas circunstâncias peculiares que envolvem cada lide, mas os mais comuns nas relações paterno-filiais podem ser apontados.

5.9.1 Síndrome da alienação parental

A situação denominada de abandono afetivo ocorre, na maior das vezes, após a dissolução litigiosa do matrimônio, período conturbado dentro do núcleo familiar, em que o filho possivelmente ficará sob a guarda da mãe e se afastará de seu pai, embora não seja descartada a guarda compartilhada ou a determinação de guarda unilateral paterna, consideradas hipóteses menos comuns na prática.

No divórcio litigioso, pode haver, ainda, a Síndrome da Alienação Parental (fenômeno sócio jurídico regulado pela Lei nº 12.318/2010), na qual o cônjuge guardião incute o ódio ao outro cônjuge em seu filho, resultando em um desrespeito à dignidade da criança, já que a utiliza como meio para atingir o outro genitor, como um objeto para derramar sua frustração, servindo-se de mentiras e manipulações para alcançar seus objetivos.

É importante perceber que a destruição da imagem do cônjuge deve necessariamente decorrer de situações não verídicas. Quando o pai ou mãe apenas descreve fatos reais ocorridos com o filho, como o relato de abuso físico ou sexual que tenha sido praticado contra o menor, não resta configurada a Síndrome da Alienação Parental.

A presença da síndrome torna complicado ou mesmo impossível a concretização do abandono afetivo, uma vez que há o afastamento da culpa do cônjuge pela impossibilidade de aproximação da criança provocada pelo genitor que detém a guarda. A situação também pode ser classificada como fato de terceiro excludente da responsabilidade civil, pois ainda que o progenitor possua a intenção deliberada de oferecer assistência moral ao filho, a criança estará psicologicamente condicionada a afastá-lo, evitando o relacionamento, em razão da conduta de uma outra pessoa, verdadeiro responsável pelos danos provocados à formação do menor nesses casos.

Ressalte-se que o fato de terceiro só exclui a responsabilidade quando rompe o nexo causal entre o agente e o dano sofrido pela vítima e, por si só, produz o resultado. Em outras palavras, é preciso que o fato de terceiro destrua a relação causal entre a vítima e o aparente causador do dano; que seja algo irresistível e desligado de ambos. Em casos tais, o fato de

terceiro, segundo a opinião dominante, equipara-se ao caso fortuito ou força maior, por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável¹⁹⁸.

Em divórcios litigiosos, é necessário perceber que a propositura de ação de indenização por danos morais pode representar mera vingança de um cônjuge em relação ao outro. Sendo assim, é importante que o juiz aja com ainda mais cautela nessas hipóteses para não dar ensejo a esse intento. Seria preferível, por isso, que a legitimidade ativa da ação fosse restrita ao próprio filho, após ter atingido a maioridade civil.

Conforme já mencionado, ante necessidade de regulação do tema, foi sancionada a Lei Federal nº 12.318, de 26/08/2010, que trata da alienação parental, importante instrumento para que seja reconhecida uma situação de extrema gravidade e prejuízo à pessoa do menor e daquele que está sujeito a ser vitimado.

A lei no seu Art. 2º caracteriza o que vem a ser alienação parental, conforme se segue:

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

Já no Art. 3º estabelece uma relação de proteção a pessoa humana e assim dispõe:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

5.9.2 Residência no exterior

A Convenção da ONU sobre os direitos da Criança, ratificada pelo Brasil assegura, em seu artigo 9 que: "os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança"

Nesse caso, não pode o genitor que reside em outro país ser injustamente responsabilizado por ausência de convivência ou de assistência moral se não possui meios físicos hábeis que possibilitem a manutenção de uma relação presente com a criança,

¹⁹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, pág. 87.

estabelecendo contato apenas por telefone ou por "internet", por exemplo. Nessa hipótese, poderia ser alegado o caso fortuito ou força maior.

Esse raciocínio também pode ser aplicado ao genitor que mora em outro Estado, dependendo das circunstâncias do caso concreto, guardadas as devidas proporções.

Observa-se que há um esforço internacional no sentido de manter o relacionamento paterno-filial mesmo após a separação dos cônjuges genitores, tanto que há a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia), de 1980, que busca combater o problema da transferência e da retenção ilícita de crianças em outro país, privando-a da convivência com o outro genitor¹⁹⁹.

5.9.3 Reconhecimento tardio da paternidade e desconhecimento sobre o filho

No reconhecimento posterior da filiação, muitas vezes por ação de investigação de paternidade, em que o vínculo biológico é comprovado por exame de DNA, não pode, em tese, haver a alegação de abandono afetivo, pois o genitor não teria como se comportar de forma diversa e há absoluta imprevisibilidade de ocorrência de dano, o que excluiria a culpa e a ilicitude do comportamento. O dever jurídico de guarda, sustento e educação da prole só é encargo legal dos pais; se não há certeza quanto à paternidade (ou à maternidade), não há imposição de cuidado, nem de pagamento das despesas alimentares (com exceção dos alimentos gravídicos, que pode ser fundada em mera probabilidade).

Embora essa conclusão pareça evidente, a seguinte decisão demonstra que houve propositura de ação nesse sentido, em que o pedido foi corretamente considerado improcedente pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

DIREITO DE FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO E MATERIAL. INDENIZAÇÃO. Discute a demanda sobre a possibilidade do filho que não recebeu do pai biológico assistência material e afetiva receber a correspondente indenização. Toda indenização decorre de uma conduta geradora de dano. Dependendo da natureza da responsabilidade, exigir-se-á o elemento culposo ou não. No caso concreto, embora se trate de indenização que decorre de danos produzidos na esfera das relações familiares, não será diferente. Corretamente, o juiz *a quo* afastou o pedido de indenização material porque, primeiramente, uma vez comprovada a paternidade, em havendo necessidade, restaria ao autor a ação de alimentos amparada pela relação parental. Não seria a indenizatória o meio mais propício na medida em que para a indenização haveria de ser comprovado o dano material. No que toca ao dano decorrente da falta de assistência moral e afetiva, o tema é complexo e gera

¹⁹⁹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves, Salvador, Juspodvim: 2015, 7ª edição, p. 781

polêmicas. O autor, somente após a maioridade civil, com quase 30 anos de idade, já plenamente formado, sem indicação de sequelas emocionais, resolveu buscar a verdade real sobre seus pais biológicos. **O réu, pai biológico, só tomou conhecimento da possibilidade do autor vir a ser seu filho quando citado na ação investigatória. Se dano houvesse, somente após a confirmação da paternidade é que nasceria, em tese, o direito do autor de pleitear do seu pai os cuidados afetivos e materiais decorrentes da paternidade.** Dos autos decorre que o autor pretende através da indenização por dano moral compensar-se pelo valor dos bens que, segundo informa, foram doados, por simulação, a terceiros. Aqui o dano moral não existe *in re ipsa* e precisa ser provado. Eventuais prejuízos decorrentes de ações simuladas devem ser postulados no momento certo e pela via processual adequada. Recurso desprovido. (TJ-RJ - Apelação nº 00013128420128190034, Relator: Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, Data de Julgamento: 19/11/2013, 15ª Câmara Cível, Data de Publicação: 21/01/2014) (grifou-se)

Nesse mesmo sentido, em caso no qual o réu desconhecia a qualidade de pai, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul excluiu a responsabilidade civil do genitor por danos morais:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS DECORRENTES DE ABANDONO AFETIVO. INOCORRÊNCIA. Sendo subjetiva a responsabilidade civil no Direito de Família, o dever de indenizar pressupõe o ato ilícito. **Não se pode reputar como ato ilícito o abandono afetivo de quem desconhecia a qualidade de pai, porquanto não há nos autos qualquer prova de que o pai haja sido comunicado de tal possibilidade antes da citação na ação ajuizada pelo investigador quando já contava com mais de 25 (vinte e cinco) anos,** devendo ser valorado o comportamento processual do pai, enquanto investigado, pois colaborativo com a elucidação da paternidade. APELO NÃO PROVIDO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível nº 70024047284, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 20.06.2008) (grifou-se)

Outra situação em que resta incabível qualquer alegação de responsabilidade civil por omissão no dever de dirigir a criação dos filhos ocorre quando há completo desconhecimento da existência do filho, no caso de gravidez não comunicada, por exemplo, havendo fato de terceiro, sendo a omissão atribuída à progenitora ou a pessoa diversa, ou caso fortuito.

CAPÍTULO 6: ANÁLISE LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL DO ABANDONO AFETIVO

A análise dos projetos de lei e da orientação jurisprudencial revelam a necessidade de valoração jurídica do fenômeno do abandono afetivo.

No presente capítulo, serão expostos os Projetos de Lei nº 700/2007 do Senado Federal e 4294/2008 e 6583/2013, da Câmara dos Deputados, que tratam do tema da entidade familiar e da responsabilidade civil por abandono, e as decisões do Superior Tribunal de Justiça em casos concretos, última instância na interpretação da legislação federal no Brasil.

6.1 Projeto de Lei nº 700/2007 de autoria do Senador Marcelo Crivella

O Projeto de Lei nº 700 de 2007 pretende modificar a Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal.

De acordo com a proposta inicial, haveria a clara menção ao dever dos pais de prestar “assistência moral”, que permita o acompanhamento da formação psicológica, moral e social do filho, seja por convívio ou por visitação periódica.

O projeto especifica que a assistência, devida aos filhos menores de dezoito anos, consistiria em: orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais; a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade e a presença física espontaneamente solicitada.

O artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma das normas atualmente utilizadas na tese da reparação civil por abandono afetivo passaria a ter a seguinte redação: "aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, convivência, assistência material e moral e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais."

Ainda no sentido de afirmar a existência do dever de reparação no caso de abandono moral, haveria parágrafo considerando expressamente conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, a ação ou omissão que ofenda direito fundamental da criança. Em outra parte do projeto, há o estabelecimento da perda ou suspensão do antigo pátrio poder (hoje poder familiar) nessas hipóteses.

Haveria um tipo penal definindo como crime deixar de prestar assistência ao filho menor de dezoito anos, prejudicando sua formação psicológica e social, com pena de detenção de um a seis meses.

Na justificção do projeto, o senador Marcelo Crivella explica que o objetivo da norma seria estabelecer uma regra inequívoca que permita a caracterização do abandono moral como ilícito, superando a insegurança jurídica nas decisões judiciais, aduzindo que não condiz com o ordenamento jurídico a absoluta negligência dos filhos²⁰⁰.

O legislador destaca que as normas atuais, como a Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, já ofereceriam os elementos fundamentais para configurar a responsabilidade civil decorrente do abandono moral e afetivo, mas que há entendimentos diversos a esse respeito no meio jurídico.

No texto, são citadas a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança²⁰¹ e a Declaração dos Direitos da Criança²⁰², compromissos internacionais ratificados pelo Brasil que determinam a proteção social da criança, inclusive por lei, para lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, levando-se em conta os melhores interesses destas e estabelece que deverá ser criada sob os cuidados e a responsabilidade dos pais em ambiente de afeto e segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais.

