

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

GIZELLI KAROL BOTH PALERMO BOIN

**DO AFETO COMO CATEGORIA JURÍDICA: CONSEQUÊNCIAS DO
ABANDONO NO DIREITO DAS SUCESSÕES**

MARÍLIA
2016

GIZELLI KAROL BOTH PALERMO BOIN

DO AFETO COMO CATEGORIA JURÍDICA: CONSEQUÊNCIAS DO
ABANDONO NO DIREITO DAS SUCESSÕES

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação *stricto sensu* em Direito da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília- UNIVEM, para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico.

Orientador:
Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso

MARÍLIA
2016

BOIN, Gizelli Karol Both Palermo.

Do afeto como categoria jurídica: Consequências do abandono no Direito das Sucessões/ Gizelli Karol Both Palermo Boin. Orientador: Prof. Dra. Ricardo Pinha Alonso.

108.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2016.

1. Afeto 2. Abandono afetivo 3. Deserdação 4. Indenização.

CDD:

Dedico todo o trabalho realizado ao longo destes dois anos a todas as famílias que lutam diariamente para se manter unida, com ou sem a presença de laços afetivos. A todos os idosos que após trabalhar a vida inteira se deparam com uma velhice de abandono e desamparo; A todos os filhos que em meio a inúmeros divórcios são utilizados por genitores inconsequentes para servirem de manobra na busca por indenizações; A todas as crianças que sofrem com o abandono afetivo realizado por aqueles que deveriam apenas lhes dar amor!!

Dedico este trabalho a todos aqueles que sonham com um mundo melhor, que dedicam suas vidas para amparar e abraçar quem foi abandonado afetivamente. Que possam ser exemplos de vida e caridade para que um dia, possamos viver em uma sociedade mais justa e fraterna.

AGRADECIMENTOS

Agradeço infinitamente a Deus, por ser a rocha que me sustenta. Agradeço aos meus pais por serem impulsionadores e me encorajarem a buscar sempre mais!

Agradeço ao meu esposo e companheiro, por estar ao meu lado suportando todas as horas de estudo e de ausência em virtude da busca pelo conhecimento; Por me animar nos momentos de desânimo; por me incentivar e apoiar em todas as decisões!

Agradeço às minhas filhas, por que mesmo sem saber o significado da palavra “sucesso” são responsáveis por ele ser alcançado e por serem a razão do meu viver!! Agradeço a todos os amigos que contribuíram para o acúmulo de conhecimento, o qual levou à conclusão deste trabalho.

Agradeço o orientador Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso, que de coração aberto se dispôs a compartilhar comigo todo seu imenso saber, sugerindo, criticando e aconselhando de maneira excepcional!

Agradeço a todos os colegas de mestrado que com espírito de equipe, estiveram sempre dispostos a me auxiliar, por meio de conselho e críticas, as quais levaram ao meu amadurecimento intelectual.

“Mas a vereda dos justos é como a luz da aurora,
que vai brilhando mais e mais até ser dia perfeito.”
Provérbios 4-18

“Aqueles que esperam no Senhor renovam as suas
forças. Voam alto como águias. Correm e não ficam
exaustos, andam e não se cansam.” (Isaías 40:31)

BOIN, Gizelli Karol Both Palermo. **Do afeto como categoria jurídica: Consequências do abandono no Direito das Sucessões**. 2016. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2016.

RESUMO

O presente estudo busca analisar o afeto como categoria jurídica, bem como as consequências em razão do abandono afetivo no direito das sucessões, visando responder o seguinte problema: É possível a deserção do filho motivada pela ausência de afeto? Objetiva-se de forma geral analisar o direito de família e sua relação com o afeto, sendo que de forma específica, serão compreendidas as questões acerca da indenização e reparação civil, bem como o impacto principiológico e conceitual do tema. Trata-se de uma pesquisa dedutiva, cuja hipótese compreende a ideia de que a jurisprudência e o próprio direito sucessório tem valorizado o sentimento de afeto nas relações familiares. Valeu-se da utilização de documentos, com base, principalmente, em livros, teses, artigos, legislação (constitucional, infraconstitucional, súmulas e orientações jurisprudenciais), jurisprudência e demais dados. Para analisar os dados levantados, iniciou-se o estudo bibliográfico, que atingiu determinada compreensão sobre os pontos mais relevantes das noções de Direito de Família, cuja consequência foi o desenvolvimento do sumário apresentado, dividido em três capítulos, onde no primeiro momento analisou o instituto da família no direito brasileiro, bem como o valor jurídico do afeto e a responsabilização civil em decorrência do abandono afetivo e da deserção.

Palavras-chave: Afeto. Abandono afetivo. Deserção. Indenização.

BOIN, Gizelli Karol Both Palermo. **Do afeto como categoria jurídica: Consequências do abandono no Direito das Sucessões**. 2016. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2016.

ABSTRACT

The present study seeks to analyze affection as a legal category, as well as the consequences due to affective abandonment in the law of succession, in order to answer the following problem: Is it possible to disinherit the child motivated by lack of affection? The general objective is to analyze the family law and its relation with affection, being that in a specific way, will be understood the questions about indemnification and civil reparation, as well as the conceptual and conceptual impact of the theme. It is a deductive research whose hypothesis includes the idea that jurisprudence and inheritance law itself has valued a feeling of affection in family relationships. It relied on the use of documents, based mainly on books, theses, articles, legislation (constitutional, infraconstitutional, precedents and jurisprudential guidelines), jurisprudence and other data. In order to analyze the data collected, the bibliographic study was started, which reached a certain understanding about the most relevant points of the notions of Family Law, whose consequence was the development of the summary presented, divided into three chapters, where in the first moment the institute analyzed Of the family in Brazilian law, as well as the legal value of affection and civil responsibility as a result of affective abandonment and disinheritance.

Keywords: Affect. Emotional abandonment. Disinheritance. Indemnity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – ANÁLISE JURÍDICA DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO... 14	
1.1 Do conceito e definição jurídica de família e do Direito de Família	14
1.2 Breve histórico da família na sociedade	25
1.2.1 A família no contexto jurídico positivo brasileiro	29
1.3 Princípios Constitucionais do Direito de Família	36
CAPÍTULO 2 - DO VALOR JURÍDICO DO AFETO.....	50
2.1 Da definição de afeto	50
2.2 Do abandono afetivo	53
2.2.1 Dos deveres dos genitores na formação da prole	55
2.2.2 Dos deveres da prole em relação aos seus genitores.....	59
2.3 O valor do afeto e as consequências da sua ausência no Direito	63
2.4 Análise da suspensão, perda e extinção do poder familiar	66
CAPÍTULO 3 – DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL EM DECORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO E DA DESERDAÇÃO	69
3.1 Da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro	69
3.1.1 Do dano.....	75
3.2 O abandono afetivo como fato gerador do dano moral	78
3.2.1 Do abandono dos filhos pelos pais.....	85
3.3 Abandono do filho em relação ao pai e cabimento da deserdação	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS	96
REFERÊNCIAS	103

INTRODUÇÃO

Trata-se da dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Fundação “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, objetivando a obtenção do Título de Mestre em Direito, cuja área de concentração é Teoria do Direito e do Estado e a linha de pesquisa “construção do saber jurídico”.

O presente estudo busca analisar o afeto como categoria jurídica, bem como as consequências em razão do abandono afetivo no direito das sucessões.

No referido estudo, será analisado o conceito de família e sua relação com o Direito, sendo certo que a mesma está diretamente ligada a proteção que se mostra natural dentro do campo de compreensão do direito, ante a sua relação com a formação da sociedade e também ao seu modo de organização.

A própria Constituição Federal interpreta a família como à base de toda a sociedade, atribuindo direitos a ela, bem como à sociedade e ao Estado em assegurar proteção aos direitos essenciais.

A própria Constituição Federal, conforme será discorrido, destacou a necessidade de tutela dos direitos fundamentais, assegurando ao homem a partir do respeito e consagração acerca da sua essência, sua dignidade, liberdade e também do respeito, não havendo qualquer tipo de distinção entre homem e mulher, ou seja, prevalecendo a igualdade; liberdade e proteção; o reconhecimento de união estável; além da igualdade entre todos os filhos, independente de ser gerado fora da constância do matrimônio.

Portando, será demonstrado ao longo do Estudo, que a Constituição Federal foi responsável por significativas modificações na estrutura e aplicação do direito de família, pautando-se como base para a reestruturação do direito civil.

A família, hoje, é reconhecida como entidade familiar composta por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como os direitos e deveres inerentes a sociedade conjugal, atribuídos igualmente aos homens e mulheres.

Outro elemento que de forma relevante será discorrido, atenta-se ao afeto como valor jurídico, sendo este compreendido como a interação entre as pessoas, sendo que a própria comunicação pode ser demonstrada como uma relação afetiva.

Desta forma, chama-se a atenção para as questões que envolvem o denominado abandono afetivo, que se interliga ao dever de convivência descumprida nas relações familiares, especialmente naquelas que envolvam a paternidade ou maternidade e suas consequências psicológicas, bem como o filho, que também poderá praticar o abandono contra os genitores.

Portanto, será abordada a deserdação, que tem o condão de desprestigiar aquele herdeiro necessário, que teve (ou não teve) uma relação de afetividade abalada com o testador, independente de que existam laços sanguíneos fortes, além da responsabilização civil e suas formas de aplicação.

Quanto ao afeto, até mesmo reconhecido ao longo do que será apresentado, como princípio de direito de família, é o responsável pelo ensejamento do dano, que só será caracterizado quando ao pai for imputada a obrigação em reparar os danos, desde que presente todos os requisitos exigidos para uma ação desta mesma natureza jurídica, tais como a ocorrência de dano, prática de ato ilícito, nexos de causalidade, etc.

Assim, será compreendida a indenização civil, como aquela que busca a compensação quanto a vítima e um cunho pedagógico punitivo em relação ao causador, que poderá ser o genitor, apontando-se para a demonstração das suas causas ao longo do estudo.

Um ponto relevante atrela-se às hipóteses de deserdação dos ascendentes pelos descendentes e a deserdação dos descendentes por seus ascendentes nos casos que envolvem ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com madrasta ou com o padrasto, além da hipótese de desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, ponto este essencial para os questionamentos.

A sistemática jurídica entende que o genitor poderá punir o filho em decorrência da prática de alienação parental, abandonou o seu ente familiar, e sequer demonstrou afeto durante a vida, não fazendo jus ao direito de herança, também conhecido como deserdação, bem como nas hipóteses de abandono durante uma enfermidade do genitor.

Tais pontos serão discutidos a partir da doutrina, jurisprudência e lei.

Diante das razões acima expostas, emerge o seguinte problema para a presente pesquisa: É possível a deserção do filho motivada pela ausência de afeto?

Neste contexto, objetiva-se de forma geral analisar o direito de família e sua relação com o afeto, sendo que de forma específica, serão compreendidas as questões acerca da indenização e reparação civil, bem como o impacto principiológico e conceitual do tema.

Segundo os métodos lógicos de investigação, refere-se a pesquisa ao método dedutivo, consistente no raciocínio de apresentação do problema já destacado; formulação de hipótese, qual seja, de que a jurisprudência e o próprio direito sucessório tem valorizado o sentimento de afeto nas relações familiares; teste da hipótese, com a análise dos dados bibliográficos e documentais sobre os assuntos em discussão, enfatizando a busca de conexões entre os aspectos estudados e a realização na realidade social.

Quanto aos procedimentos técnicos adotados, prevaleceu a pesquisa bibliográfica e documental, com base, principalmente, em livros, teses, artigos, legislação (constitucional, infraconstitucional, súmulas e orientações jurisprudenciais), jurisprudência e demais dados.

Para analisar os dados levantados, iniciou-se o estudo bibliográfico, que atingiu determinada compreensão sobre os pontos mais relevantes das noções de Direito de Família, cuja consequência foi o desenvolvimento do sumário apresentado, dividido em três capítulos, onde no primeiro momento analisou o instituto da família no direito brasileiro, bem como o valor jurídico do afeto e a responsabilização civil em decorrência do abandono afetivo e da deserção.

CAPÍTULO 1 – ANÁLISE JURÍDICA DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Do conceito e definição jurídica de família e do Direito de Família

Conceituar significa o mesmo que criar, desenvolver ou até mesmo enunciar algo, defini-lo e expor de modo sucinto, para que haja uma sensível compreensão por parte de todos.

Conceituar família se apresenta como um desafio, visto que diz respeito ao instituto mais fundamental e essencial na vida e desenvolvimento do homem.

Portanto, inicia-se o presente estudo, justamente visando apresentar uma definição de família, indo além da ideia de que se trata apenas do laço entre todos aqueles que descenderem de algum ancestral comum ou somente aquele vínculo decorrido da relação entre pais e filhos.

Trazendo a ideia mais básica que se pode apresentar, parte-se da análise de um mero dicionário, que define a família como aquelas pessoas consideradas “aparentadas” e que vivem na mesma casa, ou aquelas que possuem o mesmo sangue e até mesmo “desenho básico”:

Fa.mí.li:a sf. 1. Pessoas aparentadas que vivem, ger., na mesma casa, particularmente o pai, a mãe e os filhos. 2. Pessoas do mesmo sangue. 3. Origem, ascendência. 4. Art. Gráf. O conjunto de caracteres ou dos tipos com o mesmo desenho básico. 5. Biol. Reunião de gêneros [v. gênero (5)]. Família elementar ou família nuclear. Antrop. A que é constituída pelo casal e seus filhos (FERREIRA, 2004, p.396).

Porém, não se deve limitar a definição de família atrelada ao pensamento advindo do dicionário, ou que decorre até mesmo do pensamento coletivo e comum da sociedade, visto que não causa efeito jurídico algum, além de também não possuir nenhum tipo de relevância.

Acerca do pensamento do que venha a ser a família, há um consenso de que se trata da reunião de pessoas que se ligam mediante uma particularidade,

algo comum. Esta particularidade mencionada pode ser uma linha de ascendência ou até mesmo em razão da afetividade, sendo que este elemento desempenha importante papel nos dias atuais.

A doutrina clássica do Direito Civil, especialmente a dedicada ao Direito de Família, define o instituto da família a partir do vínculo, tal como pode ser mensurado a seguir:

No direito moderno, família é o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie (BEVILÁQUA, 1976, p. 16).

Se não bastasse, considerava o referido autor que a família se fundamentava em princípios que regulam a celebração do casamento, ou seja, havia uma limitação deste instituto, considerando apenas a relação matrimonial entre homem e mulher como a “família legítima”:

complexo dos princípios que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela, curatela e da ausência (BEVILÁQUA, 1976, p. 06).

A partir desta consideração, percebe-se que referida definição já não se aplica mais no Direito, que acompanhando as transformações e modificações sociais, tem se adaptado consideravelmente, ampliando, inclusive, o campo de abrangência deste instituto.

A proteção ao instituto da família se mostra natural dentro do campo de compreensão do direito, ora que ela está diretamente relacionada a formação da sociedade e também ao seu modo de organização.

Na relação entre família e Estado, há doutrinadores que consideram a existência de uma delegação de atribuições, desonerando o Poder Público acerca de seus atributos sociais. Assim, a família exerce a obrigação implícita de colocar em prática algumas garantias até mesmo essenciais.

Neste sentido é o entendimento de Maria Berenice Dias (2009, p. 141):

[...] Exime-se o poder público de seus deveres sociais, delegando-os à família, sem garantir ou repassar recursos para o desempenho desses misteres. Inconscientemente, o constituinte vale-se da ideologia da família para, assim, desonerar o Estado – ou pelo menos compartilhar o ônus – de certas funções públicas e deveres sociais, para cujo desempenho e adimplemento a grande maioria das famílias brasileiras não tem recursos econômicos, nem outras condições.

A família e eventualmente o campo do Direito de Família constitui o que se denomina como “complexo de normas disciplinares das relações de família, isto é, das que se passam entre pessoas ligadas pelo parentesco e pelo casamento (PEREIRA, 2002, p. 20-21)”.