Em 2009, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania emitiu parecer sobre o PL nº 700/2007, ressaltando que a matéria está no campo de competência privativa da União, não apontando vícios de constitucionalidade. É questionada a nomenclatura utilizada, pois

²⁰⁰ Disponível em :<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=51685&tp=1>>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

²⁰¹ CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990:ARTIGO 93. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

²⁰² Declaração dos Direitos da Criança Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº. 99.710/1990: PRINCÍPIO 2º A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança. (...) PRINCÍPIO 6º Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. (...) PRINCÍPIO 7º (...). Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade. Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

“abandono moral” é expressão utilizada pela doutrina e pela jurisprudência em referência ao crime previsto no artigo 247 do Código Penal²⁰³, sendo sugerido o uso de “abandono afetivo”.

No parecer, destaca-se a polêmica que envolve a questão, recomendando-se que não seja acionado o direito penal, por seu caráter de *ultima ratio*. Conclui-se que apenas a indenização no âmbito civil seria adequada ao tratamento do tema do abandono afetivo. Feitas essas considerações, há o voto pela aprovação do projeto em 28 de abril de 2010, elaborado pelo Senador Valdir Raupp²⁰⁴.

Após aprovação na CCJ, o projeto foi encaminhado à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, sem que haja ainda decisão definitiva a respeito. Nos dois pareceres elaborados pelos Senadores Demóstenes Torres²⁰⁵ e Eduardo Lopes²⁰⁶, é destacado o fato de ser consenso que a paternidade não gera apenas o dever de sustento:

Contudo, a análise mais cuidadosa da matéria nos mostra que a caracterização do abandono afetivo como conduta ilícita ainda é bastante controversa, causando incerteza quanto à repressão a essa prática. Lembremos que, além do dever de guarda, **os pais têm o dever de ter o filho em sua companhia, cumprindo uma das funções familiares mais importantes para a formação da personalidade dos membros da família: a dedicação de atenção e afeto**. E, mesmo sendo consenso que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, mas também de formação moral e afetiva, essa questão ainda não está regulada. (grifou-se)

Ressalta-se que não há expressa repressão ao intencional descaso afetivo com os filhos nas normas brasileiras, ainda que exista entendimento na doutrina de que a responsabilidade dos pais não se limita apenas ao dever alimentar. Os senadores destacam que a proposta corrigiria uma lacuna no ordenamento jurídico, privilegiando a segurança nas decisões judiciais.

A Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, bem como os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, já prevêm deveres que ultrapassam o mero sustento material a ambos os genitores, mas há resistência no meio jurídico em aceitar a tese da responsabilidade civil por descumprimento intencional da assistência moral. O PLS nº

²⁰³PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v. 02. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 568.

²⁰⁴**Tramitação do Projeto de Lei do Senado nº 700 de 2007**. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516>. Acesso em: 26 de abril de 2018.

²⁰⁵TORRES, Demóstenes. **Parecer da CDH sobre o PLS nº 700/2007**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/91470.pdf>>. Acesso em: 26 de abril de 2016, pág. 3.

²⁰⁶LOPES, Eduardo. **Parecer da CDH sobre o PLS nº 700/2007**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/114981.pdf>>. Acesso em: 26 de abril de 2018, pág. 5.

700/2007, desde que restrito apenas ao âmbito civil, tornaria explícita e precisa a possibilidade da reparação em caso de dano provocado pelo abandono afetivo.

Atualmente, conforme consulta de 16/10/2018, após aprovação por todas as comissões do Senado Federal Brasileiro, o mencionado projeto encontra-se em análise na Câmara dos Deputados, órgão colegiado do congresso nacional para deliberação final.

6.2 Projeto de Lei nº 4294/2008, de autoria do Deputado Carlos Bezerra

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4294/08, que acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil - e ao artigo 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

O objetivo da regulamentação seria sujeitar os pais que abandonem afetivamente os filhos e também os descendentes que deixem de prestar auxílio moral na velhice de seus genitores ao pagamento de indenização pelos danos morais provocados.

A justificação do Projeto de Lei nº 4294/08, de autoria do Deputado Carlos Bezerra²⁰⁷ destaca que entre as obrigações recíprocas entre pais e filhos abrangem não somente a prestação de auxílio material, afirmando que deveria ser permitido ao prejudicado o recebimento de indenização para reparar o dano causado pelo abandono:

Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade. No caso dos filhos menores, o trauma decorrente do abandono afetivo parental implica marcas profundas no comportamento da criança. A espera por alguém que nunca telefona - sequer nas datas mais importantes - o sentimento de rejeição e a revolta causada pela indiferença alheia provocam prejuízos profundos em sua personalidade. No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida. **Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.** (grifou-se)

²⁰⁷ BEZERRA, Carlos. **Projeto de Lei nº 4294/08.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F69F2DCB05FC970DD991C1EB6F2DEF9D.proposicoesWeb?codteor=613432&filename=PL+4294/2008>. Acesso em: 26 de abril de 2018, pág. 2.

O texto foi submetido à apreciação da Comissão de Seguridade Social e Família e da Comissão de Constituição e Justiça.

Na Comissão de Seguridade Social e Família, a deputada Jô Moraes²⁰⁸ e o deputado Geraldo Thadeu²⁰⁹ se manifestaram pela aprovação do projeto, ressaltando que o dano moral altera-se com a dinâmica social, sendo extremamente útil introduzir na lei a obrigação clara de se pagar indenização por dano moral em razão do abandono afetivo entre pais e filhos. Destaca-se que a norma poderia conscientizar os que cometem essa omissão sobre o abalo que causam e dissuadir outras pessoas de adotarem a mesma conduta, considerada grave e reprovável moral e socialmente.

O deputado Antônio Bulhões²¹⁰, em seu relatório, salienta o risco de formação de uma "indústria do dano moral", realçando que cada caso concreto deverá ser criteriosamente avaliado pela autoridade judicial, mas que é prudente que a possibilidade de reparação seja explicitada na lei.

O deputado Marcelo Almeida²¹¹, em complementação de voto do relator da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, afirma que o texto proposto é indevidamente ampliativo, podendo dar ensejo à pretensão indenizatória pela alegação de falta de amor, quando amar não é um dever e receber afeto não é um direito. Alicerçando-se nessas críticas, a terminologia que deveria ser utilizada residiria no descumprimento do dever de ter o filho em sua companhia, que acarreta violação ao direito do filho de ser visitado pelo pai; ou no dever do filho de cuidar do pai ou mãe idoso, que também importa na violação do direito do

²⁰⁸ MORAES, Jô. **Parecer da Comissão de Seguridade Social e Família sobre o Projeto de Lei nº 4294/08.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=830808&filename=Tramitacao-PL+4294/2008>. Acesso em: 26 de abril de 2018, pág. 2.

²⁰⁹ THADEU, Geraldo. **Parecer da Comissão de Seguridade Social e Família sobre o Projeto de Lei nº 4294/08.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=691128&filename=Tramitacao-PL+4294/2008>. Acesso em: 26 de abril de 2018, pág. 2.

²¹⁰ BULHÕES, Antônio. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça sobre o Projeto de Lei nº 4294/08.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F69F2DCB05FC970DD991C1EB6F2DEF9D.proposicoesWeb2?codteor=967997&filename=Tramitacao-PL+4294/2008>. Acesso em: 26 de abril de 2018, págs. 1-5.

²¹¹ ALMEIDA, Marcelo. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça sobre o Projeto de Lei nº 4294/08.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F69F2DCB05FC970DD991C1EB6F2DEF9D.proposicoesWeb2?codteor=1137704&filename=Tramitacao-PL+4294/2008>. Acesso em: 26 de abril de 2018, págs. 2-4.

pai ou mãe de ser cuidado na velhice ou enfermidade.

Dessa forma, deveria ser retirada do texto a expressão "abandono afetivo", sendo sugerida a substituição pelo seguinte texto²¹²:

Art. 2º O artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil - passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 1632 [...] Parágrafo único: O descumprimento dos deveres dos pais que cause dano moral ou material ao filho sujeita o infrator ao pagamento de indenização.

Art. 3º O parágrafo único do art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso - passa a vigorar com o parágrafo 1º, devendo ser acrescido o seguinte parágrafo 2º ao artigo:

Art. 3º [...] § 2º O descumprimento dos deveres dos descendentes que cause dano moral ou material aos ascendentes sujeita o infrator ao pagamento de indenização.

A intervenção não parece adequada, pois a significação do abandono afetivo não é a "falta de amor", mas a omissão nos deveres que permeiam as relações entre pais e filhos. Retirar a expressão mais utilizada pela doutrina e pela jurisprudência do projeto de lei pode acarretar a permanência da insegurança jurídica sobre o assunto, caso a norma entre em vigor, frustrando o objetivo do legislador de deixar evidente a possibilidade de reparação no abandono afetivo.

Conforme doutrina de Monteiro e Silva²¹³, amar não é direito ou dever. Assim, a falta de amor ou de afeto, por si só, não gera a responsabilidade civil. Mas o descumprimento dos deveres legais dos pais para com os filhos, se causar dano moral ou material, pode gerar indenização, pelo preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil - ação comissiva ou omissiva (descumprimento de dever e violação a direito), nexos causal e dano moral ou material.

6.3 O Projeto de Lei nº 6583/2013 e seu conceito de entidade familiar

Relevante na presente tese é a análise do Projeto de Lei nº 6583/2013, denominado em seu corpo de Estatuto da Família, posto todo o debate criado frente à reformulação do

²¹²ALMEIDA, Marcelo. **Parecerda Comissão de Constituição e Justiça sobre o Projeto de Lei nº 4294/08**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F69F2DCB05FC970DD991C1EB6F2DEF9D.proposicoesWeb2?codteor=1137704&filename=Tramitacao-PL+4294/2008>. Acesso em: 26 de abril de 2018, pág. 5.

²¹³MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Tavares da. **Direito de Família: Volume 2**. 42ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, págs. 410-413.

conceito de família que o projeto busca implementar, sem, no entanto, afastar os direitos e obrigações dos pais para com os filhos.

Cabe, em caráter propedêutico, verificar a evolução cronológica do processo legislativo do referido projeto de lei, para, então devidamente contextualizado, realizar sua análise material. O PL-6583/2013 é de iniciativa do Deputado Federal Anderson Ferreira Rodrigues, membro do Partido da República (PR) de Pernambuco, tendo sido apresentado em 16 de outubro de 2013.

Em razão de seu conteúdo de amplo impacto social, exigindo o pronunciamento de mais de três Comissões da Câmara²¹⁴, por tratar do instituto basilar da família, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados criou Comissão Especial, com relatoria do Deputado Ronaldo Fonseca (PROS-DF), para a análise da proposta, nos termos do art. 34, inciso II, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD)²¹⁵, medida que evidencia a complexidade sistêmica do instituto familiar já abordado.

A Comissão supramencionada restou efetivamente constituída em 23 de março de 2014, seguindo-se o trâmite regular, com prazos para emenda do projeto e realização de audiência pública para o debate aberto da matéria junto à população. A polêmica do tema ensejou o arquivamento do projeto em 31 de janeiro de 2015, este, contudo, restou poucos dias arquivados, voltando à tramitação em 09 de fevereiro do mesmo ano.

Nova Comissão, por fundamento idêntico da primeira, é criada em 05 de março de 2015, após o desarquivamento do projeto, agora com a relatoria do Deputado Diogo Garcia (do partido PHS-PR). Diversas novas audiências públicas foram realizadas para debater temas diversos do Estatuto da Família, tais como licença paternidade e políticas públicas de saúde em amparo familiar.

²¹⁴ No caso, a Mesa Diretora apontou como necessário o pronunciamento das: Comissões de Direitos Humanos e Minorias; Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado; Educação; Seguridade Social e Família e Constituição e Justiça e de Cidadania.

²¹⁵ **Art. 34.** As Comissões Especiais serão constituídas para dar parecer sobre:

I – proposta de emenda à Constituição e projeto de código, casos em que sua organização e funcionamento obedecerão às normas fixadas nos Capítulos I e III, respectivamente, do Título VI;

II – proposições que versarem matéria de competência de mais de três Comissões que devam pronunciar-se quanto ao mérito, por iniciativa do Presidente da Câmara, ou a requerimento de Líder ou de Presidente de Comissão interessada.

§ 1º Pelo menos metade dos membros titulares da Comissão Especial referida no inciso II será constituída por membros titulares das Comissões Permanentes que deveriam ser chamadas a opinar sobre a proposição em causa.

§ 2º Caberá à Comissão Especial o exame de admissibilidade e do mérito da proposição principal e das emendas que lhe forem apresentadas, observado o disposto no art. 49 e no § 1º do art. 24.

Ponto nuclear do debate na Câmara dos Deputados, que de fato provocou também intensa discussão no âmbito social, refere-se ao artigo 2º do Projeto de Lei n. 6583/2013, que busca inovar o conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro. Tal inovação está na restrição do conceito de família, que passaria a ser entendido, em caráter geral, como núcleo formado pela união entre um homem e uma mulher²¹⁶, de modo que qualquer união homoafetiva perderia a natureza jurídica de família.

O conceito restrito e contra a liberdade de escolha, relacionado ao cunho romanista de união entre homem e mulher, já restou afastado pelo Poder Judiciário, inclusive com posicionamento do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, em que foi reconhecida a união estável para casais do mesmo sexo como uma entidade familiar. Já é pacífico no ordenamento jurídico atual a natureza familiar de diversas uniões de pessoas, sendo a sexualidade fator irrelevante para sua determinação.

Em esfera jurídica, o reconhecimento como entidade não consiste em mero rótulo apto a pacificar anseios daqueles que integram determinada união, sobretudo acarreta uma proteção especial, bem como deveres constitucionalmente expressos²¹⁷. O conceito de família, portanto, mescla-se ao de direitos fundamentais inerentes à dignidade humana, o que torna seu resguardo mais efetivo que o reservado aos direitos de esfera patrimonial.

Assim, após reconhecido núcleo social formado por duas ou mais pessoas unidas por laços sanguíneos ou afetivos, originados pelo casamento, união estável ou afinidade, a restrição desse conceito ocasionaria efetivo retrocesso na defesa direitos fundamentais.

Em sede de um Estado que possui como fundamento a dignidade da pessoa humana, a alteração que busca o PL n.6583/2013 consiste em efetivo retrocesso.

Medidas estatais que acabam por suprimir garantias essenciais já implementadas no ordenamento jurídico para a perfeita realização da dignidade humana, ainda que mediante interpretação legítima do Poder Judiciário, não podem sofrer redução sem contrapartida que possa equilibrar o direito fundamental já gozado pelo indivíduo, sob o risco de se vulnerar o princípio do "*effet cliquet*"

²¹⁶ **Art. 2º** Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre **um homem e uma mulher**, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

²¹⁷ É o que se observa no caput do art. 226 da CF/88: "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado".

Essa é a situação do conceito familiar que busca implementar o Estatuto da Família, uma redução injustificada de elemento já consolidado à dignidade humana. Tal como já abordado, o caráter antropocêntrico de grupo familiar não justifica a redução pretendida.

Contudo, a ideia da vedação ao retrocesso, no caso especial do trâmite do projeto de lei ora analisado, encontra afronta ao conceito mais antigo e conservador, pautado em caráter religioso e biológico de família, protagonizada pela bancada representativa religiosa da Câmara dos Deputados.

Dessa maneira, no dia 8 de outubro de 2015, a Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6583, de 2013, do Sr. Anderson Ferreira, que “dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências”, aprovou a constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, o Projeto de Lei nº 6.583/2013 e a Emenda nº 1/2014 ao projeto²¹⁸.

Posteriormente, deputados da oposição apresentaram recursos contra a apreciação conclusiva do projeto e requereram, com base nos artigos 132, §2º e 58 do Regimento Interno, que este seja submetido ao Plenário da Câmara dos Deputados, estando o projeto, portanto, ainda tramitando na Câmara.

Como se pode inferir, a aprovação do Estatuto da Família é tema polêmico, que provocaria embate jurídico acirrado, principalmente em razão do posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto²¹⁹.

6.4 Decisões sobre o tema

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há várias decisões sobre o abandono afetivo.

O Recurso Especial nº 275.568²²⁰ refere-se à discussão sobre a perda do pátrio poder de genitora que abandonou o filho na maternidade, não havendo pedido de indenização por danos morais. No julgamento, é declarada a perda do poder familiar, considerado como jamais existente pelo abandono substancial.

O Recurso Especial nº 757.411 sustenta que a legislação prevê como sanção para o

²¹⁸<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020151014001750000.PDF#page=450>, p. 504

²¹⁹ tramitação do projeto: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>

²²⁰STJ Recurso Especial nº 275.568 - RJ (2000/0088886-9), Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, data de julgamento: 18 de maio de 2004.

descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos a perda do poder familiar, que já se encarregaria da função punitiva:

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral [...]

Desta feita, **como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.** Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização. (STJ, Recurso Especial nº 757.411 - MG (2005/0085464-3), Relator Ministro Fernando Gonçalves, data de julgamento: 29 de novembro de 2005) (grifou-se)

No que concerne à suposta função punitiva e dissuasória exercida pela decretação da perda do poder familiar, verifica-se que, em verdade, essa sanção não tem qualquer caráter de prevenir ou reprimir a conduta, uma vez que apenas exime completamente de responsabilidade o genitor omissivo e ausente. Afora isso, a existência de uma sanção civil não afasta ou impede a aplicação da responsabilidade civil pelos danos eventualmente provocados com a situação do abandono afetivo.

No julgamento do recurso, cabe destacar trechos do voto vencido do Ministro Barros Monteiro, que conclui pela aplicabilidade da responsabilidade civil na hipótese:

Creio que é essa a hipótese dos autos. Haveria, sim, uma excludente de responsabilidade se o réu, no caso o progenitor, demonstrasse a ocorrência de força maior, o que me parece não ter sequer sido cogitado no acórdão recorrido. De maneira que, no caso, ocorreram a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade. O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo. **Considero, pois, ser devida a indenização por dano moral no caso, sem cogitar de, eventualmente, ajustar ou não o quantum devido, porque me parece que esse aspecto não é objeto do recurso.** Penso também, que a **destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e no atual.** - Ministro Barros Monteiro (grifou-se)

De acordo com o ministro, portanto, a destituição do poder familiar em nada afetaria a

possibilidade de reparação por danos morais.

Por outro lado, o Ministro Cesar Asfor Rocha, em seu voto, destaca que repudia a "quantificação do preço do amor":

Com a devida vênia, não posso, até repudio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor. Ao ser permitido isso, com o devido respeito, **iremos estabelecer gradações para cada gesto que pudesse importar em desamor:** se abandono por uma semana, o valor da indenização seria "x"; se abandono por um mês, o valor da indenização seria "y", e assim por diante. (grifou-se)

Sobre esse entendimento, nota-se que a questão é deslocada para a condenação da conduta da vítima ao exigir reparação pecuniária por ocorrência de violação de seus direitos da personalidade. Não se está "quantificando o amor", mas apenas compensando o filho abandonado e sancionando o genitor absolutamente negligente nos seus deveres jurídicos. Por fim, não existe precificação do amor, mas apenas reparação financeira (única sanção admissível no âmbito civil, salvo no caso de devedor de alimentos, em que é cabível a prisão) por violação do dever de criação, educação e convivência.

O Recurso Especial nº 514.350, conclui pela impossibilidade jurídica de reparação por abandono afetivo, por entender o relator que escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar e que nenhuma finalidade positiva poderia ser alcançada com a indenização, uma vez que o efeito punitivo e dissuasório poderia ser obtido com outros meios previstos na legislação civil, como a perda do poder familiar.

É mencionado ainda o fato de que o litígio poderá levar ao afastamento definitivo do genitor ausente. Veja-se:

Ainda outro questionamento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso?

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido. Desta feita, como **escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.** Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização. Diante do exposto, **conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral.** (STJ,

Recurso Especial nº 514.350 - SP (2003/0020955-3), Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, data do julgamento: 28 de abril de 2009) (grifou-se)

A impossibilidade do Judiciário obrigar o genitor a amar seus filhos é patente, uma vez que não seria viável faticamente essa pretensão. Note-se que não se propõe ação de obrigação de fazer de oferecer assistência moral, pleito que seria considerado absurdo.

Nesse sentido, a mera condenação a reparar os danos morais provocados não tem o condão, assim como nenhum outro motivo externo teria, de obrigar o pai ou a mãe a ter um relacionamento afetivo com seus descendentes. Mais uma vez, o efeito é apenas de sancionar civilmente a conduta omissiva e violadora de direitos da personalidade e compensar os danos morais ocorridos.

Já a preocupação da dificuldade de se manter um relacionamento afetivo após o ajuizamento de ação não é argumento jurídico válido para impedir a pretensão indenizatória. Cabe ao filho avaliar a situação, sendo recomendável, inclusive, que a ação só seja proposta diante do total desfazimento de qualquer laço afetivo.

Decisão inédita sobre o tema foi proferido no Recurso Especial nº 1.159.242, única que admitiu expressamente a condenação ao pagamento de danos morais em virtude do abandono do filho.

A relatora, Ministra Nancy Andrichi, destaca que não há óbice à utilização dos institutos da responsabilidade civil no Direito de Famílias, concluindo que, se há o dano, o nexo de causalidade e a culpa, decorrentes de conduta violadora de dever jurídico, denominado "dever de cuidado" na decisão, há a possibilidade de reparação.

Com relação a tese de que a sanção cabível para o descumprimento dos deveres inerentes à relação paterno-filial, a relatora ressalta que a perda do pátrio poder não suprime a possibilidade de indenizações, veja-se:

Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos. [...] (STJ, Recurso Especial nº 1.159.242-SP (2009/0193701-9), Relatora: Ministra Nancy Andrichi, data do julgamento: 24 de abril de 2012) (grifou-se)

O seguinte excerto da decisão ilustra a concepção de que os deveres dos pais para com os filhos ultrapassam a noção de mero sustento:

Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*. A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação, como educação, lazer, regras de conduta, etc. (STJ, Recurso Especial nº 1.159.242-SP [...])

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 tizado 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. (2009/0193701-9), Relatora: Ministra Nancy Andrighi, data do julgamento: 24 de abril de 2012) (grifou-se)

Por ocasião do recurso, o valor fixado a título de indenização para a filha abandonada na infância e adolescência foi reduzido.

O Recurso Especial nº 1.099.959²²¹, apesar de tratar do abandono afetivo, relaciona-se à adoção e à destituição do poder familiar, não havendo pertinência com o assunto do trabalho.

No Recurso Especial nº 1.298.576, cujo relator foi o ministro Luís Felipe Salomão, reconhece-se a prescrição para a propositura de ação com pedido de danos morais decorrentes do abandono afetivo, que se iniciaria após o ofendido atingir a maioridade civil. O ministro ressalta, ainda, que embora as ações relativas à determinação do estado das pessoas sejam imprescritíveis, os direitos patrimoniais subjetivos que dele possam decorrer estão sujeitos à prescrição.