A Constituição Federal atual, promulgada em 1988, pode ser considerada como um exemplo, visto que garantiu a proteção da família pelo Estado, não se limitando apenas a relação matrimonial entre homem e mulher, mas estendendo o seu campo protetor a união estável e a família monoparental, tendo em vista a realidade então existente.

A união estável, por exemplo, considerada como uma entidade familiar pela Constituição Federal assegura ao companheiro ou companheira, o direito à assistência, eximindo o Estado de qualquer obrigação ali inserida.

Preponderantemente considera-se que o legislador pátrio, a partir do advento da atual Constituição Federal, assegurou a família ao nível constitucional, ante o seu elevado interesse público e também pelo fato da grande maioria das suas normas serem de interesse público, tendo como finalidade a tutela dos direitos de família, tanto no campo coletivo como também no campo individual.

Dentre as características atribuídas a família a partir do viés protecionista e jurídico, denota-se o seu caráter personalíssimo, que por sua vez, é um atributo irrenunciável, além de também ser intransferível e intransmissível por herança. O detentor do direito não pode transmiti-lo a alguém, assim, ninguém pode renunciar sua condição de filho ou o direito de pedir alimentos.

Acerca de algumas garantias advindas da proteção da família, percebe-se que o casamento, as relações de parentesco, a união estável, a tutela e a curatela não possuem o intuito econômico, tendo em vista que se trata de cunho pessoal, diferente do regime de bens que tem natureza patrimonial.

Acerca do caráter público ou privado atribuído ao direito de família, aponta-se para outro motivo de debates na esteira jurídica.

Há quem considera se tratar de um ramo do direito público, tendo em vista que suas regras e formalidades são cumpridas, obrigatoriamente, a partir da atribuição dada pela legislação vigente, independentemente da manifestação de vontade de cada uma das partes.

Percebe-se que o interesse do Estado em relação as famílias assegura que o direito que trata desta temática esteja voltado ao direito público, muito além do que o próprio direito privado, conforme a seguir:

O interesse do Estado pela família faz com que o ramo do direito que disciplina as relações jurídicas que se constituem dentro dela se situe mais perto do direito público que do direito privado. Dentro do direito de família o interesse do Estado é maior do que o individual. Por isso, as normas de direito de família são, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção de particulares (RODRIGUES, 2002, p. 12).

Por outro lado, não se deve deixar de considerar que estas normas de direito de família só são colocadas em prática no momento em que são provocadas pelos litigantes ou simplesmente interessados, de modo que não é papel do Estado a imposição de absolutamente nada, o que traz a tona o debater acerca do caráter jurídico absolutamente privado.

Assim:

o direito de família se destaca nitidamente das restantes partes do direito privado e tende para o direito público. Que venha a se tornar futuramente direito público é algo que se não pode afirmar, mas que sobressai no direito privado é fato que não pode ser posto em dúvida (MONTEIRO, 2003, p. 55).

Mesmo que se considere como um ramo absolutamente decorrente do direito privado, a sua composição de normas que são impostas pelo Estado, terá que ser cumpridas com bastante rigor, evitando qualquer tipo de risco em razão de anulação de atos praticados dada a ausência da observância dos requisitos legais, que por sua vez, originam-se do direito público.

Outro ponto de debate na compreensão do direito de família tange-se na existência ou não de personalidade jurídica. No que diz respeito a esta temática, pacificou-se no sentido de que não há, já que a norma jurídica se mostra taxativa quanto à delimitação do que é e quem tem a personalidade jurídica e, por sua vez, esta não incluiu a família. Portanto, trata-se a personalidade jurídica de um atributo jurídica, absolutamente institucionalizada. A personalidade jurídica transcende o direito privado, assegurando tais garantias às empresas, por exemplo.

O direito de família compreende inúmeros direitos e também deveres, sendo que as normas são de aplicações coletivas, onde tudo aquilo que gera um direito a alguém, evidentemente ocasionará na existência de dever ao outro, como por exemplo, na hipótese do marido ser fiel mostrar-se como um dever, assim como ser um direito da esposa a fidelidade no matrimônio, ponderando que isto também se aplica em sentido contrário.

A compreensão do direito de família é absolutamente relevante no ordenamento jurídico, em razão de conectar-se com todos os demais ramos e campos de compreensão do Direito. Ele se pontua na regulação das relações que possam existir na sociedade. Há uma contundente necessidade em tutelar as “relações existentes diversos membros e as influências que exercem sobre as pessoas e bens (LEITE, 2012, p. 03)”.

Assim, há que se falar da conexão do direito de família com o direito previdenciário, direito das obrigações, direito penal, direito processual, direito fiscal, direito administrativo, eleitoral, dentre outros.

No direito previdenciário, a sua relação com o direito de família se demonstra, por exemplo, por meio da pensão por morte do segurado falecido e que será concedido ao cônjuge, companheiro ou dependente, dentre outros.

Já no direito das obrigações, destacam-se as normas sobre doações, venda de ascendente e descendente, reparação de dano, além da continuidade da locação de bem imóvel residencial, por exemplo.

Quanto ao direito penal, há previsão normativa no que tange a prática de delitos contra casamento, ou ao estado de filiação, a assistência familiar, ao poder familiar, a tutela e a curatela, etc.

O direito processual relaciona-se com o direito de família, especialmente nos assuntos ligados ao impedimento e suspeição de magistrados e serventuários em razão do parentesco com as partes litigantes, além de impedimentos de testemunhas, na remição na execução, no que diz respeito à denominada impenhorabilidade de pequena propriedade rural, ou até mesmo na proteção aos bens em razão da sua impenhorabilidade, caso comprovado o caráter familiar.

No direito fiscal e econômico, aponta-se para as possibilidades de deduções realizadas nos impostos a serem arrecadados em relação aos encargos da família ou dependentes.

O direito eleitoral aponta para o direito de família a partir do momento em que as relações familiares atingem diretamente a questão de inelegibilidades dos eventuais candidatos.

Quanto ao direito administrativo, há a previsão de causas de licença e benefícios aos entes familiares.

O direito de família é de suma importância no ordenamento jurídico vigente, ora que são inúmeras as possibilidades de relações jurídicas que dali decorre e repercutem.

No que diz respeito a esta importância, aponta-se:

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto é considerada, aparece a família como instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado (GONÇALVES, 2011, p. 17).

Trata-se, portanto, de uma base fundamental para o desenvolvimento humano e para sua inserção e organização na esteira social.

No que se refere a esta estrutura familiar, pontua-se que além de ser importante para indivíduo desenvolver-se, é elementar para o Estado e a sociedade em sua manter no mais absoluto equilíbrio.

A Constituição Federal assegura a família como esteio, à base de toda a sociedade, atribuindo direitos a ela, a sociedade e ao Estado em assegurar proteção aos direitos essenciais, conforme podem ser vislumbrado nos artigos¹ 226 e também o 227 que foram inseridos na nota de rodapé.

¹ 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.

O Constituinte afirma, por meio destes artigos, a importância da família como base da sociedade, assegurando o casamento civil, a união estável, os deveres imputados na sociedade conjugal, além do papel no desenvolvimento da prole e este inserido no contexto civil.

Ademais, há uma delegação de atribuições no que diz respeito aos direitos das crianças, adolescentes e jovens como prioridade absoluta, sendo que a sociedade e o Estado, concomitantemente devem assegurar.

Também se destaca o papel da Declaração Universal de Direitos Humanos, que por meio do seu artigo 3º, XVI, traz um aspecto relevante para a compreensão do direito de família, pontuando-a como um núcleo natural e fundamental da sociedade e assim, tem o direito à proteção da sociedade e do Estado.

Nota-se que a família não é uma entidade considerada inerte, sendo que as relações sociais se modificam significativamente a partir do tempo e das mudanças individuais que naturalmente ocorrem.

Anteriormente, acreditava-se que o direito de família e a sua definição se pautava apenas na unidade de laços sanguíneos, estando subordinadas ao poder patriarcal, a partir da existência da figura paterna e da materna, sendo que tais considerações já não se aplicam nos dias atuais.

A partir do advento da atual Constituição Federal, há um verdadeiro rompimento do modelo único até então conhecido e o ordenamento jurídico brasileiro indica novos elementos que estruturavam as relações familiares, até então limitadas pela relação homem e mulher a partir do vínculo matrimonial constituído a partir dos ditames legais.

Assim:

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo

§ 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).

casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação (GONÇALVES, 2011, p. 16).

Um elemento absolutamente relevante inserido no direito de família a partir da Constituição Federal e que se fortaleceu com a vigência do Código Civil do ano de 2002, sem dúvida alguma foi a relevância do afeto, considerando-o como presente nas relações jurídicas familiares, um elemento essencial na existência do próprio modelo família.

Fala-se, inclusive, que o afeto trouxe um caráter considerado indispensável entre todas as relações, destacando como elemento da própria família. A partir do seu entendimento, é possível ainda aferir a existência e o eventual reconhecimento da união estável, onde os integrantes se unem por laços de afetividade, além das questões de guarda e curatela, dentre outros.

O afeto trouxe um novo entendimento do que venha a ser a família nos dias atuais:

Família no sentido amplo são todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos. No sentido restrito é o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (DINIZ, 2010, p. 09).

A família possui um valor jurídico absolutamente relevante e que deve ser respeitado e considerado nas relações familiares e em decisões que envolva todo o direito de família.

Ademais, a presença e reconhecimento da família jamais desconsiderarão os modelos já existentes.

Devem ainda ser consideradas as novas formações e tipos de famílias existentes, mas compreendendo que o modelo de família tradicional será aquele composto por pai, mãe, e grande quantidade de filhos; a família nuclear, sendo pai, mãe e poucos filhos; e a pós-moderna, também conhecida como monoparental, podendo ser formada por um dos pais e seus filhos, o que importa aqui é relação de afinidade e também de afeto.

O conceito de família não deve ser compreendido num viés singular e restrito, mas deve ser analisado de forma ampla, aglutinando todos os seres, respeitando a sua igualdade, dignidade e sua liberdade de escolha, sendo que, este último ponto tem sido discutido frequentemente na sociedade.

Na aferição de um caso concreto, ao notar-se que determinado indivíduo se encontra inserido em um núcleo familiar, independente do tipo como será caracterizada à luz da norma jurídica, vislumbra-se a certeza que este será um sujeito de direitos e também de deveres.

O direito de família surge a partir da necessidade de regulamentação destes deveres e direitos, para assim poder tratar de todas as relações entre os indivíduos do conjunto familiar, independentemente de serem entre cônjuges, companheiros, descendentes e seus ascendentes. Portanto, cada indivíduo desempenha uma função dentro do âmbito familiar.

Evidente que o direito de família tem a função reguladora acerca das relações pessoais, conforme discorrido pelo autor:

Conforme a sua finalidade ou seu objetivo, as normas do direito de família ora regulamentam as relações pessoais entre os cônjuges, ou entre os ascendentes e os descendentes ou entre parentes fora da linha reta; ora disciplinam as relações patrimoniais que se desenvolvem no seio da família, compreendendo as que se passam entre cônjuges, entre pais e filhos, entre tutor e pupilo; ora finalmente assumem a direção das relações assistenciais, e novamente têm em vista os cônjuges entre si, os filhos perante os pais, o tutelado em face do tutor, o interdito diante do seu curador. Relações pessoais, patrimoniais e assistenciais são, portanto, os três setores em que o direito de família atua (GONÇALVES, 2011, p. 19).

A partir destas considerações, é possível considerar que o direito de família atua na regulamentação das relações que envolva as pessoas naturais, os cônjuges, os ascendentes e descendentes, parentes, etc.

O direito de família deve regular as relações entre ascendentes e descendentes, disciplinar as relações que envolvam os interesses destas famílias, assim como direcionar as relações que ocorrem no seio da própria residência.

No que tange o denominado objeto da família e sua ótica no ordenamento jurídico vigente, considera-se que a família tem por objetivo funções que vai muito além da mera reprodução da própria espécie humana, além da criação da prole e

assistência ao seu desenvolvimento. Ela se mostra responsável pela socialização das pessoas na comunidade e inegavelmente em aferir o desenvolvimento de suas potencialidades e aptidões.

Esta compreensão acerca do objeto do direito de família se classifica como um ramo do direito civil e que tem por objetivo principal, evidentemente, a tutela da família.

Acerca destas ideias, há estudos levantados no sentido de que a família é absolutamente relevante no desenvolvimento da prole, enquanto membro da sociedade, tal como almejado pela redação constitucional, que anteriormente foi reproduzida.

Neste sentido:

No entanto, a família, segundo estudos da Fundação Getúlio Vargas, passou a assumir outras funções, para além da reprodução da espécie, a criação e socialização dos filhos e a transmissão do patrimônio cultural, tais como a função econômica, a de conferir status e classificação social de seus membros, a função recreativa, a de assistência e a função de solidariedade. Também, em relação à família extensa de outrora, passou a ser afirmada a família nuclear como a grande responsável da socialização dos filhos e da estabilidade emocional e mental das personalidades adultas, muito em virtude da livre escolha dos parceiros, do maior número de divórcios, da maior mobilidade residencial, do enfraquecimento dos laços de parentesco, da emancipação da mulher, entre outros. A família nuclear, continuam, constitui uma adaptação especializada que acentua valores de desempenho, mobilidade social e solidariedade, em contraposição aos valores da família tradicional extensa que acentuava a permanência, a estabilidade e a continuidade através do nome, da profissão e da herança. A tendência, porém, segundo esses estudos, é considerar essa família nuclear não como uma mera relação de indivíduos, mas como um sistema de papéis (ALBERNAZ; MARQUES, 2009, p. 10403).

Portanto, atualmente a família tem a função e o dever de ofertar aos seus membros a promoção dos valores morais e éticos, para que seus efeitos sejam efetivados em toda a sociedade.

Este estudo do direito de família oferta para a sociedade inúmeras normas e regramentos que visam dispor acerca da tutela de menores em face da relação com os seus genitores, curatela, parentesco, e demais vínculos existentes.

A partir de uma construção doutrinária, o estudo do direito de família se divide em quatro títulos, conforme denotado no Código Civil atual.

O primeiro livro diz respeito ao “direito pessoal”, inserindo-se, inclusive, o casamento e as relações de parentesco.

Já o segundo livro denominado como “direito patrimonial”, repercute o regime de bens entre os cônjuges, a questão do usufruto e administração dos bens e filhos menores, alimentos e bens de família.

O terceiro livro trata da questão da “união estável”, assunto este tão comum na sociedade.

E por fim, o último livro, está relacionado à temática envolvendo guarda e curadoria, mas não menos importante quanto os outros livros, que é a questão da “tutela e curatela”.

O campo de atuação do direito de família insere-se todos os indivíduos que possuem relações em decorrência de vínculos de consanguinidade ou até mesmo em decorrência de afinidades.

Interpretando extensivamente, é de se compreender que o direito de família tutela todas as relações de cônjuges, ascendentes, descendentes, parentescos em linha reta, colateral, afins ou os naturais.

Mas se interpretar no sentido restritivo, este mesmo ramo do direito se incumbe em regular unicamente as relações dos cônjuges, conviventes e sua prole.

Por fim, ressalta-se que a família constitui a base estrutural de qualquer pessoa, exercendo função basilar inclusive no que tange a relação para com o Estado, já que diz respeito ao denominado núcleo essencial para a organização da sociedade, além de ser um instituto sagrado e que merece o mais amplo amparo normativo positivado pelas normas vigentes.

1.2 Breve histórico da família na sociedade

Amplamente narrado no tópico anterior, evidenciou-se que a família é o mais importante instituto existente na vida de qualquer ser humano, atrelando-se ao próprio desenvolvimento.

Ademais, ante a presença dos laços de afeto decorrente das relações familiares, toda a problemática que abrange inclusive a ausência deste sentimento, é capaz de ocasionar inúmeros conflitos que se inserem no direito.