No caso em comento, não se discute o cabimento da indenização, ou seja, não faz parte do mérito do recurso a análise da possibilidade jurídica da reparação de danos morais por abandono afetivo, mas apenas se busca verificar se ocorreu ou não a prescrição quando a ação foi ajuizada anos após a maioridade do filho.

²²¹Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Recurso Especial nº 1.099.959 - DF (2008/0234034-0), Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, data de julgamento: 15 de maio de 2012.

Colacionam-se trechos do julgado a seguir:

A matéria em debate **cinge-se à questão da ocorrência ou não da prescrição, reconhecida pela Corte de origem, para ajuizamento de ação por filho contando cinquenta e um anos de idade, buscando compensação por danos morais decorrentes de afirmados abandono afetivo e humilhações ocorridas quando autor ainda era menor de idade.** No caso, **não é discutido no recurso o cabimento da indenização** (precedente contido no REsp 1.159.242/SP), pois a matéria controvertida devolvida a esta Corte limita-se a saber se, tendo o autor desde sempre conhecimento de quem era seu pai biológico, se ainda assim, decorridos muitos anos após sua maioridade, pode ajuizar ação buscando compensação por danos morais oriundos do descumprimento dos deveres relativos ao poder familiar (pátrio poder, na literalidade do Código Civil de 1916) e de afirmadas humilhações sofridas durante a primeira parte infância - quando conviveu com o recorrido. [...]

Mas, se as ações **relativas à determinação do estado das pessoas são imprescritíveis, os direitos patrimoniais, que dele decorrem estão sujeitos à prescrição.** Não importa se o estado de família possa adquirir-se por posse diuturna (nome, fama e tratamento). (BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. Campinas: Servanda, 2007, ps. 401 e 402) [...]

Nessa linha, como o autor nasceu no ano de 1957, fica nítido que o prazo prescricional fluiu a contar do ano de 1978, ainda na vigência do Código Civil de 1916, sendo inequívoco que o pleito exordial cuida-se de direito subjetivo, dentro do que o Diploma revogado estabelecia como direito pessoal. De efeito, a paternidade biológica sempre foi do conhecimento do autor - fato incontroverso nos autos -, portanto **o prazo prescricional começou a fluir em 1978, ano em que o autor atingiu a maioridade e cessou os deveres inerentes ao pátrio poder e, também, terminou a causa que impedia o início da contagem do prazo prescricional [...]** (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.298.576 - RJ (2011/0306174-0), Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, data do julgamento: 21 de agosto de 2012) (grifou-se).

O relator afirma que o código brasileiro de 1916 não tratou os institutos da prescrição e da decadência, atribuindo prazos ditos prescricionais a direitos protestativos, sujeitos evidentemente a decadência. Quanto à prescrição, o legislador optou por prever um prazo geral (art. 177 do Código Civil de 1916) e situações discriminadas sujeitas a prazos especiais (art. 178 do Código Civil de 1916), sem exclusão de outros prazos conferidos por leis específicas. Esse método foi transferido, de certo modo, para o Código Civil de 2002, que também prevê um prazo geral (art. 205), e prazos específicos (art. 206) de prescrição.

O artigo 177 do Código Civil de 1916 estabelecia que as ações pessoais prescreviam, ordinariamente, em vinte anos e o recorrente ajuizou a ação buscando compensação, por alegados danos morais, apenas em outubro de 2008, quando já possuía cinquenta e um anos de idade, ficando nítido que operou a prescrição, ainda na vigência do Código Civil de 1916. Dessa forma, o relator afasta a necessidade de se analisar a prescrição dessa ação no âmbito do Código Civil 2002, pois, na hipótese, a prescrição iniciou-se e encerrou-se na vigência do antigo diploma.

De acordo com a decisão, ainda que se entenda cabível a pretensão de indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo, não há conclusão definitiva acerca de qual prazo prescricional seria aplicável nos termos do Código Civil de 2002. No recurso analisado, foi aplicado o prazo geral do Código Civil de 1916 por não haver previsão específica de prazo especial para a reparação civil no diploma revogado.

No CC/02, o artigo 205 determina que a prescrição ocorrerá em dez anos se a lei não lhe fixar prazo menor. Ocorre que, no artigo 206, §3º, inciso V, do CC/02, é previsto prazo de três anos para a pretensão de reparação civil. Como a ação de indenização por abandono afetivo busca reparar um dano moral, incidiria o exíguo prazo de três anos contados a partir da maioridade ou da perda do poder familiar que ocorra em conformidade com o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Código Civil de 2002 estabelece, em seu artigo 197, inciso II, que a prescrição não corre entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar. Sendo assim, em situações ordinárias, o filho abandonado disporia de três anos após atingir a maioridade civil para propor a ação indenizatória.

Caso se entenda que a ação de indenização de danos morais por abandono afetivo não se subsume à hipótese do artigo 206, §3º, inciso V, do CC/02, seria aplicável o prazo geral de dez anos previsto no artigo 205, do CC/02.

Mesmo com toda a legislação e doutrina caracterizando o abandono afetivo como um ato ilícito civil, a mais recente decisão do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro é de posicionamento contrário a indenização, conforme abaixo:

Trata-se de recurso especial, interposto por A C C B DE J, com amparo nas alíneas a e c do permissivo constitucional, no intuito de reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe assim ementado (fls. 358/371, e-STJ):

Apelação Cível - Ação de Indenização - Abandono Afetivo - Responsabilidade Civil - Não demonstração do dano efetivo apto a ensejar reparação indenizatória - Falta de convívio e/ou afetividade entre pai e filha não é fundamento jurídico para compelir o genitor à reparação pecuniária - Dano Moral e Material não configurados - Precedentes do STJ - Recurso conhecido e improvido - Decisão unânime²²².

²²² Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Recurso Especial nº 1.538.078 - SE (2015/0131760-8), Relator Ministro Marco Buzzi, data: 08 de março de 2018.

CAPÍTULO 7: DOS RESULTADOS DA INVESTIGAÇÃO

Mesmo o trabalho sendo voltado para a Antropologia Jurídica o que impõe estudos etnológicos aprofundados, realizamos pesquisa investigativa de campo através da etnografia acadêmica visando demonstrar, à luz das opiniões dos doutrinadores, legisladores e julgamentos realizados no Brasil, o surgimento do abandono afetivo e as suas mais diversas formas, caracterização e excludentes.

O investigador expressa suas conclusões, após o resultado da pesquisa em que, conforme já fartamente demonstrado, realizou entrevista com 50 (cinquenta) pessoas de ambos os sexos, que possivelmente sofreram abandono afetivo, por meio de aplicação de questionários e de forma observativa na participação presencial em 60 audiências nas varas de família na cidade de Fortaleza-Ceará-Brasil.

7.1 Da análise dos resultados

Como devidamente explicado na seção de metodologia deste trabalho, apresenta-se a amostra dos entrevistados pelos diversos agrupamentos determinados pela confecção dos questionários, onde se procurou caracterizar os indivíduos por sexo, nível de instrução e faixa etária para que se investigasse algum tipo de relação entre essas características e a opinião dos entrevistados.

No gráfico 2, utilizando técnicas estatísticas de agrupamento de dados demonstram-se a sua distribuição por sexo, verificando-se que 21 indivíduos pertencem ao sexo feminino e 29, ao sexo masculino.

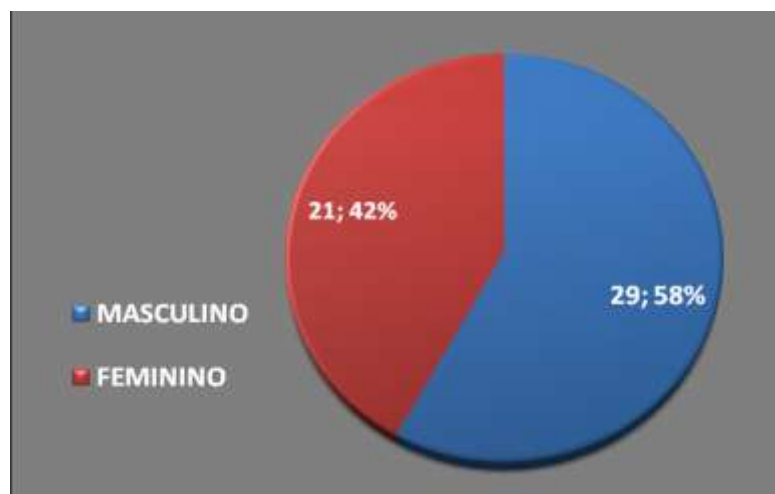


Figura 13 - Gráfico 2 - Entrevistados por sexo
 Fonte: elaborado pelo autor com base nas entrevistas

Foi realizado agrupamento por nível de instrução e a faixa etária das 50 pessoas entrevistadas. Para o nível de instrução, atribuíram-se três faixas, quais sejam: Nível Médio, Nível Superior e Pós-graduação. A grande maioria dos entrevistados possuem nível superior, totalizando 33 indivíduos, sendo 18 do sexo masculino e 15 do sexo feminino.

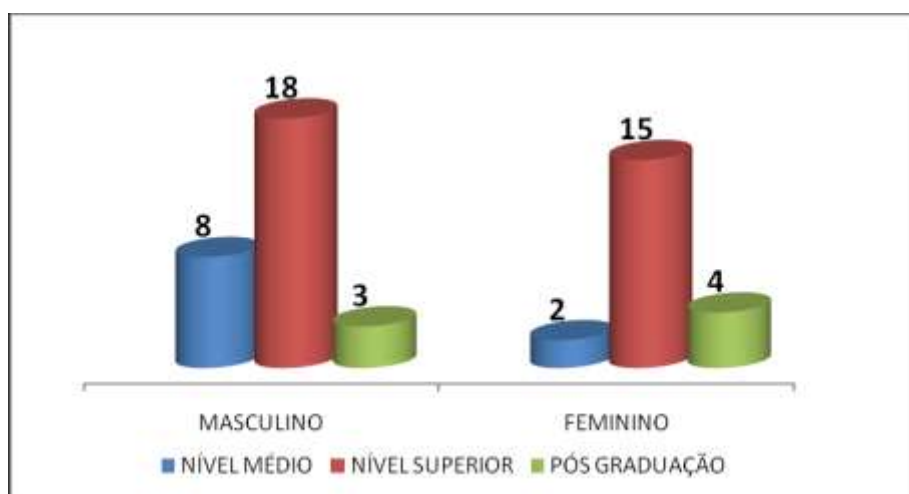


Figura 14 - Gráfico 3 - Nível de Instrução
 Fonte: elaborado pelo autor com base nas entrevistas

Segregou-se a faixa etária em três grupos, para caracterizar as cinquenta pessoas entrevistadas, da seguinte forma: 18 a 25 anos, 16 a 35 anos e 36 a 50 anos. A partir desta classificação, observou-se que a maioria dos entrevistados tem entre 18 e 35 anos, totalizando 41 pessoas, sendo 22 na faixa etária entre 26 e 35 anos e 19 entre 18 a 25 anos, conforme gráfico 4, a seguir:

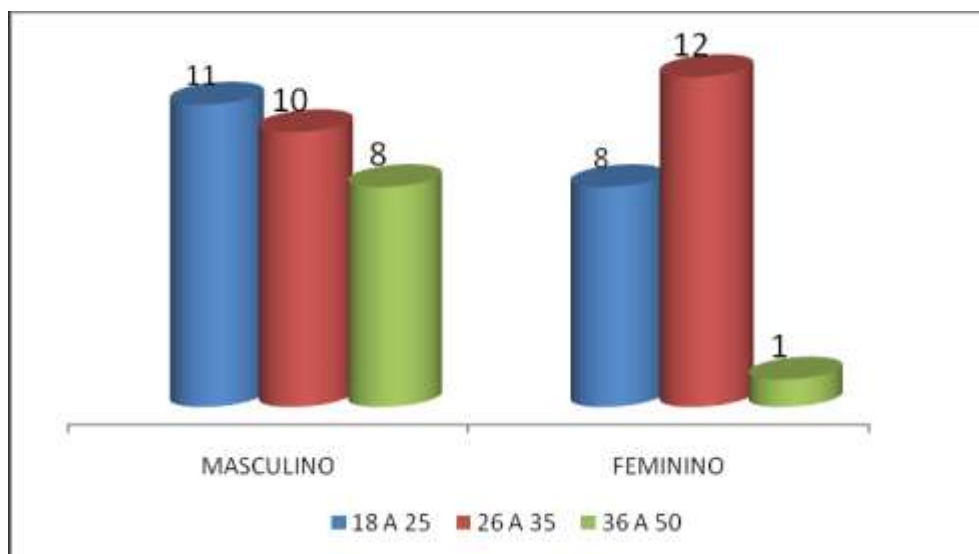


Figura 15 - Gráfico 4 - Faixa Etária
 Fonte: elaborado pelo autor com base nas entrevistas

Para verificação da importância ou não do gênero dos filhos realizamos agrupamentos por sexo e opinião, bem como por faixa etária e escolaridade, visando obter o posicionamento dos entrevistados se contra ou a favor da indenização por abandono afetivo, conforme resultados a seguir demonstrados nos gráficos 5, 6 e 7:

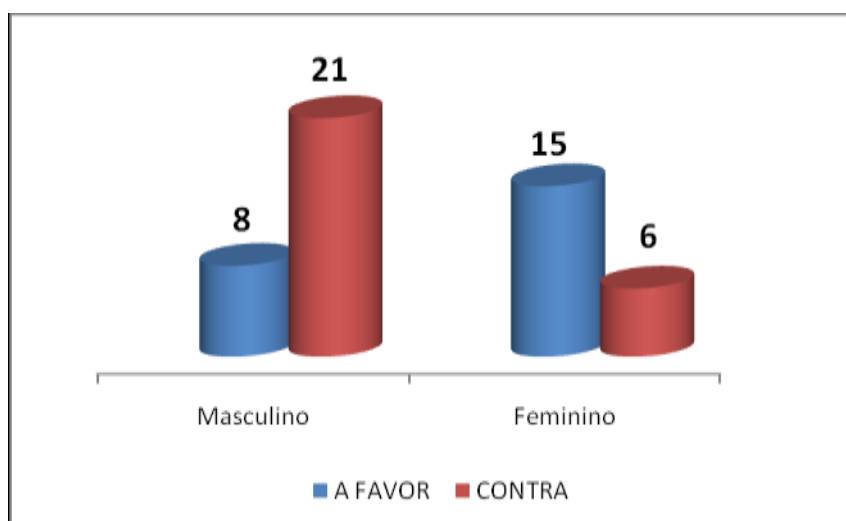


Figura 16 - Gráfico 5 - Opinião dos entrevistados
 Fonte: elaborado pelo autor com base nas entrevistas

Pela análise do gráfico 5, acima, verifica-se que os indivíduos do sexo masculino, em sua maioria demonstraram ser contra a exigência na justiça, de reparação por abandono afetivo de seus pais, ou seja, dos 29 entrevistados, apenas 8 responderam que seriam favoráveis ao ingresso de ação judicial neste sentido. Já os indivíduos do sexo feminino, em sua maioria (15 de 21 entrevistadas) demonstraram preferência por lutar por seus direitos de reparação judicial por abandono afetivo. A seguir, apresentam-se os gráficos onde se pode observar a opinião dos entrevistados por faixa etária e nível de escolaridade.

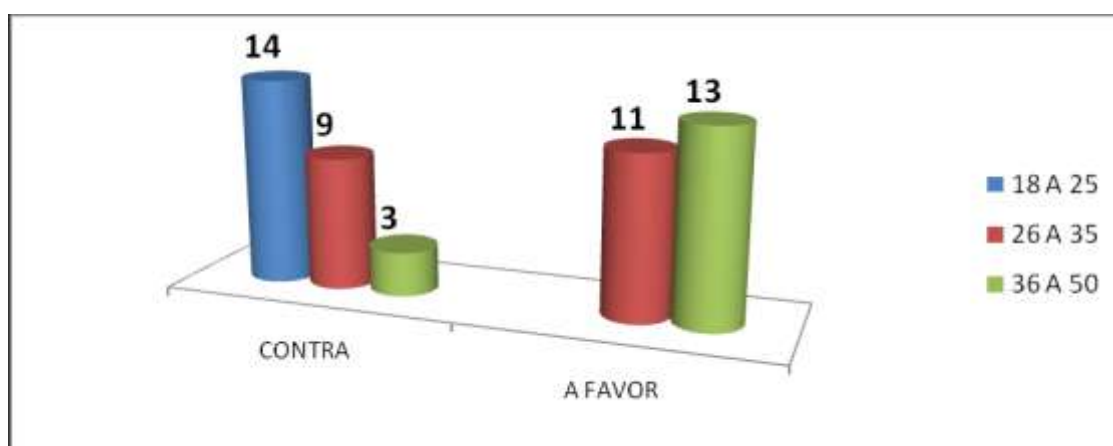


Figura 17 - Gráfico 6 - Opinião por faixa etária
 Fonte: elaborado pelo autor com base nas entrevistas

Nenhum dos entrevistados na faixa etária de 18 a 25 anos demonstrou ser favorável ao pedido de indenização por abandono afetivo, sendo esta a faixa etária com mais indivíduos com manifestação contrária. Por outro lado, as pessoas na faixa etária de 36 a 50 anos manifestaram-se, em sua maioria, favoráveis à demanda judicial por reparação por abandono afetivo.

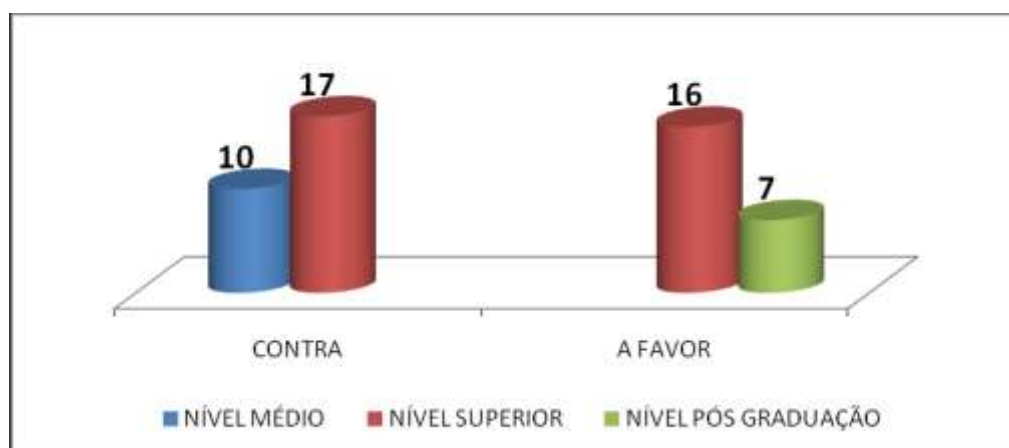


Figura 18 - Gráfico 7 - Opinião por nível de instrução
 Fonte: elaborado pelo autor com base nas entrevistas

Ao analisar o Gráfico 7, acima, verifica-se que nenhum dos entrevistados que possuem apenas nível médio se manifestaram a favor de pleitear indenização por abandono afetivo e nenhum dos entrevistados que possuem pós-graduação se manifestaram contra. Já os que tem nível superior, ou seja, possuem algum curso de graduação concluído, manifestaram-se de forma compartilhada contra e a favor, sendo 17 indivíduos contrários e 16 indivíduos favoráveis.

Ainda sobre o trabalho de campo, após a presença física do investigador em 60 audiências nas varas de família, apresentamos o resultado estatístico com pontos de interesse para discussão dos resultados, no caso guarda compartilhada, guarda com a mãe e guarda com o pai.

Audiências		
Tipo	Quantidade	%
Guarda compartilhada	10	16,7%
Guarda com a mãe	42	70,0%
Guarda com o pai	8	13,3%
Total	60	100%

Figura 19 - Tabela 2 - Resumo das decisões das audiências

Fonte: elaborada pelo autor

7.2 Da discussão dos resultados

7.2.1 Da comprovação da origem do abandono afetivo

Para melhor entender como se originam essas questões de abandono afetivo dos filhos foi realizado também trabalho de campo com a minha presença em 60 (sessenta) audiências nas varas de família na Cidade de Fortaleza, estado do Ceará, Brasil para observação do comportamento dos pais e julgadores.

Apresentamos a seguir um resumo das decisões proferidas nas 60 audiências, a saber: Guarda compartilhada (10 casos, correspondente a 16,7%), guarda somente com a mãe (42 casos, correspondente a 70,0%) e guarda somente com o pai (8 casos, correspondente a 13,3%).

De plano observa-se que na maioria dos casos as decisões foi no sentido de conceder a guarda dos filhos para as mães, conforme Figura 19 - Tabela 2, já apresentada.

Ressalte-se que primeiro lugar, se discutem as questões financeiras e da divisão dos bens para depois definir como se fará com os filhos, as visitas, a educação e o transtorno que aquela situação poderá ocasionar na formação da criança. Percebe-se, claramente, que os filhos ficam, na maioria das vezes, em último plano nas discussões que ocorrem no divórcio ou dissolução da união estável, sendo as questões econômicas prioritárias. Não se observa uma preocupação com o abalo psíquico e emocional para crianças e adolescentes no presente e nem para o futuro.

Outra observação bastante peculiar foi a questão em sua maioria os filhos que ficam com a mãe o que, na minha opinião contribui para o surgimento do abandono afetivo e material, pois o pai geralmente constitui outra família e passa dar maior atenção os novos filhos. Como exemplo um determinado filho confidenciou na audiência que sentiu fortemente o abandono, não só de amor e carinho, também material, pois teve que recolher e vender latinhas recicláveis no meio da rua para ajudar no seu próprio sustento e estudo, mesmo sabendo que seu pai era comerciante próspero e proporcionava toda estrutura em educação, saúde e lazer para sua outra filha, concebida de nova relação conjugal.

Os doutrinadores e legisladores ficam apenas dizendo que a responsabilidade é dos pais, porém de forma inequívoca se comprova na presente investigação que o abandono afetivo se origina e se consolida com a separação dos pais e com a guarda em sua maioria pela genitora ou seja pela mãe biológica ou não.

Vejam os doutrinadores pregam a responsabilidade conjunta, e não mergulham nos motivos que originam o abandono e se afastam da realidade. a saber:

A separação dos pais não inibe o exercício do poder familiar, devendo este ser exercido em conjunto e não apenas pelo ascendente guardião (MADALENO, 2009). O poder familiar não possui apenas caráter protetivo, mas principalmente a promoção da personalidade (TEIXEIRA, 2009).