Os mais variados relatos apontam que desde que “o mundo é mundo”, já se falavam no esboço da família, evidente que não se comparava a organização existente nos dias atuais, além de sequer haver o direito hábil e eficiente a ponto de se materializar nos conflitos jurídicos que eventualmente pudessem acontecer ao longo do tempo.

Além disso, ao longo da história levantou-se inúmeras teorias acerca das primeiras famílias. Todavia, a única que se comprovou até o momento é de que na maior parte da história, a família foi regida pelo modelo considerado patriarcal, já mencionado anteriormente.

Acerca do modo de vivência das famílias, denotava-se que elas viviam a partir das vontades, dos desejos, além da influência da cultura que eram impostas e também herdadas, sendo que na maioria das vezes, o modo familiar correto era aquela dotada do sistema patriarcal.

Curiosamente, aponta-se que em determinado momento histórico, também ocorreu à existência do poder matriarcal:

Basicamente a família segundo Homero, firmou sua organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador do pai. Após surgiu a teoria de que os primeiros homens teriam vivido em hordas promíscuas, unindo-se ao outro sexo sem vínculos civis ou sociais. Posteriormente, organizou-se a sociedade em tribos, evidenciando a base da família em torno da mulher, dando origem ao patriarcado. O pai poderia até ser desconhecido. Os filhos e parentes tomavam as normas e nome da mãe (MEDEIROS, 1997, p. 31-32).

Neste período, a família se fundamentou no poder das mães, não se perpetuando na história, as mesmas que aplicavam as regras, assim como todas as normas que imperiosamente deveriam ser seguida por todos os membros que compusessem aquele determinado núcleo familiar, sendo que eventual desobediência acarretaria em punições severas, assim como a possibilidade de haver grande reprovação de toda a sociedade. Fala-se que neste curto período histórico em que se reconheceu o poder matriarcal, grandes foram às influências no modo de se administrar um núcleo familiar.

Por sua vez, o direito romano consagrou a família patriarcal, assim como grande parte de toda a história da humanidade, dando ao homem o pátrio poder, conforme a seguir:

No direito romano a base da família era patriarcal sendo que o pai detinha o poder sobre os seus filhos, netos, sua esposa, a esposa de seus filhos e de seus netos, sendo que quem detinha o pátrio poder também era o responsável pelas finanças, pois não existia o patrimônio da família, mas sim o patrimônio do “*pater familis*”. A família romana era comandada pelo ascendente comum mais velho, ou seja, o homem mais velho da família detinha o poder do *pater* família, sendo que este poder deveria ser exercido na questão religiosa, pois a família deveria seguir a religião e crenças do *pater*. Na questão econômica o *pater* que detinha todos os bens da família, sendo que na política o senado romano era composto pela reunião dos chefes de famílias (VIRGILIO; GONÇALVES, 2013, p. 02).

O denominado *pater* exercia cumulativamente a função de chefe político, sacerdote e também de magistrado.

Já a família romana, conforme demonstrado na citação anterior, era comandada por um titular mais velho, a partir do cumprimento de uma série de aspectos religiosos então relevantes, sendo que, este também atuaria nos aspectos econômicos sobre todos os bens familiares.

Sempre que ocorria a formação de um novo núcleo familiar, as pessoas que a formavam viviam de acordo com os costumes e valores imputador em cada época da história, sendo que em alguns períodos aceitava-se a relação incestuosa, uma prática tida como algo absolutamente normal, mas que nos dias atuais é motivo de imensa repulsa coletiva.

Com o tempo, a ideia de família foi se alterando para os ramos, admitindo-se a possibilidade de abuso de poder do *pater*, cabendo a substituição para a mãe, de modo que ela quem exerceria a guarda dos filhos para si e teria direito a herança, caso este não tivesse descendentes e irmãos (VIRGILIO; GONÇALVES, 2013, p. 03).

Outro ponto relevante acerca das considerações envolvendo a origem do direito de família centraliza-se no direito canônico, que traz a ideia de que o homem deixaria a sua família originária, unindo-se a mulher, com o intuito de se unir e formar uma nova família, cuja finalidade central seria a de procriação.

O direito canônico que decorre da igreja, sendo que seu surgimento relaciona-se a possibilidade de deliberações não previstas pelo direito, mas que eram essenciais para a existência do poder eclesiástico.

Mas com o tempo, a igreja percebeu que inúmeros eram os assuntos que possuía interesse, necessitando imperiosamente legislar, inclusive a tutela abrangendo as famílias. Trata-se de um direito considerado absoluto, cujas normas influenciaram a origem do Direito no próprio Brasil.

Acerca dos direitos absolutos, expõe-se:

O direito Canônico durante a idade média foi absoluto e segundo este direito o único casamento reconhecido é o casamento religioso, que era considerado um sacramento, que para ser celebrado deveria ter o consentimento das partes. Sendo que com o passar dos tempos à igreja começou a estabelecer impedimentos como o consenso dos nubentes e as relações sexuais voluntárias (VIRGILIO; GONÇALVES, 2013, p. 03).

Deixando de lado a relevância canônica, nota-se que no passado, nas hipóteses onde haviam as consideradas famílias por grupos, era praticamente impossível saber quem de fato seria o pai da criança gerada, ante a real existência de trocas de casais, onde apenas a maternidade era atestada e reconhecida, visto que era comum e absolutamente aceitável a mulher se relacionar com diversos homens ali existentes.

A história ainda aponta para a existência do modelo familiar considerado como “família pré-monogâmica”, em que a mulher passou a se relacionar com apenas um homem, se tornando absolutamente uma propriedade deste. Houve, inclusive, a inversão dos valores neste período, já que era vedado a mulher ter vários parceiros, ora que devia fidelidade e honra apenas ao seu titular. Diferentemente ocorria com o homem, onde era normal ele possuir relacionamento com diversas mulheres, falando-se em relacionamentos poligâmicos, o que inclusive contribuía para a construção de sua “boa-fama” perante os demais homens do período (WALD, 2002, p.31).

Em relação ao casamento, constituído pelo matrimônio, ele se tornou um marco no período monogâmico, já que era uma forma do homem manter para si uma esposa, “titularizar a sua propriedade”.

Em sentido contrário, o divórcio, por sua vez, se tornou um direito apenas do homem, para situações onde a mulher não pudesse procriar, ensejando, assim, a anulação do matrimônio então contraído:

Tendo sido o casamento contratado apenas para perpetuar a família, parece justo que pudesse anular-se no caso de esterilidade da mulher. O divórcio, para este caso, foi sempre, entre os antigos, um direito; é mesmo possível tenha sido até obrigação. Na Índia, a religião prescrevia que “a mulher estéril fosse substituída ao fim de oito anos”. Nenhum texto formal nos prova ter sido este mesmo dever obrigatório, igualmente na Grécia e em Roma. Todavia, Heródoto cita-nos dois reis de Espanha que foram obrigados a repudiar as suas mulheres porque estas se mostravam estéreis (COLULANGES, 1998, p. 47).

No passado, a família tinha o objetivo de procriação e até mesmo a conservação de seus próprios bens, especialmente no que diz respeito a herança, bens e um esboço do que seria o direito de sucessões, consagrados amplamente na Constituição Federal e Código Civil Brasileiro atual.

A história aponta para uma ampla distinção entre o tratamento assegurado ao homem e a mulher. Consideravelmente desvalorizado, prologando-se assim durante muitos anos, resultando na mais plena desigualdade persistente ainda nos dias atuais.

Esta desvalorização era tanta, que em muitos casos, quando a filha mulher se casava, deixava de fazer parte da família de origem, integrando-se apenas a família do seu marido. Em relação a sucessão de bens, poderia até existir uma relação afetuosa entre o patriarca e a filha mulher, mas se ela contraísse o matrimônio, jamais poderia herdar bens, ficando estes, exclusivamente aos filhos do sexo masculino.

Nota-se que ao longo da história da humanidade, o direito de família centralizou-se, na maior parte do tempo, na figura masculina, sendo que a lei atribuiu inúmeras garantias aos homens, diferente do que ocorria com as mulheres, o que evidenciou para indícios de uma sociedade machista.

1.2.1 A família no contexto jurídico positivo brasileiro

No tópico anterior demonstrou-se que desde a origem da humanidade os modelos familiares já existiam, mas careciam de uma regulamentação, de normas de direito capazes de pacificar os conflitos que emergissem.

É certo que a sociedade vivia a partir de seus costumes e valores imputados em cada momento histórico, sendo que por muito tempo, as famílias eram originadas pelas relações sexuais entre pais e seus filhos ou até mesmo entre irmãs e irmãos. Mesmo havendo referidas relações entre os membros familiares, não se apontava para a existência de relações incestuosas.

Além disso, havia inúmeros grupos de homens e mulheres que se pertenciam reciprocamente, além de não se mensurar a existência de ciúmes. A existência da poligamia era algo comum, natural na sociedade daquele período.

Inegavelmente, o ser humano sempre demonstrou a mais ampla necessidade de se relacionar e de viver em grupos ou comunidades. Portanto, considera-se não se falar em vida, sem que exista um amplo desenvolvimento das relações entre seus semelhantes. A origem das famílias decorre da mais pura necessidade de se viver conjuntamente.

No que diz respeito à constituição da família brasileira, persiste a forte influência de Portugal, em razão das normas, cultura e religiosidade que lhe fora imposta ao longo do processo de colonização.

A história retrata a ampla relação existente entre o Brasil e sua origem colonizadora que foi Portugal.

Destaca-se que em 1822, ano da independência do Brasil, vigorava as Ordenações Filipinas, também chamadas de código Filipino. “As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio” (GONÇALVES, 2011, p. 32).

Ademais, acerca das ordenações Filipinas, denota-se que as mesmas admitiam o casamento na igreja ou até mesmo fora desta, a partir do regime de bens da comunhão universal:

Após o auge do direito canônico surgem no Brasil às ordenações Filipinas que admitem o casamento na igreja ou com licença especial fora desta desde que já tenha havido cópula, ou quando marido e mulher são assim publicamente reconhecidos, por já estarem morando juntos há muito tempo. Com as ordenações Filipinas o casamento continuou a ser indissolúvel, Sendo que o

regime de bens admitido na época era o regime de bens da comunhão universal de bens, ou seja, aquele em que o patrimônio do homem e o patrimônio da mulher vêm a formar um só patrimônio sendo este cinquenta por cento de cada um (VIRGILIO; GONÇALVES, 2013, p. 03).

Evidente que o marco inicial das famílias ocorria a partir do casamento religioso, muito parecido com contratos particulares entre as famílias dos cônjuges, sendo que, em muitos casos, o casamento era “arranjado”, sem considerar a autonomia da vontade do próprio casal. Os pais da noiva e do noivo acordavam entre si, sem a anuência da esposa.

Conforme já demonstrado, o instituto da família era formado pela predominância da família patriarcal. O pai possuía o poder de liderança da família, ditando as regras no âmbito familiar, coordenando a família, de modo que cabia à mulher e aos filhos a obediência.

Em relação aos filhos, eles eram detentores do poder de obediência aos pais, não podendo demonstrar de forma livre as suas escolhas e ideias. Havendo hipótese da prole não ser fruto da relação matrimonial, teria este que se acostumar a viver com o descaso e o não reconhecimento.

Neste período, não se falava na hipótese de dignidade da pessoa humana e muito menos na tutela dos direitos fundamentais, tais com a igualdade e a liberdade. Os direitos que hoje são positivados e/ou aceitos, tais como o divórcio, a igualdade entre os companheiros/cônjuges, as famílias monoparentais e uniões homoafetiva, não eram sequer imagináveis.

Denota-se que a proclamação da República no Brasil no ano de 1889 contribuiu para a ocorrência de uma desvinculação da Igreja com o Estado, que na prática não foi total, sendo que nesta ocasião se instituiu o casamento civil, mas ainda indissolúvel (WALD, 1990, p. 31). Portanto, houve uma adequação do modelo legislativo, pautando-o na positivação do direito pela norma.

Posteriormente, o Código Civil de 1916 trouxe positivada a relação que existia naquela época, de acordo com os costumes locais, que tinha na figura do homem o chefe da família, por exemplo.

A família, uma instituição natural, também é fruto de uma construção social, pois sua constituição e tutela sofrem alterações conforme conjunturas e transformações de uma sociedade. No

Código Civil de 1916, fruto dos valores liberais do século XIX, o direito de família tutelava o casamento, como instrumento de constituição da família legítima, sancionava o patriarcalismo doméstico, manifestado pelo exercício pelo homem da chefia na sociedade conjugal e pelo pátrio poder e protegia a ordem moral daquele tempo através da ilegitimidade da filiação havida dos limites daquela instituição. Esta proteção refletia um “aburguesamento” das entidades familiares, fruto da família baseada na ideia de indivíduo, na vigência da moral cristã e num ideal de “família-padrão” (nuclearizada, patrimonializada e patriarcal) (MEIRELLES; FERNANDES, 2010, p.1430).

O Código Civil de 1916 reconhecia apenas a existência da família legítima, constituída pelo matrimônio, onde todas as relações não previstas em lei eram desconsideradas pelo Estado, evidenciando o papel do homem como o verdadeiro chefe da família.

Com o tempo, diversos fatores que contribuíam para que existisse uma família fora do casamento regulamentado pela norma jurídica. Dentre estes fatores, destacaram-se o casamento religioso sem efeito no civil e também a proibição de casamento por pessoas desquitadas.

Qualquer relação que fosse mantida fora da constância do casamento seria considerada como adultério. Quanto aos filhos concebidos destas relações “adulteras”, seriam denominados como ilegítimos ou adulterinos.

Mas, por outro lado, os filhos poderiam ser reconhecidos se o pai assim desejasse:

No que diz respeito à presunção pater is est, no início, predominou a exegese estrita do código Civil de 1916. Desse modo, somente a contestação de paternidade realizada pelo marido seria apta a desfazer a presunção de paternidade de filho adulterino a matre, desde que nas hipóteses e no prazo legal (FACHIN, 2003, p. 12).

Esta regra normativa contribuiu para o crescente número de relações concubinárias, tornando-a desatualizada perante o contexto social existente, o que ensejou na necessidade de renovação da norma jurídica, ora que o direito de família não poderia desamparar ninguém, tal como estava ocorrendo.

Acerca da relação concubinária, define-se como aquela relação ausente de matrimônio para o casal que vive como marido e mulher, sendo que atualmente se aceita inclusive a relação entre pessoas do mesmo sexo.

Interliga-se referida definição com a de união estável, livre, sendo que para sua caracterização, aponta-se para a necessidade de demonstração prolongada devida conjunta, cuja aparência seja de casamento. “Simples relações sexuais, ainda que repetidas por largo espaço de tempo, não constituem concubinato, que é manifestação aparente de casamento, vivendo os dois entes sob o mesmo teto, como se fossem casados (MOTEIRO, 2003, p. 15)”.

Com a vigência do Código Civil de 1916, não houve modificações relevantes acerca da positivação do instituto das famílias, regendo-se pelo pátrio poder, onde o homem era considerado o verdadeiro chefe do núcleo familiar, cabendo submissão de sua esposa e da prole. Além disso, não se considerava as hipóteses relações extraconjugais para efeitos legais e nem mesmo filhos gerados fora do casamento, embora socialmente tais relações fossem um fato considerável.

Com isso, verifica-se o autor:

Basta dizer, apenas como introito, que esse Código, entrando em vigor no século XX, mas com todas as ideias ancoradas no século anterior, em momento algum preocupou-se com os direitos da filiação havida fora do casamento e com as uniões sem matrimônio, em um Brasil cuja maioria da população encontra-se nessa situação. Era um código tecnicamente muito bem feito, mas nascera socialmente defasado (VENOSA, 2011, p.6).

Percebeu-se ao longo dos anos que, muito embora o Código Civil de 1916 tenha sido bem escrito e apresentado importantes normatizações sobre os mais variados assuntos, na prática não atendeu a realidade das famílias brasileiras, sendo que todas as modificações e transformações ocorreram graças à jurisprudência.