O fundamento do poder familiar encontra-se no art. 229 da Constituição Federal, que impõe como deveres inerentes aos pais a assistência, a criação e a educação dos filhos menores, sendo também estabelecido no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores (MADALENO, 2009).

Ninguém ataca a questão material, ou seja existe primordialmente o interesse

patrimonial, depois com os filhos, que na maioria dos casos fica em poder da mãe. Se ocorresse a inversão de valores nas audiências, com certeza poderia ser evitada essa situação de abandono afetivo. A discussão deveria ser iniciada sobre o mais importante, que é a situação do filho e das obrigações dos pais, como forma de sensibilizá-los sobre sua importância na vida da criança, e, em segundo plano, ficariam as questões financeiras entre as partes concernentes à divisão de bens.

O fim da relação conjugal é o princípio dos conflitos familiares e se comprova que o fato dos filhos ficarem com a genitora, em sua maioria esmagadora, são fatores determinantes para o abandono afetivo e também relacionados diretamente com a síndrome de alienação parental.

Apesar de diversas mudanças no conceito de entidade familiar, ainda cabe aos pais a responsabilidade de dar sustento, criação e educação a seus filhos, mesmo que a vida conjugal tenha terminado. Os filhos não podem ser penalizados pela imaturidade dos cônjuges em casos que eles não conseguem separar a vida parental do término do relacionamento conjugal, ou seja, os filhos só estarão a salvo de qualquer conflito que venha a ocorrer se os pais conseguirem manter um diálogo construtivo e uma relação saudável, mesmo com o fim do casamento (SOUZA, 2012). Madaleno, A., e Madaleno, R. (2017, p.30) conceituam poder familiar de forma bastante sucinta, afirmando que é um direito-dever dos pais sobre os filhos:

O poder familiar é, portanto, um poder-função ou direito-dever, é o exercício da autoridade – advinda da responsabilidade – dos pais sobre os filhos, não uma autoridade arbitrária, escorada no interesse pessoal dos pais, mas sim no sentido de fazer valer os interesses do menor, tanto no âmbito patrimonial quanto no pessoal.

Os casos de síndrome de alienação parental ocorrem principalmente, quando há uma separação litigiosa, geralmente com disputa pela guarda dos filhos e um dos cônjuges sai do vínculo conjugal com um sentimento de abandono, de rejeição, e quer vingança, colocando a culpa do fim do relacionamento no outro cônjuge. Ocorrendo essa situação, o poder judiciário pode afastar de imediato a responsabilidade pelo dano.

A Lei Brasileira, no caso a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e Adolescente e o Código Civil Brasileiro são aplicados nesses processos e podem servir de fundamento na aplicação para a decisão sobre a indenização por danos morais no caso de descumprimento dos deveres dos pais para com os filhos.

Verifica-se que mesmo com a regulamentação dos diversos projetos de Leis que tramitam no parlamento Brasileiro, sempre existirá a questão subjetiva e até mesmo do caráter das pessoas envolvidas, portanto, não conseguirá resolver esse conflito que também envolve as questões emocionais.

Quanto ao resultado da aplicação dos questionários previamente estruturados com filhos maiores de 18 anos, que estão na situação de “abandono afetivo”, constante do Apêndice A, delimitamos a sua discussão para os filhos que são a favor e contra a indenização por abandono afetivo.

7.2.2 A favor da indenização por abandono afetivo

Analisando as respostas do questionário aplicado, conforme modelo disponível no Apêndice B, e os gráficos já apresentados com os resultados, verificou-se que os filhos do sexo feminino, talvez por serem mais sensíveis ou sentir realmente a falta do pai, apresentam-se como maioria a favor da indenização, o que pode ser constatado por meio da análise do Gráfico 5 anteriormente apresentado.

Em sua quase unanimidade afirmaram que foram abandonadas pelo pai com idade de até 10 anos, momento em que perdem completamente o contato com seus genitores.

O distanciamento geralmente ocorre de forma gradativa após o divórcio entre mãe e pai até culminar num estado de completa ausência o que gerou sérios danos psicológicos e sociais.

Afirmaram que conhecem a Legislação Brasileira e sabem da complexidade de se provar juridicamente os efeitos do abandono afetivo, porém, com base na CF/88, no Estatuto da Criança e no Código Civil, bem como na decisão dos tribunais brasileiros, pretendem ingressar com pedido de indenização.

Segue abaixo posicionamento favorável do Superior Tribunal de Justiça brasileiro em julgamento de caso semelhante, a saber:

Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos. [...] (STJ, Recurso Especial nº 1.159.242-SP (2009/0193701-9), Relatora: Ministra Nancy Andrighi, data do julgamento: 24 de abril de

2012) (grifou-se).

A posição do investigador é pela possibilidade de indenização pelo abandono afetivo, pois seria uma forma de reparação ao filho pelos abalos psíquicos, educacional e material e também uma forma de despertar para esse grave conflito familiar.

Vale ressaltar que nos deparamos nas entrevistas com filhos abandonados afetivamente e material pelo pai extremamente rico, onde ele conheceu a sua irmã que foi criada com todo o suporte emocional e material e estudando nos melhores colégios do Brasil, concluindo o curso superior em medicina, enquanto o filho abandonado não terminou nem o ensino fundamental e passou por sérias dificuldades financeiras.

Na mesma linha do investigador, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2019), esclarece que:

"o ordenamento jurídico não pode exigir de ninguém demonstrações de amor e carinho, porquanto não seja disto que se trate, mas, sim, de uma situação em que o que se cobra dos pais é o correto desempenho de suas funções, para o pleno desenvolvimento da pessoa humana de seus filhos".

7.2.3 Contra a indenização por abandono afetivo

Analisando as respostas do questionário aplicado, conforme modelo disponível no Apêndice B, e os gráficos já apresentados com os resultados, chegou-se a conclusão que os filhos que sofreram, em tese, abandono afetivo e do sexo masculino foram contra a indenização, mesmo admitindo que foram abandonados pelo pai no nascimento ou em sua grande maioria, após o fim da relação matrimonial, ficando sem afeto, amor e carinho, o que se verifica pela análise do Gráfico 5 anteriormente apresentado.

Dentro desse contexto, de forma unânime, reconhecem que o abandono afetivo causou sérios transtornos psíquicos, emocionais, materiais e intelectuais e que boa parte os pais detinham alto poder econômico, não pretendem pleitear uma indenização por dano moral, por entender que isso não corrigiria os erros do passado e afirmaram que se viveram até hoje com o seu próprio esforço, pretendendo ficar na mesma situação.

Outra situação descrita nas resposta foi sobre a falta de confiança nas decisões judiciais, achando que não lograriam êxito em seus pleitos e, por essa razão são contrários ao ingresso

na justiça solicitando indenização por abandono afetivo. Esta foi uma observação preponderante nas respostas apresentadas pelos indivíduos do sexo feminino, indicando mais uma vez que as mulheres parecem ser mais favoráveis a buscar seus direitos considerando que, mesmo as que responderam ser contrárias, justificaram pelo lado da falta de confiança na justiça.

Nessa linha mesmo toda a doutrina caracterizando o abandono afetivo como um ato ilícito civil, a mais recente decisão do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro é de posicionamento contrário a indenização, conforme abaixo:

Trata-se de recurso especial, interposto por A C C B DE J, com amparo nas alíneas a e c do permissivo constitucional, no intuito de reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe assim ementado (fls. 358/371, e-STJ).

Apelação Cível - Ação de Indenização - Abandono Afetivo - Responsabilidade Civil - Não demonstração do dano efetivo apto a ensejar reparação indenizatória - Falta de convívio e/ou afetividade entre pai e filha não é fundamento jurídico para compelir o genitor à reparação pecuniária - Dano Moral e Material não configurados - Precedentes do STJ - Recurso conhecido e improvido - Decisão unânime.

A posição do investigador é contrária a esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, haja vista o seu posicionamento devidamente fundamentado a favor da indenização decorrente do abandono afetivo.

CONCLUSÕES

Os estudos antropológicos demonstram que a partir do estudo do homem e seu comportamento, surgem as famílias como decorrência da organização cultural, social e econômica dentro da sociedade. O formato de família no imaginário tradicional, de pai, mãe e filho, é fruto de uma questão cultural ou de até desenvolvimento das sociedades, impondo ao Estado o dever de regulamentar as relações entre os integrantes da unidade familiar, através de leis e projetos de lei específicos.

A família decorre mais de uma questão cultural e de convívio dentro das sociedades do que do seu aspecto natural. A presença dos deveres dos pais em relação aos filhos na ética, na moral e no ordenamento jurídico das sociedades corrobora por exemplo com a ideia de Lévi-Strauss em relação à formação da família com seus direitos e obrigações através de grupos diferentes como forma de sobrevivência e desenvolvimento.

A antropologia jurídica se torna instrumento essencial no direito de família, pois ajuda a explicar as modificações no seu conceito, em função do local e espaço nas sociedades, e que não só o aspecto consanguíneo e biológico deve ser levado em consideração nessa definição, mas também o aspecto da afinidade, não se podendo restringir família e sua formação apenas ao casamento entre sexos opostos, ligados por atração sexual. Deve, na sociedade moderna, ser considerada a união estável como entidade familiar, sendo admitida na legislação brasileira a união de pessoas do mesmo sexo e a concepção de crianças em formatos não naturais.

A caracterização do abandono afetivo como ato ilícito decorre da interpretação da Constituição Federal Brasileira de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil Brasileiro, sendo plenamente possível o pedido por parte dos filhos que se sentirem prejudicados, cuja interpretação decorre desses instrumentos legais.

Se a Lei impões obrigações e deveres dos pais com os seus filhos, não apenas no campo material, mais também no campo afetivo como amor e carinho, havendo descumprimento de tais obrigações é óbvio que poderá os menores pedirem uma indenização por danos morais, cujo conceito representa um pagamento de determinado valor em dinheiro fixado pela justiça como forma de atenuar o sofrimento, os abalos e até da própria condição de vida durante a formação da personalidade, tese essa aceita com restrição pela doutrina e tribunais no Brasil.

É consenso no ordenamento jurídico e doutrinário brasileiro que o abandono afetivo é uma das ações mais danosas ao desenvolvimento psíquico e emocional para crianças e adolescentes, e que a punição aos pais, no que tange a indenização por dano moral, embora não seja uma regra, e afastado o locupletamento indevido e exceções, deve ser estudado caso a caso e cabível quando há provas inequívocas, sendo a decisão de pleitear exclusiva de quem sofreu os danos. Exemplo: um pai ou mãe usuários de droga que abandona seu filho devem ser punidos ou não? Esse tipo de questionamento é que pode atenuar ou mesmo excluir a responsabilidade civil.

Ainda que o abandono afetivo possa, sem a concorrência direta dos pais, como por exemplo, o desconhecimento da existência do filho, abalos psíquicos como transtornos decorrentes da personalidade da pessoa, depressão do menor (atestado por laudo médico), causar danos irreparáveis, essas situações também são motivos para exclusão da obrigação de indenizar.

No trabalho de campo, especificamente no estudo de casos concretos, nota-se a ilicitude dos pais nos encargos relacionados ao poder familiar, sendo possível identificar a conduta que despreza absolutamente o dever de criação, educação e cuidado com a prole, importante função atribuída na Legislação, indispensável à continuidade e ao bom funcionamento de qualquer sociedade e que o abandono afetivo se origina nas separações e dissoluções das famílias, onde os filhos ficam em segundo plano, se priorizando as questões econômicas.