O Código Civil foi se renovando ao longo dos anos, mas a partir da vigência de leis esparsas, tais como a Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962, que tratava da que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada e alterava para melhor sua posição dentro do matrimônio, e também a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que instituiu o divórcio e assim regularizou a situação jurídica

dos descasados, efetivamente discutiu-se transformações no âmbito do direito de família e sua maior aplicabilidade.

Não restaram dúvidas da necessidade de adequação da norma jurídica em face da realidade social. A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe significativas modificações quanto a ordem e valores no âmbito de atuação e aplicação do direito de família.

Percebe-se que a CF/88 foi um marco. “A Constituição de 1988 representou, sem dúvida, o grande divisor de águas do direito privado, especialmente, mas não exclusivamente, nas normas do direito de família (VENOSA, 2011, p.7)”.

Um dos principais pontos de destaques da atual Constituição, então promulgada, diz respeito acerca da tutela dos direitos fundamentais, onde se entendeu o ser humano a partir do respeito e consagração acerca da sua essência, da sua dignidade, da liberdade e também do respeito, não havendo qualquer tipo de distinção entre homem e mulher, ou seja, prevalecendo a igualdade entre os indivíduos independente da identidade de gênero; das liberdades e proteção aos direitos das mulheres; o reconhecimento de união estável; além da igualdade entre todos os filhos, independente de ser gerado fora da constância do matrimônio.

Na atual Constituição, fala-se da proteção e equilíbrio ao instituto familiar, que já não se adequava mais ao modelo patriarcal existentes nos séculos XIX e XX, em que o homem, figura paterna, figurava como o chefe do poder, e a mãe e os filhos como meros subordinados e cumpridores das regras que lhe fossem impostas.

A CF/88 entendeu e compreendeu o instituto familiar como um conjunto de indivíduos unidos por laços de afeto e com o objetivo de comunhão de vidas, desempenhando função promocional e social no direito brasileiro.

A Constituição Federal foi responsável por significativas modificações acerca da aplicação do direito de família, pautando-se como base para a reestruturação do direito civil que cominou na positivação trazida no Código Civil de 2002.

A adequação da legislação acerca do direito de família em face da nova realidade existente na sociedade, destacou-se a partir da Constituição Federal de

1988, especialmente na redação do artigo 226, § 3º, ocasião em que se reconheceu a União Estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, além da família monoparental.

Em outras palavras, destaca-se que a Constituição trouxe uma proteção igualitária entre todos os seus membros, independente de serem os membros da união ou os seus descendentes.

O Art. 226 da CF/88 traz significativas mudanças na norma jurídica, que revolucionaram o direito de família brasileira, conforme já exposto.

De plano, destaca-se a consagração do instituto da família como a base da sociedade, cabendo-lhe a positivação no que tange a sua proteção.

Em relação ao matrimônio, positivou-se que o casamento seria uma união civil e gratuita. Caso fosse apenas uma cerimônia religiosa, também teria os seus efeitos civis nos termos da lei.

No que se refere à união estável, o seu reconhecimento perante a lei, foi importante avanço normativo. Ocorre que na redação da Constituição, só havia previsão se tratando de homem e mulher, fato este que se modificou ao longo dos anos, ora que a jurisprudência do próprio STF se posicionou no sentido de ser possível este instituto, se tratando de relação de pessoas do mesmo sexo, conforme ADI 4277.

Acerca do conceito de família, foi reconhecida como entidade familiar a formada por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como os direitos e deveres inerentes a sociedade conjugal, atribuídos igualmente aos homens e mulheres.

Destacou ainda a Constituição, conforme redação do artigo 226, a possibilidade de divórcio, assim como a necessidade de paternidade responsável e planejada, assim como a assistência.

A partir de referidos pontos apontados na Carta Constitucional, inúmeros foram os outros motivos que ensejaram na criação de leis que atualmente encontram-se vigentes, assim como serviram de base interpretativa para a aplicação da jurisprudência e da doutrina.

No ano de 1992, a Lei n.º 8.560, de 29 de dezembro, passou a vigorar tratando acerca da investigação de paternidade e o registro de nascimento de filhos gerado fora da constância do casamento.

No ano de 1994, a Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro, dispôs acerca dos alimentos, atribuindo a obrigação e também a sucessão aos companheiros que comprovassem estar juntos há mais de 5 (cinco) anos ou que tivesse filhos em comum.

Mais tarde, em 1996, a Lei n.º 9.278, de 10 de maio, regulou a união estável, ampliando o seu conceito, a partir do momento em que tratou de qualquer relação de convivência entre um homem e uma mulher, havendo ânimos duradouros, público e contínuo, com a finalidade de constituir uma família, independente de filhos em comum, passasse a ser reconhecida como entidade familiar.

Ao longo dos anos, o conceito de família sofreu significativas e relevantes transformações:

Elemento que contribuiu para a mudança da concepção familiar no século XVIII foi a incursão feminina que teve o condão de desnaturar a soberania patriarcal. Após a Revolução Francesa e respeitando os ditames da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o casamento sofreu transformação ao passo em que perdeu sua conotação divina e se tornou um contrato firmado entre homem e mulher; com a adoção do divórcio, persiste enquanto apoiado no amor (DINIZ, 2009, p.845).

É evidente que mesmo havendo inúmeras e significativas mudanças acerca do conceito de família, ante o impacto dos costumes, tradições e influências sociais, a mesma sempre será a base de todo ser humano, sendo o lugar onde pode se encontrar educação e aprender valores essenciais para o convívio em sociedade.

1.3 Princípios Constitucionais do Direito de Família

Acerca da análise dos princípios no âmbito de aplicação de todo o direito, observa-se que os mesmos exercem o papel de direção, bem como a situação fática e com força normativa absolutamente relevante.

Ademais, urge-se a distinção entre regra e princípio, que no tocante ao conteúdo, o primeiro possui menor valor; quanto a origem e função, as regras são derivadas de outras regras e os princípios já existem por si só, e na função, o último não possui uma função justificadora; eles possuem compromisso histórico

distinto, enquanto a regra relaciona-se ao conteúdo e o princípio são absolutos e permanentes; na estrutura, os princípios são aplicados em números indeterminados de circunstâncias, enquanto as regras são limitadas; na imperatividade, denota-se que as regras visam uma aplicabilidade técnica e burocrática, ora que os princípios demandam apenas um vigor argumentativo; e por fim, na aplicação as regras só são válidas e se aplicam ou não se aplica por serem inválidas, ou seja, não são aceitas gradações, enquanto os princípios necessitam o cumprimento de medidas possíveis que aceitem a sua aplicação (BARCELLOS, 2002, p. 47).

Enquanto as normas se aplicam a partir da ocorrência de submissão, os princípios são aplicados a partir da existência da ponderação, que denota e remete ao amplo sentido para o equilíbrio da razão.

Portanto, compreende-se que “os princípios, nesta perspectiva, são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade (BONAVIDES, 2002, p. 228)”.

Não obstante, os princípios, assegurados a partir de sua força normativa, amparam as decisões e entendimentos em todo o Direito.

A Constituição Federal propriamente dita assegura-se a sua redação amparada a partir da efetividade e aplicação de inúmeros princípios, destacando, dentre eles, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que sem dúvida alguma, é entendido como um princípio fundamental.

Os princípios remetem-se aos valores predominantes em toda a sociedade, já que se vincula diretamente ou indiretamente nas relações entre as pessoas. Todos os princípios, portanto, devem ser observados e efetivados, sendo que a sua eventual violação representa a desarmonia que possa ocorrer dentro do ordenamento jurídico.

Acerca dos princípios, dispõe:

Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque tem alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização. Possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam. Devem ter conteúdo de validade universal. Consagram valores

generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios (DIAS, 2009, p. 57).

No Direito de Família, os princípios asseguram as relações do convívio familiar, em que se busca a melhor convivência, desenvolvimento e bem-estar dos indivíduos que a compõe.

Como já mencionado, o princípio da dignidade da pessoa humana é basilar em todo o Direito posto, o qual está presente em qualquer esfera da jurisdição, ante a sua importância prevista no teor do art. 1º, III, da Constituição Federal. Ademais, fala-se ainda na ocorrência dos princípios, tais como, o da liberdade; da igualdade; do pluralismo das entidades familiares; da consagração do poder familiar; do “*ratio*” do matrimônio e da união estável e, por fim, mas, não menos importante, o princípio da afetividade e da solidariedade.

Ressaltando o princípio da dignidade da pessoa humana, que é essencial na acepção da norma jurídica e da vivência do homem como ente social, a sua previsão está proclamada na redação Constitucional, especialmente no texto do artigo 1º, inciso III, tem importância relevante, ante ser considerado como o princípio matriz, base dos direitos fundamentais humanos.

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

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

Além do mais, o princípio da dignidade da pessoa humana é assegurado em todas as relações jurídicas, não se falando em delimitação de palavras no que tange a extensão desse princípio, difícil é dar-lhe um conceito absoluto. “Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão (DIAS, 2009, p. 61)”.

Outrossim, urge-se que o direito de família está relacionado ao surgimento e desenvolvimento do ser humano, tendo em vista que ele se compõe do conjunto familiar. “O direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito” (GONÇALVES, 2011, p. 22).

Na compreensão do direito de família, analisar e entender o indivíduo e seus relacionamentos adota-se como base essencial, em qualquer esfera do direito e, principalmente no direito de família, o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que apesar de previsto na Constituição Federal, é reafirmado todas as vezes em inúmeros momentos, como a seguir:

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

[...]

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

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).

O princípio da dignidade da pessoa humana tem o papel basilar no direito, compondo todos os demais princípios e normas existentes, sendo que a dignidade é algo que cada pessoa carrega consigo, o que o torna como um ser digno ao direito, tais como a vida, liberdade, igualdade, ser respeitado em sua essência, ter direito ao mínimo existencial, além de ser titular dos mais diversificados direitos e deveres.

Este princípio quando aplicado no direito de família assegura todo o progresso na esfera familiar e de seus indivíduos, representando o núcleo para o desenvolvimento da personalidade. Deste modo, o princípio da dignidade da pessoa humana é “a garantia do pleno desenvolvimento dos membros da comunidade familiar (DINIZ, 2009, p. 25)”.

Assim:

A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à

dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. (GONÇALVES, 2011, p. 22)

A dignidade da pessoa humana na função principiológica objetiva a garantia do pleno desenvolvimento do conjunto familiar de forma digna, observando sempre os valores essenciais, como, por exemplo, o respeito, a igualdade, a união, confiança, a intenção de constituição de família, o afeto, o cumprimento dos deveres de cada indivíduo e o exercício de seus direitos. Deste modo, referido direito busca formar indivíduos aptos à conviverem não só em âmbito familiar mas, prontos para a vida em sociedade.

No tocante ao princípio a liberdade, que também se aplica no direito de família, tal como o princípio da dignidade da pessoa humana, está consagrado no artigo 5º da Constituição Federal, garantindo a liberdade a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.

O texto da Constituição Federal dispõe de norma de premissa maior, onde as demais se adequam ao seu conteúdo. O mesmo aconteceu com o Código Civil, destacando que no âmbito familiar, se adequou a todos os dispositivos em razão da liberdade garantida ao indivíduo. Com isso, o princípio da liberdade exerce a representação da autonomia familiar, constituindo o livre planejamento.

Além do mais, juntamente com o livre planejamento, a livre escolha do arranjo familiar interliga-se, não sendo mais necessário que a formação familiar seja por meio de pai, mãe e seus filhos, tal como ocorre, por exemplo, com a entidade familiar monoparental, cada vez mais frequente na sociedade, e que é composta por um dos pais e seus filhos.

Ante a existência do princípio da liberdade, cita-se a possibilidade de livre escolha matrimonial do regime de bens, que é a forma como se dispõe do patrimônio familiar e a liberdade de formação da prole, em caráter educacional, religioso e também de cunho cultural.

Em razão desta questão acerca da liberdade no esteio familiar, discorre-se a seguir:

A liberdade floresceu na relação familiar e redimensionou o conteúdo da autoridade parental ao consagrar os laços de

solidariedade entre pais e filhos, bem como a igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do poder familiar voltada ao melhor interesse do filho (DIAS, 2009, p. 63).

Dada à existência do princípio da liberdade, nota-se que os filhos, ou seja, a criança e o adolescente também se encontram respaldados ante a previsão legal em razão do direito à liberdade.

A Constituição Federal evidencia no artigo 227, o dever da família e da sociedade em tutelar a criança quanto à sua liberdade, já que ela é sujeito de direitos e deveres, em plena formação de sua personalidade e livre para expor suas vontades e pensamentos.

Portanto, a liberdade como princípio de direito de família traz a interação familiar, sendo um direito fundamental e indisponível, como forma de se assegurar o exercício regular da entidade familiar, fornecendo ao indivíduo a liberdade de escolhas, que de certa forma constitui a sua personalidade e desenvoltura social, configurando-se, também, como o direito à igualdade.

Já no que se refere ao princípio da igualdade, seu papel é de atribuir o encerramento ao poder patriarcal que existiu, ora que na atualidade, deve as decisões no âmbito da familiar, serem definidas a partir do comum acordo entre os integrantes do determinado núcleo.

Esta igualdade advinda das bases principiológicas, respalda-se na Constituição Federal, direcionando-se aos direitos e deveres da relação conjugal, devendo estes ser desempenhados de forma absolutamente igualitária entre os homens e também pelas mulheres.

Portanto, a responsabilidade do poder familiar, a partir do entendimento decorrente do princípio da igualdade, se apresenta igualitariamente entre os cônjuges ou companheiros, não havendo qualquer forma de distinção. “Os cônjuges devem exercer conjuntamente os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal, não podendo um cercear o exercício do outro (DINIZ, 2010, p. 20)”.

Com isso, pode-se dizer, por exemplo, que a falsa ideia de subordinação da mulher em relação ao homem não existe mais, ante a aplicação do princípio da igualdade, devendo esta relação ser edificada por decisões conjuntas, que visem o melhor interesse do casal e dos filhos. Outra situação diz respeito ao casal

quanto à escolha do planejamento familiar, não podendo o Estado ou qualquer outro tipo de instituição, privada ou pública, interferir em suas decisões. Ressalta-se que ao Estado, caberá somente fornecer os recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, de acordo com o artigo 1.565 do Código Civil Brasileiro:

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

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

O princípio da igualdade se aplica também no que diz respeito à prole, ainda que esse princípio deva fazer parte para todos os membros da família. A igualdade veda qualquer forma de discriminação entre os filhos havidos ou não da relação conjugal ou por adoção, de acordo com o artigo 227, parágrafo 6º, da CF/88: “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”, e também no artigo 1.596 a 1629 do Código Civil.

Por fim, deve-se entender que igualdade exercida pelos cônjuges ou companheiros, que em comum consenso decidem pela formação familiar, compartilha dos cuidados com os filhos, exercidos com mútua colaboração, respaldada de solidariedade e respeitando as diferenças, irá resultar em uma formação justa.

No que tange o princípio da afetividade, percebe-se que o afeto é importante instrumento que contribui para que haja ligação nos vínculos familiares. Nesse sentido, o afeto exerce papel fundamental para a manutenção da instituição familiar.

Vale ressaltar que na atual Constituição Federal, não há uma regulamentação jurídica acerca do afeto, mas há que se falar que se trata de um direito ligado a personalidade do homem:

Pondera-se que o afeto se fundamenta dentro do aparato considerado pela moral do indivíduo e também nas relações interpessoais.

Além do mais, ele se fundamenta num elemento essencial e indispensável na busca por felicidade, sendo que qualquer desconsideração, viola a dignidade da pessoa humana.

Outro princípio que deve ser destacado é o do afeto, que evidencia que as relações familiares devem ser fundamentadas no sentimento de afeto e respeito, que é um elemento indispensável para o desenvolvimento dos filhos e até mesmo para se alcançar a plena felicidade, ora que é um direito personalíssimo e que deve ser protegido.

O Estado pode interpretar o afeto como um instrumento basilar nas relações familiares, mas não pode impô-lo e nem colocar condições que interfira nessa relação. Trata-se de um elemento indispensável, mas que não há meio de obrigar a exercê-lo.