Verifica-se que há violação aos direitos da personalidade dos filhos nessa condição desfavorável, restando evidenciados os contornos do dano moral, porém dado ao caráter pessoal a decisão sempre será do menor que sofreu a violência como se comprova no estudo do caso concreto com um filho a favor e outro contra ao pedido indenizatório.

Ainda no trabalho de campo, como se observa nas audiências de família, apesar de ser devida a reparação por danos morais em alguns casos de abandono afetivo, a regulamentação do assunto através de projeto de Lei não resolve a questão, pois é mais de senso ético, de cunho emocional e de caráter das pessoas envolvidas, notadamente os pais.

Portanto mesmo havendo condenação por danos morais de ato ilícito no campo da afetividade, isso não obrigará os pais a amarem seus filhos, pretensão faticamente impossível de se alcançar por coação, mas apenas oferecer reparação à criança prejudicada e censurar no âmbito civil a conduta do genitor omissor. Cabe mencionar que a única reparação admissível na ocorrência de danos imateriais é a indenização em pecúnia, havendo impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, mas apenas o abrandamento da situação da vítima.

Fica evidenciado que a existência da Lei impõe deveres e obrigações para com os menores de 18(dezoito) anos, o que pode ensejar uma indenização por danos morais, porém em nenhum momento obrigará o pai ou a mãe a dar amor, carinho e afetividade e que a decisão de acionar a justiça buscando indenização por danos morais é exclusiva de quem sofreu a ilicitude, como forma de amenizar o ocorrido, necessitando de comprovação, ou até de servir de lição para os pais para que o mesmo fato não ocorra com outros menores.

A posição do investigador é pela indenização pelo abandono afetivo como forma de corrigir essa grave distorção nos conflitos familiares e como também ser a oportunidade para que a pessoa que sofreu o dano possa por exemplo cursar uma faculdade ou ter uma vida melhor, mesmo sendo contrária a opinião do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro e de alguns doutrinadores, sob o argumento de que não se pode mensurar o afeto, carinho e amor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Ana Jéssica Pereira. **O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental**. Artigo científico da Revista Direito & Dialogicidade, vol.4, n.1 Jul. 2013 Universidade Regional do Cariri – URCA. Disponível em: <<http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/viewFile/588/466>>. Acesso em: 20 mar 2018
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A Função da Família**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, n. 39, Dez./Jan. 2007.
- AMARAL, Laise Souto; GOULART, Leandro Henrique Simões. Danos morais nas relações paterno-filiais. 2015. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=174>>. Acesso em: 14 jun 2019.
- BARDIN, L. **Análise de Conteúdo**. Lisboa, Portugal: LDA, 70ª Ed. 2009.
- _____. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977
- BARRIO, Ángel-B Espina. Freud y Lévi Strauss. Influencias, aportaciones e insuficiencias de las antropologías dinámica y estructural. 2a. Edição, Salamanca:Universidad Pontificia Salamanca, 1997.
- BATZÁN, Ángel Aguirre (ed.): **Etnografía. Métodos cualitativos em investigación socio-cultural**. Barcelona: Editorial Boixareu Universitária.1995.
- BAZTÁN, Ángel Aguirre; CORRÊA, Luiz Nilton. **A Pesquisa Etnográfica**. 2a. Edição.2017.
- BONATTO BARCELLOS, Antônio Augusto. **Introdução à teoria antropológica**. Salamanca: IIACyL, 2018.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**, 4ª edição rev., aum. e mod. por Eduardo C.B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. **Abandono afetivo: da urgência do diálogo entre direito e psicanálise**. 2012. Tese de Mestrado Profissional em Psicanálise, Saúde e Sociedade. Universidade Veiga de Almeida. Disponível em: <http://www.uva.br/mestrado/dissertacoes_psicanalise/Julio_Cezar.pdf>. Acesso em: 05 mar 2019.
- BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. 1ª edição. São Paulo: Método, 2006.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 fev 2019.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 ago. 2010 e retificado em: 31 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 16 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Data da Publicação: 23/12/2014 e Retificado em: 24/12/2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília. 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 27 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 13 de jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 27 out. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 700 de 2007. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516>. Acesso em: 24 março 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2654 de 2003 (Da Deputada Maria do Rosário) altera a Lei 8069/1990 e a Lei 10406/2002. Disponível em: <<http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>>. Acesso em: 25 mar 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6583 de 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em: 24 março 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Ação: de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA em desfavor do recorrente, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14828610&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 25 mar 2019.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Novos contornos do direito da filiação: a dimensão afetiva das relações parentais**. Revista da Ajuris, ano XXVI, n. 78, jun./2000, p. 193-216.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 8, n. 36, jun/jul, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. **Comentários ao código civil: parte especial: do direito de família** (coord. Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2004, v. 18.

CRESWELL, John W. **PROJETO DE PESQUISA - METODOS QUALITATIVO, QUANTITATIVO E MISTO: Métodos Qualitativo, Quantitativo e Misto**. 3a. Edição. São Paulo: Artmed, 2009.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução Frederico Ozanam Pessoa de Barros, 2006. Fonte digital: Digitalização do livro em papel: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, São Paulo, 1961, disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>>. Acesso em 7 de maio de 2019.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DAVIS, Shelton H. **Antropologia do Direito**. São Paulo: Zahar, 1973.

DEL'OLMO', Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Privado**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=463>>. Acesso em: 12/01/2019

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 7.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUARTE, Marcos. **Alienação parental: restituição internacional de crianças e abuso do direito de guarda**. 2. ed. Fortaleza: Leis e Letras, 2014.

DURHAM, E. R. **Família e reprodução humana**. In: *Perspectivas antropológicas da mulher*. Rio de Janeiro, Zahar, 1983, v.3, p. 13-44.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Inovação e tradição no direito de família contemporâneo sob o novo código civil brasileiro**. In: Leituras complementares de direito civil: direito das famílias (coords. Marcos Ehrhardt Júnior; Leonardo Barreto Moreira Alves). Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 23-42.

_____. **Princípios constitucionais do direito de família brasileiro contemporâneo**. In: A família além dos mitos (coords. Eliene Ferreira Bastos; Maria Berenice Dias). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 121-130.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6ª edição, Editora Juspodvm: Bahia, 2014.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. Editora Atlas: São Paulo, 2017.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome de Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 14/01/2019.

FOX, R. **Parentesco e casamento**. Lisboa, Vega, 1986.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à lei 12.318/2010**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 51ª edição. 6ª Reimpressão. São Paulo: Global, 2011.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. São Paulo: Atlas, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3.

GEERTZ, C. **A Interpretação das Culturas**. 1ed.13 reimpr. Rio de Janeiro: LTC. 2008.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GIL, A. C. **Metodologia do ensino superior**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador: Imprensa Vitória, 1958.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8ª edição. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2011.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Uma análise interdisciplinar da (in)operabilidade do conceito de culpa no direito de família**. São Paulo: 2007. Dissertação de Mestrado. Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

HAIR, J. F.; TATHAM, R. L.; ANDERSON, R. E.; BLACK, W. C. **Análise multivariada de dados**. Tradução de Adonai Schlup Sant'Anna; Anselmo Chaves Neto. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

HAMMERSLEY, Martin y Paul ATKINSON, 1994: **Etnografía. Métodos de investigación**, Paidós, Barcelona.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. 4ª. edição. São Paulo: Record. 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, 2007. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 13/01/2019.

HOBBSAWM, Eric J. **A era dos impérios – 1875-1914** [recurso eletrônico]; tradução Sieni Maria Campos, Yolanda Steidel de Toledo. - 1. edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLSTI, O.R. (1969). **Content Analysis for the Social Sciences and Humanities**. Reading, MA: Addison-Wesley.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
<https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=6&op=0&vcodigo=FED304&t=tipos-familia>. Acesso em: 15/06/2019.

JAMES, Wendy (1973). **The anthropologist as reluctant imperialist"**. In ASAD, Talal (ed.). *Anthropology and the colonial encounter*. London, Ithaca Press.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

KOTTAK, Conrad Phillip (1997) **Antropología cultural: Espejo para la humanidad**, Mc Graw-Hill, Spain.

LAGRASTA NETO, Caetano. **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Les structures élémentaires de la parenté**. Paris, Mouton, 1967.

_____. **As estruturas elementares do parentesco**. 3ª edição. Petrópolis: Vozes, 2003.

_____. **As estruturas elementares do parentesco**. Tradução de Mariano Ferreira. 5ª edição. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. **Tristes trópicos**. Lisboa: Edições 70, 1979.

_____. **Antropologia estrutural**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991.

LÔBO, Luiz Paulo. **Direito Civil: famílias**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito civil: famílias**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A família enquanto estrutura de afeto**. In: *A família além dos mitos* (coords. Eliene Ferreira Bastos; Maria Berenice Dias). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. **Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693** (coord. Álvaro Villaça Azevedo). São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. In: *Família e cidadania – o novo código civil brasileiro e a *vacatio legis**. *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM – União OAB-MG, 2002.

_____. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Princípio da solidariedade familiar**. In: *Família e solidariedade. Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008, p. 01-17.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de direito civil brasileiro**. Obra fac-similar da 4ª edição do livro original publicado em 1871- 1872. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial - Superior Tribunal de Justiça, 2004, v. 1

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: Importância da detecção - aspectos legais e processuais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MALINOWSKI, B. **Os argonautas do Pacífico Ocidental**. São Paulo, Abril Cultural, 1976. (O Pensador, 43).

MARCONI, M. A.; PRESOTTO, Z.M.N. **Antropologia. Uma introdução**. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira**. Revista Jurídica Virtual, Brasília, volume 1, nº 5, set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm>. Acesso em 25 de abril de 2018.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral, problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª - edição São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C., 1928.

_____. **Tratado de direito de família**. 3ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1947, v. II e III.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Tavares da. **Direito de Família: Volume 2**. 42ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Título da palestra: **Danos à pessoa**. Curso de Formação Continuada. Congresso: Perfil contemporâneo da responsabilidade civil. 11 de novembro de 2014, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho - ENAMAT. Transcrição do conteúdo disponível em: <http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Degravacao_CFC_Responsabilidade_Civil.pdf>. Acesso em 25 de abril de 2019.

NEDER, Gizlene; FILHO, Gisálio Cerqueira. Os Filhos da Lei. Revista **Brasileira de Ciências Sociais**, volume 16, nº 45, Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n45/4333.pdf>>. Acesso em 25 de abril de 2019.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado**. Revista de Direito Privado, n. 17, jan./mar. 2004, p. 65-70

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Obra fac-similar do livro original anotado e adaptado ao Código Civil de 1916 por José Bonifácio de Andrada e Silva, editado em 1918. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 2001.

_____. **Instituições de Direito Civil. Volume I**. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Instituições de direito civil. Volume II**. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Estatuto da Criança e do Adolescente: estudos sociojurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**, trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v. 02. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIKE, Kentt. **Language in relation to a unified theory of the structure of human behavior, part 1**. 1954. Glendale, Calif.: Summer Institute of Linguistics.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o princípio da dignidade humana**. In: Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição (coord. George Salomão Leite). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180-197.

PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Faculdade de Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-06062013-135843/publico/PRADO_Camila_Affonso_Responsabilidade_civil_dos_pais_pelo_abandono_Versao_completa.pdf. Acesso em: 10 jan. 2019.

RADCLIFFE-BROWN, A. R. **Introdução**. In: Radcliffe-Brown, A. R.; Ford, D., (orgs.) Sistemas políticos africanos de parentesco e casamento. 2. ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1982.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**, 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RIVIÈRE, Claude. **Introdução à antropologia**. São Paulo: Almedina, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, v.6. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética em la sociedad actual**. Reimpresión Revisada. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997.

ROULAND, Norbert. *Anthropologie juridique*. Paris: PUF, 1988.

_____. *L'anthropologie Juridique*. 2ª edição. Paris: PUF, 1995.

_____. **Nos confins do direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Pluralismo jurídico (Teoria antropológica)**. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito. Tradução de Patrice Charles, F. X. Willaume. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2001.

SANTOS, Margarete Martins dos. **Responsabilidade Civil Por Abandono Afetivo**. 2008. 72f. Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso. Pontifícia Universidade Católica De Minas Gerais.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **O Regime Jurídico da Adoção Estatuária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Caio Mário Pereira. **Instituições de direito civil**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SIMÃO, José Fernando. **A Emenda Constitucional nº 66: a revolução do século em matéria de Direito de Família**. Revista do Advogado, ano XXXI, n. 112, jul. 2011, p. 64-78.

_____. **Parentalidade: o duelo DNA x Afeto – Parte I**. Disponível em: http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf1108.html. Acesso em: 20/09/2018.

_____. **Parentalidade: o duelo DNA x Afeto– Parte II.** Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf1208.html>. Acesso em: 20/09/2018.

_____. **Responsabilidade civil do incapaz.** São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Ser ou não ser: outorga conjugal e solidariedade familiar.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, ano X, v. 03, abr./mai. 2008, p. 56-74.

SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. **Soluções judiciais concretas contra a perniciosa prática da Alienação Parental.** In: PAULINO, Analdino Rodrigues. **Síndrome da Alienação Parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos.** Org. APASE - Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2012.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 10ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. **As verdades parentais e a ação vindicatória de filho.** In: Leituras complementares de direito civil: direito das famílias (coords. Marcos Ehrhardt Júnior; Leonardo Barreto Moreira Alves). Salvador: Jus Podivm, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional.** In: Temas de direito civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 473-518.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Separação, violência e danos morais: a tutela da personalidade dos filhos.** São Paulo: Paulistanjur, 2004.

TYLOR, E. **On a method of investigating the development of institutions applied to laws of marriage and descent.** In: GRABURN, N. Readings in kinship and social structure. Nova York, Holt, Rinehart and Winston, 1975, p. 19-31.

VALÉRIO, Daniel Martins. **A Intraculturalidade nas comunidades indígenas da região metropolitana de Fortaleza-CE, Brasil: Caminho para o desenvolvimento e sobreculturalidade.** Salamanca: Edições Vítor, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral.** v.1. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VIEIRA, Larissa A. Tavares; BOTTA, Ricardo Alexandre Aneas. **O efeito devastador da alienação parental: e suas seqüelas psicológicas sobre o infante e genitor alienado.** 2013. Disponível em: <<https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/o-efeito-devastador-da-alienacao-parental-e-suas-sequelas-psicologicas-sobre-o-infante-e-genitor-alienado>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Antropologia jurídica.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1ª edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/42/edicao-1/antropologia-juridica>.

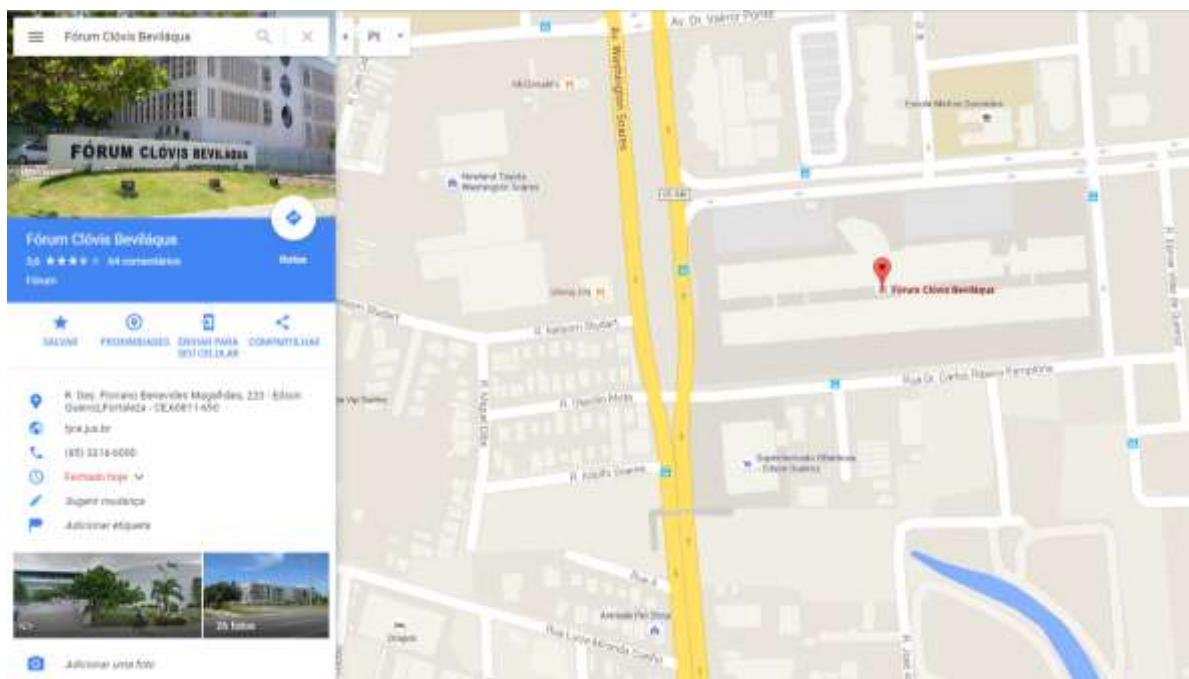
WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: o novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2004.

Conselhos de Direitos Temáticos. Curso de Direitos Humanos - Módulo III. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/cc/3/crianca/marco.htm>. Acesso em: 02/06/2019

Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 02/06/2019

ANEXO A - LOCALIZAÇÃO DO FÓRUM

Localização do Fórum Clóvis Beviláqua onde foi realizada pesquisa de campo com participação em audiências na Vara de Família - Fortaleza-CE



Fonte: Google Maps

APÊNDICE A - MODELO DE TCLE

Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE)

Eu, Gerardo Pompeu Ribeiro Neto, passaporte número FN407277, aluno do curso de Doutorado na Área de Ciências Sociais-Antropologia Jurídica período 2016-2019, da Universidade de Salamanca, um dos mais tradicionais centros de estudos latino-americanos do mundo, Espanha, responsável pela TESE com o tema: A CONTRIBUIÇÃO DA ANTROPOLOGIA NO DIREITO DE FAMÍLIA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DE FILHOS NO ESTADO DO CEARÁ COM BASE NAS INTERPRETAÇÕES JURÍDICAS E DOCTRINÁRIAS BRASILEIRAS, tendo como Diretor da tese, o Prof. Dr. Daniel Valério Martins e tutor, o Prof. Dr. Ángel Baldomero Espina Barrio, vem por meio deste convidar o(a) senhor(a): xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx para participarem como voluntários do presente trabalho de campo, cuja participação atende a parte da metodologia etnográfica e ao final pretende abordar dentro das sociedades humanas a contribuição da antropológica dentro do Direito de Família brasileiro e os aspectos que envolvem a reparação por dano moral nas situações de abandono afetivo dos filhos no estado do Ceará, em função das interpretações jurídicas e doutrinárias. Pretende-se, também, mostrar a influência do Direito Constitucional nas relações jurídico-familiares, devido à constitucionalização do Direito Privado. A pesquisa não tem o objetivo de exaurir todas as situações em que o dano moral envolve a relação paterno-filial, como aquelas decorrentes de reprodução assistida ou da paternidade sócio afetiva. A análise restringe-se ao abandono afetivo efetivado pelo pai ou mãe biológicos ou não, que prejudiquem a formação psicológica da criança. Ao final, realiza-se análise dos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema e dos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional que têm como objetivo a regulamentação da reparação civil no abandono afetivo, e Análise dos dados de campo respondidos pelos entrevistados.

O trabalho de campo consistirá em perguntas escritas através de questionários para a respostas por escrito a perguntas previamente estabelecidas para filhos em situação de abandono afetivo, conforme modelos abaixo para prévio conhecimento de todos, a saber:

Perguntas dirigidas aos filhos no estudo do caso concreto:

- Nome completo;
- Idade;
- Sexo;
- Escolaridade;
- Com qual idade começou a sentir que estava abandonado afetivamente?
- Qual o reflexo no seu desenvolvimento psíquico e educacional?
- Qual o tipo de relacionamento com os seus pais?
- Qual o reflexo no aspecto material para a sua formação?
- Quais os danos efetivamente causados na sua vida?
- Você já ingressou com alguma ação judicial contra os seus pais? Especifique as razões?
- Você acha justo pedir uma indenização por danos morais? Você pretende ingressar com esse tipo de ação?

Portanto, o presente projeto, com a participação de vocês, irá contribuir para uma discussão mais aprofundada sobre o direito de família no tocante a despertar para os direitos e deveres dos pais para com os filhos, sem deixar de observar o caráter subjetivo, excludente e punitivo das situações a serem ao final analisadas, e da caracterização ou não do ilícito penal.

Fica também garantida indenização em casos de danos, comprovadamente decorrentes da participação na pesquisa, conforme decisão judicial ou extrajudicial.

Autorização:

Autorizo divulgar minhas respostas no presente trabalho, como também minha imagem através de fotos ou vídeos.

Assinatura do voluntário/participante como entrevistado

Filho (a)
(FIRMA RECONHECIDA)

DADOS DO ENTREVISTADO:

Nome:

Endereço:

Telefone:

Endereço eletrônico:

DECLARAÇÃO DO ALUNO ENTREVISTADOR

Declaro sob as penas da Lei, que obtive de forma apropriada e voluntária o Consentimento Livre e Esclarecido destes voluntários no trabalho de campo para a participação neste estudo.

Gerardo Pompeu Ribeiro Neto
(FIRMA RECONHECIDA)

TESTEMUNHAS:

Francisco Alberto da Silva Neto
(FIRMA RECONHECIDA)

Juliana Maria Mesquita Ribeiro
(FIRMA RECONHECIDA)

APÊNDICE B - PERGUNTAS DIRIGIDAS AOS FILHOS

Perguntas dirigidas aos filhos no estudo do caso concreto

Questionário
Dados do entrevistado
Nome completo
Idade
Sexo
Escolaridade
Perguntas sobre o tema
Com qual idade começou a sentir que estava abandonado afetivamente?
Qual o reflexo no seu desenvolvimento psíquico e educacional?
Qual o tipo de relacionamento com os seus pais?
Qual o reflexo no aspecto material para a sua formação?
Quais os danos efetivamente causados na sua vida?
Você já ingressou com alguma ação judicial contra os seus pais? Especifique as razões?
Você acha justo pedir uma indenização por danos morais? Você pretende ingressar com esse tipo de ação?