Espera-se ao menos nas relações de Direito de Família, que mesmo nos casos onde os pais não possuem ligações com os filhos, que ao menos os acompanhe nas relações ligadas ao desenvolvimento.

Decerto o princípio da afetividade, entendido este como o mandamento axiológico fundado no sentimento protetor da ternura, da dedicação tutorial e das paixões naturais, não possui previsão legal específica na legislação pátria. Sua extração é feita de diversos outros princípios, como o da proteção integral e o da dignidade da pessoa humana, este também fundamento da República Federativa do Brasil (NUNES, 2014, p. 56).

Nesse sentido, tem-se que o princípio da afetividade está ligado aos sentimentos de ternura que se espera consagrar nas relações familiares, tuteladas pelo Direito de Família. Indo além, mensura-se:

Com amparo nas relações constituídas e embasadas no afeto, já se defende a família formada por pessoas que se vinculam de forma sentimental e praticamente sob os mesmos propósitos fraternos da família tradicional, sem entretanto, estarem vinculadas necessariamente, à presença da ascendência paterna ou materna (ANGELUCI, 2006, p. 36).

O afeto também pode ser considerado como um instrumento de garantia e proteção acerca da dignidade da pessoa humana, que é o fundamento da República Federativa do Brasil.

O pluralismo das entidades familiares é outro princípio do direito de família e que remete acerca do entendimento da entidade familiar na atualidade, não importando a sua forma de constituição, mas sim a intenção de formar uma família. O princípio do pluralismo das entidades familiares traduz os diversos tipos de formação de família existentes, sendo que dentre elas, aponta-se especialmente para as famílias constituídas por união matrimonial ou extramatrimonial; as famílias constituídas por famílias formadas por um dos genitores e seus filhos, conhecidas como monoparental ou entre as diversas combinações que possam existir. Reitera-se que a importância decorre no sentimento de afeto, tão importante no direito de família, aplicado como princípio, já mencionado, além dos sentimentos de confiança, solidariedade e respeito inseridos no indivíduo, interligando-se na intenção de constituir uma família.

Implicitamente, o pluralismo remete a ideia de que em se tratando do ser humano, não há fórmulas e resultados exatos, devendo-se entender que o ser humano muda constantemente e em especial no direito de família.

Além do mais, nota-se que os denominados arranjos e combinações podem ser modificados diversas vezes, de acordo com a influência advinda das culturas, crenças, estilos de vida, entendimento social e com o próprio tempo. É certo que a mudança faz parte da essência do homem, cabendo a ele o direito assegurar a preservação da sua dignidade, da sua liberdade, para que assim, seja tomada as suas decisões ao que melhor lhe convir, respeitando e sendo respeitado de maneira igualitária, podendo planejar a sua formação familiar ao seu entendimento.

Tanto a legislação positivada, assim como o Poder Judiciário, fica o dever de se evoluir e se adaptar ao indivíduo e a sociedade a qual se faz parte. Com isso, é de se considerar que o denominado princípio do pluralismo advindo das entidades familiares é compreendido como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades e também de arranjos familiares.

A consagração das diversas entidades familiares pelo Estado tem pontual importância para que o direito não se faça omissivo a nenhum indivíduo. Além do

mais, estas entidades são amparadas pelo Poder Judiciário e podendo recorrer a ele quando entender necessário.

Ainda no que tange a consagração do poder familiar, este é também assegurado como princípio de direito de família, sendo que o reconhecimento e valorização do poder familiar, na antiguidade eram assegurados apenas ao chefe de família, chamado de *pater* poder. Esse papel era desenvolvido pelo marido, o qual decidia sobre todos os assuntos relacionados à mulher e aos filhos (NOGUEIRA, 2001, p. 20).

A partir do advento da atual Constituição, o poder familiar passou a ser exercido por ambos os cônjuges ou companheiros e sempre visando pelo melhor desenvolvimento da criança ou do adolescente.

Este posicionamento está descrito e positivado no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, que no seu artigo 21 mensura:

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.

Dada à aplicação deste princípio direcionado aos que exercem o poder familiar, cabe à responsabilidade do melhor desenvolvimento do indivíduo em formação, ou seja, atribui-se aos genitores ou seus responsáveis que se encontram em posse do poder familiar, a responsabilização acerca dos cuidados, do dever legal de amparo, da dedicação aos filhos, para que estes cresçam com dignidade e possam desenvolver o seu caráter e personalidade, prontos para exercer a vida adulta e inserida no contexto social.

Na consagração do poder familiar, o poder é revestido da responsabilização, não sendo uma faculdade, mas sim um dever, ou seja, de um “poder-dever” (DINIZ, 2002, p. 21).

A regulamentação jurídica e normativa acerca do poder familiar, pode ser vislumbrada dentre os artigos 1630 a 1638 do Código Civil Brasileiro. Dentre os artigos 1.630 até 1.633, trata-se o Código Civil acerca de disposições gerais, enquanto o artigo 1.634 fala do exercício do poder familiar, e por fim, o artigo

1.635 até o artigo 1.638 do mesmo códex pontua as causas suspensiva e extintivas do poder familiar.

Assegura-se aos cônjuges ou companheiros, o desempenho de maneira igualitária o exercício do poder familiar, cabendo aos filhos menores sujeitos a esse poder.

Na iminente falta de acordo entre eles, poderão recorrer ao judiciário, cabendo ao juiz à decisão entender ser melhor ao menor.

O divórcio não é motivo pela perda do poder familiar, já que ele é constituído por meio de filiação e paternidade, entendimento esse que, se encontra consagrado no artigo 1.636 do Código Civil atual.

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.

Tais artigos denotam-se que a guarda compartilhada será de forma preferencial. Há a existência da chamada guarda unilateral, que se atribuí a um dos genitores, de acordo com o que fora discorrido nos termos da Lei nº 11.698/2008. Aos filhos, assegura-se o dever de respeitar seus pais, além de prestar obediência e os serviços inerentes a sua idade e condição, de acordo com o artigo 1.634 C.C.

Finalmente, na análise do princípio da consagração do poder familiar percebe-se que somente será extinto pelos meios descritos no artigo 1.635 C.C., tais como a morte dos pais ou do filho, pela emancipação, maior idade, adoção e por decisão judicial. Atribuindo assim, caráter indisponível e imprescritível ao poder de familiar:

Art. 1.635. 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.

O princípio da entidade familiar ou da “*ratio*” do matrimônio e da união estável é bastante importante no direito de família e traz de maneira definitiva a

compreensão de que a afetividade é pressuposto das relações humanas, integrando o sistema normativo como um valor juridicamente tutelado.

O estudo e entendimento acerca do afeto se mostra como a principal característica em qualquer relacionamento, seja quando se menciona o casamento ou união estável.

Todos os indivíduos são considerados livres para exercerem suas vontades e assim, cada qual irá se relacionar tendo como base o afeto e a afinidade encontrada em outro ser semelhante (SOBRAL, 2010).

Nas relações familiares, principalmente nas que envolvam genitores e prole, o afeto é elemento essencial na constituição e manutenção da entidade, conforme pode ser demonstrado a seguir:

As relações familiares pautam-se no afeto, que por sua vez, solidifica os atos de fraternidade e solidariedade para com os seus componentes, de modo que os pais são responsáveis por assistir e cuidar dos filhos (PEREIRA, FRÓES, 2013, p. 171).

A necessidade acerca do afeto se faz clara nas relações entre pais e filhos. Nas relações que envolvam apenas o casal, são absolutamente essenciais, visto que permite o casal desenvolver seu companheirismo, a confiança, a solidariedade e a vida plena em plena comunhão.

O rompimento do sentimento de afeto contribui de forma imediata ao ensejo do rompimento dos laços conjugais ou da união estável. Portanto, basta que um dos indivíduos que façam parte do relacionamento sinta-se que não mais possua esse sentimento, para requerer a separação judicial e o divórcio.

Esta possibilidade de mensurar o tamanho do afeto interliga-se, também, a sua liberdade:

A liberdade afetiva é inerente ao relacionamento social. A sua negativa ou tolhimento fora do bem comum implica na desfiguração do Estado Democrático de Direito e das suas liberdades fundamentais. Denegar essa liberdade, ainda que não de maneira expressa é renunciar ao regime e aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito estabelecidos pelo art. 1º da Constituição; é a negação da Constituição Federal desde o princípio. Inegável, pois, que o direito ao afeto, é uma liberdade individual implícita na Constituição (SCHIMIDT, 2014, p. 228).

Além do mais, a entidade familiar contribui para que haja a efetividade da comunhão plena de vida, a partir da redação doo artigo 1.511 do Código Civil, onde o casamento ocorre desde a existência de convivência, dedicação, a própria comunhão, e ao sentido da palavra, que se refere a desenvolver algo de forma conjunta. Trata-se da dedicação do casal um para com o outro.

Ausente qualquer dos indivíduos que compõe determinada relação e, compreendido como razão da não realização de seus deveres como companheiro ou companheira em relação ao outro, ensejando também motivos para a dissolução do casamento ou união estável.

A dissolução ocorrerá de acordo com os dispositivos que regulamentam a dissolução do casamento e união estável, que se encontram elencados nos artigos 1.511 e 1.571 a 1.582 do Código Civil.

No relacionamento conjugal, o afeto figura no seu caráter absolutamente relevante, onde o princípio da “*ratio*” do matrimônio e união estável traz de forma clara, colocando o afeto e a comunhão plena de vida como base e edificação para um relacionamento.

Ainda na compreensão acerca dos princípios de direito de família, ressalta-se o principio da solidariedade, que se mostra absolutamente autoexplicativo, já que traz a ideia de solidariedade com o próximo, que se dará da mesma forma quando colocada no âmbito familiar.

A solidariedade “é o que cada um deve ao outro” (DIAS, 2009, p. 66), ou seja, o individuo em conjunto com seu semelhante, deve estabelecer uma relação de igualdade e reciprocidade.

A reciprocidade decorre da solidariedade e podem ser encontrados em diversos pontos da legislação brasileira.

A solidariedade presente na Constituição Federal pode ser observada na relação advinda do dever de assistência aos filhos e conseqüentemente ao idoso, dos filhos para com os pais, a Constituição ainda assegura uma sociedade fraterna, ou seja, moldada pela solidariedade.

No direito de família, encontra-se o principio da solidariedade assegurado na relação do casamento, quando este instituto estabelece a plena comunhão de

vida. A solidariedade se mostra na relação com os filhos, já que traz o direito a igualdade entre os eles, assim como, o dever de receber alimentos.

No direito de família, a solidariedade compreende entre a dignidade do ser, para que os indivíduos se relacionem com igualdade e respeito, gerando os laços de afeto.

O princípio da solidariedade tem como objetivo de garantir a existência do afeto entre os indivíduos que compõe a família, bem como a ajuda mútua em todas as situações de desenvolvimento.

A partir das considerações apresentadas acerca do direito de família, no próximo capítulo demonstrará o valor jurídico advindo do afeto.

CAPÍTULO 2 - DO VALOR JURÍDICO DO AFETO

2.1 Da definição de afeto

No capítulo anterior, destacaram-se os princípios de direito de família, apontando-se, dentre inúmeros, para o princípio do afeto.

O afeto exerce essencial papel nas relações advindas do direito de família, especialmente no desenvolvimento da pessoa humana e na construção da sua própria dignidade.

Este sentimento interfere-se diretamente nas relações advindas do carinho, do cuidado, e até mesmo do respeito que se tem por algum ente próximo, visando-se sempre o bom convívio, o que demonstra ser absolutamente relevante nas relações humanas:

A relevância do afeto no ambiente familiar está na busca do desenvolvimento digno e saudável de seus membros. O afeto é o sentimento próprio à vida dos seres humanos, é a troca recíproca entre os sujeitos de cuidados e de atenção. A afetividade é a liberdade de um indivíduo afeiçoar-se a outro. O afeto constitui, pois, um direito individual: uma liberdade, que o Estado deve assegurar, sem discriminações (SCHIMIDT, 2014, p. 220).

O sentimento que decorre dos laços afetivos, muitas vezes se comporta como uma situação psicológica, que contribui para que o homem exponha e demonstre os seus sentimentos de cuidado, proteção e até mesmo de amor para com os outros.

O sentimento de amizade pode ser caracterizado, também, como outra maneira de se demonstrar a afetividade, tendo em vista que diferentemente do que ocorre numa relação entre casais, aqui há a ausência de desejos carnis, referindo-se e pautando-se apenas ao sentimento de cuidado, zelo e carinho com o outro.

O senso comum do homem, em inúmeras oportunidades, confunde o sentimento de afeto apenas como um mero contato físico entre pessoas, restringindo-se dentro do campo das relações sexual.

Por sua vez, há que se pautar que a definição do sentimento de afeto ultrapassa esta ideia, interligando-se na interação entre as pessoas:

A afetividade também é concebida como o conhecimento construído através da vivência, não se restringindo ao contato físico, mas à interação que se estabelece entre as partes envolvidas, na qual todos os atos comunicativos, por demonstrarem comportamentos, intenções, crenças, valores, sentimentos e desejos, afetam as relações e, conseqüentemente, o processo de aprendizagem. Perceber o sujeito como um ser intelectual e afetivo, que pensa e sente simultaneamente, e reconhecer a afetividade como parte integrante do processo de construção do conhecimento, implica um outro olhar sobre a prática pedagógica, não restringindo o processo ensino-aprendizagem apenas à dimensão cognitiva (SANTOS; RUBIO, 2012, p. 03).

O afeto se fundamenta na interação entre as pessoas, sendo que a própria comunicação pode ser demonstrada como uma relação afetiva. Com isso, as formas de se expressar os sentimentos, remetem-se a ideia de que o afeto está sendo absolutamente inserido no contexto real e social.

As compreensões acerca do sentimento de afeto dentro das relações advindas do direito de família se apresentam de forma absolutamente relevantes e também essenciais, tendo em vista que a partir da sua interpretação e análise, é que se visualiza a valorização da norma privilegiada na existência de um próprio princípio.

O afeto não pode ser confundido com o sentimento de amor, na acepção meramente jurídica, já que ele se origina do pressuposto de ligação entre as pessoas. Nesta ótica, pondera-se que o afeto “pode ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares (TARTUCE, 2013, p. 01)”.

Insta destacar e reiterar que o sentimento afetivo é fundamental na compreensão do direito de família, dada, principalmente, em razão da própria efetivação do instituto da família.

No mundo hodierno, o ser humano anseia por reconhecimento de uma relação familiar lastreada pelo afeto, acompanhado embora de todas as implicações daí advindas, porque seja reconhecida sua verdadeira identidade, certificando-se de suas origens pela afinidade, pelo amor, pelo afeto (FRÓES; TOLEDO, 2013, p. 11).

A Constituição Federal entende que o afeto assegura o valor jurídico que deve ser respeitado, buscando assegurar que as relações familiares, a partir dos novos modelos familiares existentes, impeçam que as normas de direito de família sejam restringidas, visto que elas devem se adaptar ante a ocorrência das mais variadas transformações que acontecem no contexto social.

O afeto está atrelado à positivação acerca da tutela do Estado em face da comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, conforme mencionado no artigo 226, especialmente no parágrafo 4º, da Constituição Brasileira, que denota o sentido de que a afetividade é o principal elemento para a constituição de uma família e responsável pela efetivação da dignidade da pessoa humana.

Evidente que há relevantes e consideráveis proteções acerca das denominadas funções parentais nos diversos modelos familiares existentes, assim como nos novos modelos.

A função parental pode ser exercida por qualquer membro de determinado núcleo familiar, e ambos compartilham desta responsabilidade. Com isso, cumpre esclarecer que a simples presença do pai e da mãe não assegura o desempenho da função paterna e materna, ao mesmo tempo em que há inúmeras famílias "monoparentais", por exemplo, nas quais a mãe vive sozinha com os filhos e as funções estão instaladas e efetivas, via desejo materno.

No modelo de família que é reconhecido pelo Estado de Direito, permite-se que as pessoas que não sejam os pais ou mães, possam ser classificadas como aquele que criam e acompanham o desenvolvimento do menor.

Nas relações de direito de família à luz do ordenamento jurídico brasileiro, o afeto desempenha papel essencial na constituição da família, sendo que exerce a função de garantir, até mesmo de forma pecuniárias aos membros dessa relação.

Há inúmeras situações, tais como os casos onde há a condenação em decorrência do abandono afetivo na esfera moral, em que o pai (ou a mãe) foi condenado a pagar ao filho valores relativos à omissão quanto à afetividade que deveria ter despendido.

Por outro lado, há também uma tendente corrente no sentido de punir o filho que se mostra omisso quanto o dever de afeto em relação aos seus genitores.

2.2 Do abandono afetivo

O abandono afetivo interliga-se ao dever de convivência descumprido nas relações familiares, especialmente naquelas que envolvam a paternidade ou maternidade e seu sentimento:

O dever de convivência, por sua vez, assume seu papel primordial nas relações oriundas da afetividade, sobretudo no reconhecimento da paternidade decorrente das marcas do lastro sentimental. Evidencia-se que o descumprimento desse dever implica sérias consequências jurídicas, a exemplo da

responsabilização por dano moral em razão do abandono afetivo, tema frequente nos tribunais pátrios (FRÓES; TOLEDO, 2013, p. 15).

As questões que envolvem a temática relacionada ao abandono afetivo, relaciona-se, em muitos casos, ao término da relação conjugal dos genitores, que em muitas situações acontece de forma bastante conturbada. Em situações mais gravosas, há absoluto rompimento dos laços de afetividade existente entre pais e filhos.

O abandono afetivo tem se tornado muito comum nos mais diversos termos da sociedade conjugal (independente do tipo de relação, tal como o casamento, a união estável ou o concubinato).

Antes mesmo de se definir claramente o que é o abandono afetivo, deve-se compreender qual é a importância do afeto, que foi abordado no tópico anterior, dentro do instituto da família, assim como deve ser destacado os efeitos que a ausência de participação efetiva dos pais poderá desencadear no desenvolvimento e vida do menor, fruto do relacionamento terminado.

A tona do sentimento de afeto, ele também é entendido como a arte de amar ao próximo:

Amar o próximo como a si mesmo coloca o amor-próprio como um dado indiscutível, como algo que sempre esteve ali. O preceito do amor ao próximo desafia e interpela os instintos estabelecidos pela natureza, mas também o significado da sobrevivência por ela instituído, assim como o do amor-próprio que o protege (BAUMAN, 2004, p. 46).

Portanto, amar se configura como uma arte, e esta arte é uma característica e atributo que se espera dos genitores em face da prole e da prole em relação aos seus genitores.

A partir da promulgação da atual Constituição Federal em 1988, a família, analisada sob o prisma de instituto jurídico, tornou-se uma condição essencial para a existência dos seus próprios entes que a compõe, tais como os genitores e a prole. Com isso, o afeto se tornou fundamental na aferição das relações entre os membros, tanto com os pais, nos irmãos, e também no que dispõe acerca dos cuidados dos filhos em relação aos seus genitores.

No tocante a prole, os filhos, é indiscutível que as crianças necessitam da participação ativa dos pais, de modo que estes devem atuar diretamente no seu desenvolvimento, marcando uma efetiva convivência junto ao seu núcleo familiar que fora constituído, falando-se, portanto, no desenvolvimento sadio.

O sentimento de afeto que muitas vezes é esperado dos genitores não se confunde com as questões que envolvam a titularidade da guarda. A convivência e o sentimento de afeto são compreendidos como um direito fundamental, resguardando a personalidade humana. Em outras palavras, “a família, a partir de agora, passa a ser um núcleo socioafetivo que transcende a mera formalidade (FACHIN, 2003, p. 96)”.

Os estudos relacionados ao afeto interligam-se nas simples atividades, que se demonstram nas ações cotidianas, tais como a demonstração do sentimento de amor, que é algo que se espera dos genitores em face da prole, assim como o sentimento dos filhos em relação aos pais também é esperado.

Já em relação à convivência familiar, ela decorre das variadas relações existentes entre as partes, sendo dever dos genitores proporcionarem as devidas atenções aos filhos, de modo especial nas situações onde a convivência familiar não enseja em coabitação, mas sim na atribuição de que o pai tem de continuar atuando ativamente na vida e desenvolvimento do filho, não apenas no seu aspecto físico, mas também moralmente.

A partir destas considerações, nota-se que o abandono afetivo não pode ser compreendido como sinônimo de abandono material, tendo em vista que a questão afetiva interliga-se com a ausência de participação dos pais no desenvolvimento dos filhos, quanto ao seu papel de ofertar afeto. Já no tocante ao abandono material, ele diz respeito à ausência de participação dos pais quanto às questões econômicas que envolvem o desenvolvimento do menor.

Não se restam dúvidas de que o abandono afetivo é algo absolutamente prejudicial, da mesma forma que acontece com o abandono material, ou até mais, visto que qualquer carência em decorrência da ausência de bem material poderá ser suprida, diferente do que acontece quando não se fornece o afeto, que fere veemente os sentimentos intrínsecos daquele que foi abandonado.

Reitera-se que o abandono afetivo é algo extremamente danoso na vida do menor “esquecido”, ora que não são os meros prejuízos financeiros que

lesionam a vida do menor, mas sim a carência, que se inicia a partir da ausência de afeto, ensejando na ocorrência dos mais variados transtornos de natureza psicológica.

Além do mais, o abandono afetivo se configura como uma ação omissiva atribuída ao pai, quando este tem deveres de morais em razão do poder familiar que lhe é atribuído por força da lei e que exerce sobre o filho, destacando-se os deveres de prestar assistência moral, educação, atenção, carinho, afeto e orientação à prole.

Mesmo nas hipóteses onde os filhos residam com os pais, pode haver a ocorrência e conseqüente caracterização do abandono afetivo, tanto praticado pelo genitor, como também pela prole, como em situações, por exemplo, onde os pais não dão atenção por filhos dentro da própria residência, ou os filhos que simplesmente ignoram os pais.

2.2.1 Dos deveres dos genitores na formação da prole

Acerca da análise do sentimento de afeto, muitos são os deveres que se atribuem aos genitores na formação de sua prole. Portanto, destaca-se neste tópico, as atribuições legais asseguradas aos filhos em relação as obrigações ensejadas aos pais, nas relações afetivas.

Antes mesmo de adentrar na análise de cada direito, percebe-se que a relação entre pessoas, em muitos casos termina ensejada por diversos fatores, tais como a ausência de paciência, a traição, a intolerância que torna esta união desestabilizada, colocando em risco os vínculos afetivos, ocasionando o seu rompimento.

O término da relação conjugal entre os pais, não deveria atingir a relação existente juntamente com os filhos, limitando-se apenas nos contornos conjugais, o que na prática, não ocorre.

O correto seria a preservação da manutenção do vínculo de afeto, mesmo na ocorrência de separação dos genitores, dado o término do relacionamento, preservando-se, portanto, a instituição familiar em que se almeja uma convivência harmoniosa, seja na hipótese onde ocorra a mesma habitação ou nos casos onde os filhos vivam separados de um dos genitores, mas recebendo o devido

acompanhamento psicológico de ambos os pais, não se falando em rompimento da convivência.

Havendo o devido acompanhamento dos genitores na criação e no desenvolvimento de sua prole menor de idade, muitas controversas e conflitos acabam sendo evitados no que tange a ausência do eventual afeto.

Todavia, nas situações onde há diversos conflitos entre os pais, ocasionando brigas e disputa de vantagens em relação à prole, deixando os interesses dos filhos menores de lado, bem como no iminente afastamento, as chances de se solucionar a problemática e terminar em acordo acaba se tornando cada vez mais complicada, dado os entraves que se criam.

O término de uma relação conjugal onde há a existência de filhos, não se constitui como o fim da autoridade dos pais sobre a sua prole, já que a mesma não se extingue por este motivo, devendo os laços afetivos se manter, independente de quem seja o titular da guarda do menor.

De fato, o que ocorre, é a mera alteração das práticas dos pais sobre os filhos, vez que no iminente rompimento de forma conflituosa, inúmeros reflexos de ordem psicológicos poderão desencadear nos filhos, especialmente nos casos em que os mesmos são utilizados como instrumento de negociação pelos genitores, o que acaba dificultando o exercício do poder familiar.

Em relação aos menores e a possibilidade de alienação parental, ilustra-se com a seguinte citação:

A utilização do menor como centro dos problemas conjugais e a exposição daquele, a sentimentos de vingança, deixa-o refém das mais violentas formas de alienação. Na verdade, a vulnerabilidade emocional dos pais e sua incapacidade de proteger os filhos dos problemas conjugais, acaba por ocasionar também a desestruturação emocional de sua prole (MONTEIRO, 2011, p.03).

Estes conflitos que são originados pelos genitores, na maioria das vezes surgem da prestação jurisdicional que foi almejada por qualquer um dos mesmos, a partir de uma incessante e incansável demanda litigiosa, que acarretou rugas e descontentamentos, visto que cada uma das partes tentou demonstrar quão seria o ideal acerca da criação de seus filhos, assim como seria melhor para prover a guarda em relação ao outro genitor, desconsiderando que o objeto em litígio é a

vida de um menor, que possui sentimentos amparados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, nestes mesmos conflitos, costuma-se a parte derrotada criar obstáculos quanto ao pagamento de pecúnia em relação à prole, visando não aferir nenhum benefício indireto ao seu ex-companheiro detentor da guarda.

Dada a iminente guerra que se instala entre os genitores, pode ocorrer do menor que vislumbra os conflitos iniciar o processo de negação do seu genitor que não é o detentor da sua guarda, ante a ocorrência da prática de alienação parental, por exemplo.

A alienação parental se configura no momento em que a criança esboça sentimentos de rejeição imotivados por um dos seus genitores, ocasionado pela influência daquele que detém a sua guarda.

A lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre a alienação parental, a define da seguinte forma:

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.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados 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 genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente 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.

A alienação não é objeto central do presente estudo, todavia, cumpre-se ressaltar que ela é definida como uma síndrome, classificada pela sigla SAP

(Síndrome da Alienação Parental), para os casos onde o pai ou a mãe de uma criança a influênciam para romper os seus laços de afeto para com o outro cônjuge, criando-se sentimentos de temor e ansiedade em face deste outro.

Nesta linha, discorre:

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, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável (GARDNER, 1985, p.2).

Na alienação parental, o menor passa a repudiar um de seus pais, desenvolvendo o medo e até o ódio de forma absolutamente injustificada.

Esta prática tem se tornado muito comum nos casos onde o detentor da guarda tenta despertar uma eventual vingança em relação ao seu antigo cônjuge, refletindo este sentimento em sua prole. Assim, vale-se do menor, tornando-o como um instrumento de agressão.

Na alienação parental, o genitor causador atua de forma sutil ao público, onde os atos praticados acontecem ocultamente, evitando-se vestígios, praticando-se dentro da própria residência, distante de qualquer interferência ou testemunha que possa ser utilizada contrariamente em eventual litígio judicial.

Nas hipóteses mais graves, o alienador contribui para que a criança desenvolva até mesmo uma situação praticada pelo genitor ausente, mas que na realidade nunca ocorreu.

Visando cessar estes conflitos, o direito positivou a possibilidade de guarda conjunta, onde se distribui desde as responsabilidades, como também os benefícios acerca da titularidade da guarda da prole, objetivando, evidentemente, a reaproximação dos genitores em face de seus filhos, assegurando a efetivação do princípio do maior interesse da criança e do adolescente.

Em algumas situações, diante da eminente separação dos genitores, dada a separação dos pais marcada por aspectos negativos, tais como a mágoa e

o rancor, esta relação acaba se tornando um problema, resultando, conforme já discorrido, no abandono dos pais em face dos filhos, assim como ocorre no abandono dos filhos que se distanciam dos pais.

Neste aspecto, denota-se a necessidade de demonstrar os deveres imputados a prole em relação aos seus genitores, ora que, de acordo com o que se demonstrou, os pais possuem inúmeras atribuições decorridas da lei.

2.2.2 Dos deveres da prole em relação aos seus genitores

Ante a prática de abandono afetivo praticado por algum dos genitores em relação a sua prole, há inúmeros posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, remetendo-se a ideia de que há a necessidade de indenizar os filhos que foram vítimas do abandono afetivo.

Em sentido oposto, há quem considera que o abandono afetivo possa ocorrer também em face de um dos genitores, ensejado até mesmo, pela prática de alienação parental, devendo o direito atribuir algum tipo de punição para o genitor causador do fato e até mesmo pela prole que recusou ofertar afeto que se omitiu, através do instituto jurídico da deserdação.

Em atenção a já mencionada prática de alienação parental, classifica-a como sendo os atos decorrentes de ações e omissões causados e originadas pelos seus genitores e parentes próximos, buscando denegrir a imagem do genitor que se encontra na posição alienada, em face da convivência do seu filho.

Indo além:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, quando um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro (DIAS, 2010, p. 455).

A alienação parental, conforme já exposto anteriormente, consiste verdadeiramente na prática da denominada lavagem cerebral no menor, buscando que ele se posicione de forma hostil em relação ao pai ou mãe que se encontra na posição de visitante.

Ou seja, há uma violação em face da imagem do genitor ausente, de modo que se desenvolvam atos que tornem a convivência desinteressante, afastando o menor da convivência com o pai.

Esta prática de alienação incide no descumprimento do dever familiar, já que um dos genitores torna-se uma parte estranha da relação, em sentido contrário ao que se encontra previsto no *caput* do artigo 229, da Constituição Federal Brasileira².

Presente e reconhecida à prática de alienação parental, o que não é uma tarefa fácil, denota-se que o genitor alienador busca atrapalhar a convivência e impedir o contato do filho com o outro genitor alienado.

Em muitas situações, a alienação parental figura como uma prática corriqueira, dada até mesmo a dificuldade de o genitor alienado demonstrar a ocorrência da referida prática.

Assim, reforça-se que a alienação contribui para que cada vez mais enseje o afastamento da prole em relação ao genitor não detentor da guarda, de modo que no transcurso do tempo, vai havendo o enfraquecimento, e até mesmo inexistindo qualquer sentimento de afeto da prole para com quem o gerou.

Nesta ótica, figura-se o abandono afetivo praticado pelo filho contra seu genitor, o que enseja no posicionamento de que também deve ser aplicado algum tipo de sanção.

Muito tem se falado acerca do instituto da deserdação, decorrente do Código Civil, para os casos onde os filhos ignoram o sentimento de afeto em face do seu genitor, valendo-se da redação do artigo 1962 do Código Civil³, que fala, “a qual, descrevendo a existência de uma causa autorizada pela lei, priva um ou mais herdeiros de sua legítima, excluindo-os, desse modo, da sucessão (VENOSA, 2009, p. 298)”.

²Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

³ Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade (BRASIL, 2002).

O instituto da deserdação será analisado com ênfase nos tópicos posteriores do referido trabalho.

Todavia, pontua-se que em situações onde há o falecimento do genitor e que foi vítima do abandono afetivo praticado pelo filho, dado os casos da alienação parental, tem se utilizado a regra de direito civil, para que de certa forma seja válida como uma punição:

Certamente, têm ambas a mesma finalidade, a punição de quem se portou ignobilmente com o falecido, e o mesmo fundamento, a vontade presumida do *de cuius*, que não desejaria, por certo, fossem seus bens recolhidos por quem se mostrou capaz de tão grave insídia. Ambos os institutos procuram afastar da herança aquele que não a merece em razão do reprovável procedimento que teve em relação ao autor da herança (MONTEIRO, 2003, p. 62).

A deserdação terá a finalidade de desprestigiar aquele herdeiro necessário, que teve (ou não teve) uma relação de afetividade abalada com o testador, independente de que existam laços sanguíneos fortes.

Entretanto, ressaltando os deveres dos filhos para com os pais, há a ocorrência do abandono afetivo inverso, que é aquele decorrente da inação de afeto.

Em outras situações, se tratando de genitor idoso, a lei imputa a responsabilização dos filhos quanto o cuidado dos pais, de modo que deverão amparar na velhice, seja de forma material ou imaterial, ainda que os pais tenham condições financeiras e econômicas suficientes para sobreviverem.

Neste aspecto, o abandono dos filhos em relação aos pais, justifica ainda mais a hipótese de deserdação.

Outras hipóteses de deserdação diz respeito nas denominadas hipóteses de responsabilização dos filhos pelos pais idosos.

Há quem considera que referido tema é polêmico, visto que não há como obrigar alguém a amar ou sentir afeto por outra pessoa, mesmo e tratando do próprio pai ou da mãe. Por outro lado, eventual compensação decorrente do instituto da deserdação, serviria apenas como forma de consequência em razão da inércia da prole.

Referida obrigação dos filhos em relação aos pais está amparada na Constituição Federal, especialmente na redação do artigo 229, que aponta o

dever de amparo dos pais na velhice, contemplando as eventuais carências existentes, além de possíveis enfermidades: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Ademais, o Estatuto do Idoso, regulamentado pela Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, traz também, conforme artigo 3º, a obrigação familiar na proteção aos mais velhos, destacando a seguir, apenas o *caput*.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Outra legislação que também dispõe acerca dos direitos dos idosos, está na Lei Orgânica de Assistência Social, nº 8.179/74 (LOAS), bem como no Código Civil atual.

Na denominada LOAS, respaldado no art. 203 da Constituição Federal, diz que a assistência social deverá ser prestada a quem dela necessitar, que não possua meios de subsistência, independentemente de contribuição direta do beneficiário.

Se tratando de idosos, a LOAS assegura o direito ao salário mínimo a toda pessoa com mais de sessenta e cinco anos, que demonstre não possuir meios de prover a própria manutenção ou da sua família, cuja prestação será paga pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS).

Já no Código Civil, muitos são os artigos que importam na proteção dos idosos, destacando os que provem a natureza alimentar, tais como: artigos 1.694, 1.695, 1.696, 1.698 e 1.699.

Ante toda proteção legal atribuída aos pais, no que diz respeito o dever dos filhos, nota-se que a responsabilização se aplica, caso ocorra eventual abandono material, ou seja, filho que abandona os seus genitores imotivadamente.

Não se trata da hipótese em que o filho não dá assistência aos pais, pelo fato de desconhecerem a sua origem, mas sim no caso onde o filho que viveu com os seus genitores, simplesmente os ignoram.

2.3 O valor do afeto e as consequências da sua ausência no Direito

Ao longo do capítulo foi possível perceber que a ausência de afeto nas relações de direito de família acarretam em inúmeros transtornos nas relações familiares, gerando, inclusive, responsabilização.

Demonstrou-se, também, que dentre as principais formas de abandono afetivo, destaca-se aquela que ocorre quando o pai ou mãe não cumprem com seu papel legal, negligenciando quanto ao dever de cuidar da sua prole.

A partir desta compreensão, a jurisprudência tem se manifestado no aspecto onde os genitores não têm o dever de amar a sua prole, mas por sua vez, devem exercer o papel de cuidado e proteção.

A ausência dos pais no tocante à localidade em que reside, nem sempre caracterizará o abandono afetivo, onde se permite, por exemplo, que um determinado pai, divorciado, possa morar em outro país e seus filhos Brasil, ficando anos sem manter contato físico, mas que não significará que exista um abandono afetivo, ora que este genitor possa manter o constante contato e relacionamento por meios virtuais e telemáticos.

Ressalta-se que o instituto da família é absolutamente relevante para o desenvolvimento mútuo de todos os seus membros, de modo que o pai é essencial para o filho e o filho essencial para o seu pai.

As relações de afeto não se restringem apenas ao dever inserido pela norma jurídica ao pai em relação ao filho, que também tem o dever de se relacionar com o pai, mãe, irmãos, e todos os membros do núcleo familiar.

Fala-se, até mesmo, na dificuldade em se demonstrar e conceituar a relevância da família no amplo desenvolvimento de todas as pessoas, já que ela contribui veemente para a inserção dos valores e sentimentos éticos em todos os membros da sociedade, assegurando o respeito aos valores basilares do homem.

Por outro lado, a ausência dos pais na vida da criança ocasiona em inúmeros sentimentos ruins, tal como a ausência do menor na vida do seu genitor, também não traz benefícios algum.

É certo que se devem distinguir as hipóteses onde um dos genitores é falecido, e o outro genitor na maioria das vezes tenta suprir essa lacuna, assim como acontece no abandono afetivo.

Tanto o pai como a mãe desempenha papéis diferenciados no que tange o desenvolvimento dos filhos, embora a responsabilidade e o dever de educar e desenvolver seja igualitário, mas a ausência de qualquer um desencadeia na evidente "baixa autoestima, problemas escolares, de relacionamento social e sensação de perda de uma chance, mesmo que ilusória, de ser completo e mais feliz (SOUZA, 2010, p. 119)".

As ausências dos pais na vida e no desenvolvimento dos filhos desencadeiam em inúmeros problemas, que em diversas situações, sequer a psicologia é capaz de solucionar.

Reitera-se que se demonstrada a ausência de um dos genitores na vida e no desenvolvimento dos filhos e que ensejou na ocorrência de danos, cria-se a possibilidade de este ser ressarcido moralmente, de acordo com o que se demonstrará no capítulo seguinte.

Antecipa-se que para isto, deve estar presente a omissão, dano, culpa e o nexo de causalidade.

Tanto o pai, como também a mãe que abandona o seu filho, além de deixar de exercer um direito e dever legal, descumpre, conseqüentemente, a norma jurídica, falando-se até mesmo na destituição do poder familiar, de acordo com a previsão estipulada no artigo 1638 do Código Civil Brasileiro⁴, embora há quem defenda que a mera destituição deste poder, será apenas uma continuidade do abandono afetivo que então já ocorre.

Diante destas hipóteses, muitas vezes a melhor solução, é partir para o campo da indenização pecuniária por abandono afetivo, de acordo com o que será compreendido no capítulo seguinte.

Há que se considerar que a omissão dos pais acarreta, ainda, no que se denominada como causas de suspensão, perda e extinção do poder familiar, motivo este que enseja uma reflexão.

⁴Art. 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 (BRASIL, 2002).

Ainda no que tange ao afeto, considera-se como um valor jurídico essencial, alcançando status de princípio geral do direito, vez que cada dia mais se valoriza nas relações jurídicas familiares.

Embora não se tenha previsão expressa no texto normativo, é cediço a sensibilidade dos juristas ao demonstrar o afeto como um princípio de direito.

Segundo Tartuce, Três são as consequências do afeto como princípio de direito: “a afetividade contribuiu para o reconhecimento jurídico da união homoafetiva; admite-se a reparação por danos em decorrência do abandono afetivo; e ela é responsável pelo reconhecimento da parentalidade socioafetiva como nova forma de parentesco”, o que implica diretamente no estudo em questão (TARTUCE, 2016, p. 01).

Após tratadas referidas considerações, destacando a importância do afeto e até a sua classificação como princípio de direito de família, o trabalho passa a abordar os pontos referente as hipóteses de suspensão, perda e extinção do poder familiar.

2.4 Análise da suspensão, perda e extinção do poder familiar

Ante a existência de todas as características decorrentes do poder familiar, em especial a imprescritibilidade, ele não se caracteriza como um direito dos genitores de forma absoluta.

O não exercício ou exercício abusivo pelos titulares enseja a interferência do Estado, recebendo uma resposta para cada situação apresentada e de acordo com a gravidade da conduta dos genitores.

O Estado ao estabelecer os direitos e deveres dos pais e filhos, não cria fórmulas prontas, padrões de conduta estipulando a forma como devem ser exercidos e observados pelos genitores.

Cada família tem suas próprias regras de criação e educação e não é papel do Estado intervir nas decisões tomadas pelos genitores sobre o assunto, desde que não viole os direitos protetivos dos menores, assim como a lei, por exemplo.

Não obstante, tais comportamentos devem sempre ter por norte os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, pois qualquer abuso, desrespeito ou excesso enseja a intervenção do judiciário.

Assim, a privação do exercício do poder familiar pode se dar de forma temporária ou definitiva. São casos de privação temporária, as situações graves em que ocorre a suspensão do poder familiar, o qual poderá ser reestabelecido sem qualquer problema cessada a condição que o determinou. Pese a restrição de alguns direitos do genitor, no caso, o dever de prestar alimentos permanece íntegro mesmo durante a suspensão.

O mesmo não se verifica, nos casos de perda, em que o grau de gravidade da conduta dos genitores para com seus filhos menores, se apresenta de forma maior.

Tamanha a gravidade da situação a ensejar a perda que, uma vez decretada judicialmente o rompimento do poder familiar, em via de regra, não mais será recuperado, ensejando na possibilidade de adoção, quando se destitui o poder familiar e a criança passa a integrar outra família, até mesmo com outros genitores.

A depender da gravidade do comportamento dos genitores no exercício do poder familiar, terão eles suspenso tal poder ou mesmo, banido, podendo o juiz, em ambas situações usar de seu poder geral de cautela, determinando a busca e apreensão do menor, deferindo guarda provisória ou acolhimento em estabelecimentos apropriados, tudo levando em consideração a necessidade e urgência e a preservação do bem estar do menor.

Além da suspensão ou da perda do poder familiar, a não observância dos deveres e dos direitos dos filhos, pode acarretar aos genitores a responsabilidade criminal por abandono material e intelectual.

Mas não é apenas na seara cível e criminal que as consequências do não exercício do poder familiar estão presentes.

Sobre o descumprimento do dever pelos pais, cita-se o trecho a seguir exposto:

O descumprimento desse dever pelos pais, além de responsabilização consistente em suspensão ou destituição do poder familiar, constitui infração prevista no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sujeitando o faltoso ao pagamento

de multa a reverter ao fundo municipal para a defesa dos direitos da infância e da juventude (art. 214 da Lei nº 8069/90) (COSTA; CHINELLATO, 2009, p. 1308).

A omissão ou excesso quanto ao exercício dos deveres dos pais, em especial o direito-dever à convivência familiar, pode, ainda, gerar, como será objeto do capítulo seguinte, danos morais aos filhos, configurando-se em atos ilícitos e que, portanto, deverão ser objeto de reparação pelos genitores, conforme já tem sido amplamente reconhecido pelos nossos Tribunais, pese haver divergências.

E mais:

As causas de suspensão do poder familiar descritas no Código são apresentadas de forma genérica, dando margem ampla de decisão ao magistrado. O Estatuto da Criança e do Adolescente faz referência à perda e suspensão do pátrio poder no art. 24, reportando-se ao descumprimento injustificado dos deveres e obrigações descritos no art. 22. Esse dispositivo, por sua vez, reporta-se aos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos, bem como a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais, no interesse deles. Portanto, o caso concreto dará os parâmetros para a grave decisão de suspensão do poder familiar (VENOSA, 2003, p. 368).

As situações que ensejam a extinção do poder familiar, em sua maioria, se referem a causas naturais, tais como a morte, emancipação e maioridade.

Por outro lado, importante mensurar as duas situações que dependem da intervenção judicial. É o que se verifica no caso da adoção, quando o juiz declara na mesma sentença a extinção do poder familiar dos pais de sangue e estabelecimento de vínculo com os pais adotivos e por decisão judicial, na forma do art. 1638 do Código Civil Brasileiro, ou seja, em ação de destituição do poder familiar.

No que toca as situações de perda do poder familiar Maria Helena Diniz explica:

Essa enumeração legal não é taxativa, pois, pelo art. 1.638, IV, que contém cláusula geral, se pode cogitar de outras, com base em faltas (CC, art. 1.637) passadas pelos pais, pois a prática reiterada daqueles atos puníveis geradores da suspensão do poder familiar, por serem vergonhosos ou reprováveis, deve ser considerada no pedido de destituição por revelar não só a

insuficiência da suspensão do poder familiar ou da imposição da pena criminal para corrigir o mau comportamento paterno ou materno em relação à prole, como também a impossibilidade de uma perspectiva de vida melhor e da melhora da conduta do pai e da mãe, O artigo 1638, IV, possibilita ao juiz elástico maior para poder aplicar pena mais severa do que a do art. 1637 (DINIZ, 2010, p. 568).

Apesar de que nos casos de perda do poder familiar a legislação civil e de proteção aos infantes silenciar, há aqueles que defendem a possibilidade do reestabelecimento desse direito-dever.

Todavia, na hipótese acima mencionada, só ocorrerá desde que cessadas as causas que a geraram, não sendo o caso de adoção e após análise criteriosa, através de estudos sociais e psicológicos, sobre o impacto da restauração do poder familiar para o menor, sempre observando o melhor interesse da criança.

Outros vários casos concretos foram e são levados à apreciação do Judiciário sobre o tema.

No entanto, fato é que as decisões acima deixam muito claro que a questão é tormentosa, pois envolve valores familiares supremos e deveres familiares constitucionalmente previstos. Há diferentes posições sobre o assunto assentadas em argumentos sólidos e coerentes.

E tais divergências tem uma razão de ser. Apesar de toda ordem constitucional e civil de proteção à família e aos filhos e do Estatuto da Criança e do Adolescente, dar total fundamento à reparação moral por abandono afetivo, ainda não há legislação vigente que regule de forma específica e pontualmente o tema em estudo.

Contudo, a tendência é pela ocorrência dos avanços legislativos, aliás, já sinalizados, como o Projeto de Lei 4294/08, proposto em 12/11/2008 e que tramita perante a Câmara dos Deputados e o qual prevê a alteração da legislação civil e também de proteção ao idoso, a fim de estabelecer a indenização por danos morais em razão do abandono afetivo.

Há, ainda, o Projeto de Lei 700/07, elaborado pelo senador Marcelo Crivella no mesmo sentido, propondo mudanças no Estatuto da Criança e do Adolescente a fim de que este preveja a reparação de danos ao pai ou à mãe que deixar de prestar assistência afetiva aos filhos, seja pela convivência ou por visitação periódica.

Assim como ocorreu com a proteção ao dano moral, inicialmente rejeitada, mas que ganhou aceitação jurisprudencial e mais recentemente proteção constitucional, juristas, doutrinadores e profissionais ligados à ciência do Direito e também das demais ciências, posicionam seus holofotes para a consagração do direito à reparação por dano moral em decorrência de abandono paterno-materno afetivo, posição que a cada dia ganha mais força e vem se sustentando.

Inserindo-se a temática dentro da análise do abandono afetivo, percebe-se que deve ser repensada, visto que em alguns casos, a perda ou extinção do poder familiar poderá ser considerado como um verdadeiro prêmio ao genitor ausente, que não cumpriu com suas obrigações paternas.

CAPÍTULO 3 – DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL EM DECORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO E DA DESERDAÇÃO

3.1 Da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro

A possibilidade de indenização em razão do abandono afetivo é uma perspectiva aceita na Justiça Brasileira por diversos tribunais. Trata-se da atuação do direito subjetivo em busca da reparação sofrida, que no caso decorre da omissão em aplicar o sentimento de afeto no âmbito familiar.

Acerca da análise da responsabilidade civil, denota-se que há uma imensa dificuldade em conceituá-la, tendo em vista que na doutrina atual, há inúmeros conceitos que se diferem, especialmente naquelas que se fundamentam a partir da culpa.

Trata-se de um direito pautado nas obrigações, onde a prática do ato ilícito enseja uma obrigação, seguido do dever de indenizar aquele que foi lesado por determinado ato.

Ademais, a partir do momento em que o agente causador do dano, decorrente do seu comportamento viola determinada lei preexistente, ocasionando dano à terceiro, o instituto da responsabilidade civil urge-se para os campos da contratualidade e extracontratualidade.

O artigo 389 do Código Civil Brasileiro⁵ disciplina a responsabilidade civil contratual como aquela onde não se cumpre a obrigação e o devedor responde pelas perdas, danos, juros e correção, estabelecidos pelo texto normativo vigente.

No tocante a responsabilidade civil extracontratual, está respaldada no artigo 186 do Código Civil Brasileiro⁶, que trata do ato ilícito, ocorrendo a partir do momento em que se viola a norma jurídica legal e que também é uma norma preexistente.

Ademais, ainda em relação a responsabilidade civil extracontratual, importa-se em dizer que é necessário ainda a aplicação concomitante dos artigos 187⁷ e 927⁸, ambos do Código Civil, para que assim, ela possa realmente ser confirmada.

No que diz respeito à definição de responsabilidade civil, a doutrina a define como uma medida voltada a obrigação de se reparar pelo dano moral ou patrimonial:

⁵ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁷ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁸ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

É uma aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar um dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão do ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou simples imposição legal. (DINIZ, 2003 p.36)

Ou seja, sempre que houver um prejuízo, ora causado, gera-se a responsabilidade, seguido do dever de indenizar, salvo nos casos em que há excludentes.

Indo além:

Em princípio toda atividade que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização, como veremos. O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. (VENOSA, 2009, p. 81)

Nota-se que o instituto da responsabilidade civil tem o condão de tornar a situação da pessoa que foi lesada parecida ou igual à situação anterior do dano, valendo-se como instrumento de reparação da situação negativa, já que se atentou contra a moral ou patrimônio de outrem.

Este instituto é compreendido a partir do seu viés compensatório em relação a vítima e um cunho pedagógico punitivo em relação ao empregador. Além do mais, trata-se do caráter pedagógico em face daquele que foi punido pelo ato negativo.

Após breves considerações acerca da responsabilidade civil, importante diferenciá-la dentro de suas modalidades, que é a objetiva e a subjetiva.

Acerca da análise da responsabilidade civil objetiva, que também é conhecida por parcela doutrinária como a teoria do risco, compreende-se como a responsabilidade que ocorre mesmo não havendo culpa.

O artigo 927 parágrafo único do código civil de 2002 dispõe sobre a responsabilidade objetiva, trazendo a tona que além de obrigar a reparar o dano

causado, deve-se ainda, independente de culpa, reparar, sempre que houver casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. O risco, no caso da responsabilidade civil objetiva, deve se fazer presente.

Acerca da temática, aborda-se:

Ao se analisar a teoria do risco, mais exatamente do chamado risco criado, nesta fase de responsabilidade civil pós modernidade, o que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos; a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na exposição a um perigo (...)

Leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados. (VENOSA, 2009, p.9)

Segundo o autor, na análise do risco na responsabilidade civil objetiva, deve considerar a potencialidade de se causar danos, ante a atividade ou conduta do agente, que por si só, já expõe outrem ao perigo, que em via de regra, deve ser evitado.

A teoria do risco ou da responsabilidade objetiva, segundo a qual basta o autor demonstrar o dano e a relação de causalidade, para o deferimento da indenização. Em outras palavras, os riscos da atividade em sentido amplo, devem ser suportados por quem dela se beneficia. (OLIVEIRA, 2011, p.107)

Ao se consolidar a teoria do risco na responsabilidade civil objetiva surge várias correntes como propostas de demarcações sobre os seus limites. Todavia, mensura-se que sobre o ponto principal que é a reparação do dano, tão somente pela presença do risco, independente de culpa de outrem, imputará na responsabilidade.

Na busca da compreensão acerca do risco, citam-se algumas teorias doutrinárias, importantes nesta compreensão, sendo elas as teorias do risco proveito, do risco criado, do risco excepcional e do risco integral.

O risco proveito é aquele que se beneficia do bônus, deve suportar o ônus. Aquele que afere vantagens acerca do fato causador do dano é obrigado repará-lo.

Nesta teoria, há imensa dificuldade na sua definição, principalmente na delimitação do que de fato seria este bônus e ainda uma restrição a reparação apenas quando haja algum proveito econômico.

A teoria do proveito é muito utilizada no direito do trabalho, onde a atividade econômica que desenvolve e gera riquezas, imputa ao empregador a responsabilização acerca dos danos a quem executar o serviço (LIMA, 1960, p. 212).

Outra teoria acerca da responsabilidade civil objetiva é a teoria do risco criado, onde a reparação é devida simplesmente pela criação do risco.

E mais:

Dentro da teoria do risco-criado, destarte, a responsabilidade não é mais a contrapartida de um proveito ou lucro particular, mas sim a consequência inafastável da atividade em geral. A ideia de risco perde seu aspecto econômico, profissional. Sua aplicação não mais supõe uma atividade empresarial, a exploração de uma indústria ou de um comércio, ligando-se, ao contrário, a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera jurídica de seus semelhantes. Concretizando-se tal potencialidade, surgiria a obrigação de indenizar (FACCHINI NETO, 2003, p.159).

Portanto, deve-se, nesta teoria, analisar a questão do elemento do perigo, existente em algumas atividades, por exemplo, ante a sua natureza e meios utilizados, sujeitando-se o homem a riscos de toda ordem, inclusive a própria vida.

Na teoria do risco criado, aumentam-se os encargos e atribuições do agente, que não tem que provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano.

Na teoria do risco excepcional, justifica o dever de reparação, independente da existência de culpa, sempre que a atividade desenvolvida for de risco acentuado ou excepcional pela sua natureza perigosa.

E na teoria do risco integral, considera-se como uma modalidade extrema da responsabilidade objetiva, visto que, somente existindo o dano já resta configurado o dever de reparação, mesmo que o dano tenha sido causado por culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Independente da teoria adotada fica evidente a preocupação em não desamparar o lesado, levando em consideração que na sociedade moderna os

riscos são crescentes e na maioria das vezes inevitáveis ou imprevisíveis. (OLIVEIRA, 2011, p. 112-114).

De antemão, considera-se que a partir do surgimento das teorias acerca da responsabilidade objetiva, a responsabilidade subjetiva não deixou de ser aplicada, ora que esta será utilizada sempre que a culpa do infrator ficar demonstrada, hipótese em que se visualizará o êxito do lesado em obter suas pretensões de reparação ao dano sofrido. (OLIVEIRA, 2011, p.109).

No próximo tópico, será discorrida a responsabilidade civil subjetiva, tão importante na compreensão do instituto analisado no capítulo.

Entende-se como responsabilidade civil subjetiva, aquela que decorre da conduta culposa, que envolve a culpa ou dolo.

Na análise da responsabilidade civil, importante destacar a redação do artigo 186 do Código Civil, que traz os elementos essenciais para a sua caracterização, sendo eles a ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Acerca da ação e omissão, define-se como o ato voluntário, visto que a conduta humana sempre decorre da consciência, de modo que justificará a responsabilidade civil, conforme se mostra a seguir:

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 volitivo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 27).

No que concerne a culpa ou dolo do agente, importa na ocorrência de dolo, logo no início da ação ou omissão voluntária, e/ou a culpa ante a existência de negligência ou imprudência. O dolo decorre do desejo de se cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência desta.

Para que de fato ocorra o dever de reparação, necessita-se que a vítima tenha de provar o dolo ou a culpa do agente, o que na prática, em muitos casos, é difícil de provar.

Na relação de causalidade, que é outro elemento necessário na aferição da responsabilidade civil, o dano deve-se interligar ao ato praticado por

determinado agente causador. Trata-se da relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente.

Na caracterização do dano, analisa-se na prática, se a violação de um direito ocorreu e qual a sua correlação direta ou indireta com a causa do dano de terceiro.

Em outras palavras, verifica-se que sem a prova do dano, não há como imputar a responsabilização a alguém. Se não houver a prova, não há como responsabilizar e indenizar alguém, visto que não se apurou os prejuízos. A indenização só será devida, se constatar que o ato ilícito resultou em um dano real.

3.1.1 Do dano

No tocante ao dano sofrido, aquele experimentado pela vítima, poderá ser o material, moral ou estético.

O dano material é aquele que ocasiona um prejuízo financeiro a vítima ou a família da vítima.

Com relação ao dano material, ele pode ser dano emergente que seria o que o lesado perdeu e os lucros cessantes que se define no que deixou de ganhar (OLIVEIRA, 2011, p.219).

No que diz respeito ao dano emergente “é aquele prejuízo imediato e mensurável que surge em razão do acidente de trabalho, causando uma diminuição no patrimônio do acidentado (OLIVEIRA, 2011, p. 220)”.

Indo além:

Dano positivo ou emergente, que consiste num déficit real e efetivo no patrimônio do lesado, isto é, numa concreta diminuição em sua fortuna, seja porque se depreciou o ativo, seja porque aumentou o passivo, sendo, pois, imprescindível que a vítima tenha, efetivamente, experimentado um real prejuízo, visto que são passíveis de indenização danos eventuais ou potenciais, a não ser que sejam consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação. (DINIZ, 2003, p.66)

Quanto à indenização relativa ao dano emergente se pretende, com a mesma, restaurar o patrimônio do lesado no estado em que se encontrava anteriormente (DINIZ, 2003, p.66).

Este dado se fundamenta em todo o valor gasto devido ao acidente, por exemplo, assim como os valores gastos nos hospitais, o que se gasta para a recuperação da vítima de acidente ou o valor gasto pela família com a morte da vítima.

No tocante ao lucro cessante, está relacionada a privação acerca dos ganhos futuros:

Além das perdas efetivas dos danos emergentes, a vítima pode também ficar privada dos ganhos futuros, ainda que temporariamente. Para que a reparação do prejuízo seja completa o artigo 402 do código civil determina o cômputo dos lucros cessantes, considerando-se como tais aquelas parcelas cujo recebimento, dentro da razoabilidade seria correto esperar. Em decorrência desse comando, não deve ser considerada a mera probabilidade de alguma renda, nem se exige, por outro lado, a certeza absoluta dos ganhos. (OLIVEIRA, 2011, p. 220)

Para se apurar o valor do lucro cessante, deve-se ponderar acerca da razoabilidade.

Outro dano em destaque, talvez o mais conhecido, é o dano moral, que se define a partir da lesão injusta aos bens tutelados e não patrimoniais.

O fundamento legal do dano moral encontra-se respaldado no artigo 5º inciso V e inciso X da Constituição Federal, que tem como embasamento a dignidade da pessoa humana.

Acerca do dano moral, mensura-se:

O dano moral consiste na lesão de direito 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 (direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente. (STOLZE; PAMPLONA, 2007, p.55)

No que diz respeito ao cabimento de indenização por danos morais, o assunto atualmente é pacificado na doutrina e na jurisprudência.

Portanto, o dano moral é caracterizado pela ocorrência de uma lesão ao íntimo da personalidade, assim a prova em juízo é desnecessária.

Já o dano estético é compreendido pela doutrina como o dano morfológico do indivíduo:

Dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, que impliquem sob qualquer aspecto um afeamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa. (DINIZ, 2003, p.76)

Há quem considera que o dano estético não é um terceiro gênero de danos e sim uma especificidade do dano moral e enquanto um se materializa no interior da vítima o outro se materializa no exterior.

A doutrina considera que sempre que possível, a indenização pelos danos morais e danos estéticos deve ser apurada separadamente.

Além do mais, o dano estético pode ou não causar um prejuízo material, como por exemplo, nos casos de pessoas que ganham o seu sustento com a sua aparência, como as modelos e atrizes. Nesses casos, no momento em que sofrem alguma lesão estética, podem perder alguns trabalhos, o que conseqüentemente ensejará no dano material também, o chamado dano material indireto.

No caso do dano estético, de acordo com os julgados, tem se levado em conta o grau do dano, o tipo da pessoa lesada, se, se trata de uma pessoa pública ou que ganha seu sustento com sua aparência e, sobretudo o afeamento causado pela lesão.

3.2 O abandono afetivo como fato gerador do dano moral

No transcurso deste trabalho, tem sido possível perceber que muitos são os problemas gerados em razão do abandono afetivo.

Trata-se de um mal causador de grandes transtornos na vida da pessoa vitimada, razão pela qual a jurisprudência tem se posicionado no sentido de ser devido à reparação pecuniária.

Ante as mais diversificadas jurisprudências acerca de indenização a partir do abandono afetivo, o Superior Tribunal de Justiça emanou relevante julgado e que merece ampla reflexão, visto que a partir da sua análise é possível compreender toda a questão que envolve este instituto, interligando-se com a responsabilidade civil, também abordada.

Acerca do afeto que enseja a ocorrência de dano, fundamenta-se na sua lógica o próprio dano moral, que só será caracterizado a partir do momento em que ao pai é imputada a obrigação em reparar os danos, desde que presente todos os requisitos exigidos para uma ação desta mesma natureza jurídica, tais como a ocorrência de dano, prática de ato ilícito, nexos de causalidade, etc.

Reitera-se, conforme apresentado nos tópicos anteriores, que para se aferir a responsabilidade civil, devem-se também atentar-se à compreensão acerca da responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

Quanto a responsabilidade civil, denota-se, mais uma vez:

É uma aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar um dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão do ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou simples imposição legal. (DINIZ, 2010 p.36)

Interligando-se com a questão do abandono afetivo, percebe-se que a responsabilidade civil tem o objetivo de tornar a situação da pessoa que foi lesada ante a ausência de afeto, parecida ou igual à situação anterior do dano.

Esta compreensão se vale como instrumento de reparação da situação a partir da disposição do patrimônio do causador ou responsável.

A indenização civil visa a compensação quanto a vítima e um cunho pedagógico punitivo em relação ao causador, que poderá ser o genitor.

Na análise e compreensão do direito de família, especialmente nas questões voltadas ao afeto, a responsabilidade civil busca indenizar o menor que foi privado do seu direito do afeto pelo genitor.

A responsabilidade civil será objetiva, neste caso, que também é conhecida como teoria do risco, quando se estender a responsabilidade sem culpa, definida pelo já mencionado artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

No direito de família, a teoria do risco aponta para a aplicação de inúmeras correntes quanto as suas limitações. Todavia, todas se posicionam no sentido de que o dano moral se aplica como a reparação do dano, tão somente pela presença do risco, independente de se mensurar a culpa do genitor, já que o presente estudo se refere ao abandono afetivo. Assim, diante da teoria do risco, abordada anteriormente, a reparação é devida simplesmente pela criação do risco.

As causas de abandono afetivo se apresentam como verdadeira afronta ensejadora de danos, cabendo ao instituto da responsabilidade civil atuar na busca pela reparação.

Há que se pontuar que a partir do abandono afetivo, enseja-se para a existência do denominado “dano moral”, que se define como a lesão injusta a bens tutelados e que não são de cunho patrimonial.

A fundamentação jurídica acerca do dano moral em razão do abandono afetivo também se encontra respaldado no artigo 5º, inciso V e inciso X da Constituição Federal⁹. De acordo com os apontamentos realizados no primeiro capítulo deste trabalho, os direitos fundamentais, tais como previstos neste capítulo, são respaldados pela efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

A lesão que enseja o dano moral não se restringirá ao dinheiro e valores meramente econômicos.

O dano moral advindo do abandono afetivo, assim como tantos outros, se baseia na lesão aos direitos da personalidade, em que os sentimentos como a honra, intimidade e a imagem são violados.

Continuando:

A afirmação de que o dano moral independe de prova decorre muito mais da natureza imaterial do dano do que das *quaestiois facti*. Explica-se: como o dano moral é, em verdade um ‘não dano’,

⁹Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988);

não haveria como provar, quantificando, o alcance desse dano, como ressuma óbvio. Sob esse aspecto, porque o gravame no plano moral não tem expressão matemática, nem se materializa no mundo físico e, portanto, não se indeniza, mas apenas se compensa, é que não pode se falar em prova de um dano que, a rigor, não existe no plano material. (STOCO, 2007, p.1714-1715).

Pontua-se que a lesão que decorre da ausência de afeto praticada pelos genitores em face da sua prole é a principal razão para a caracterização do moral passível de reparação.

A jurisprudência no Rio Grande do Sul já se manifestou da seguinte forma:

Não bastam condutas (ação ou omissão) que podem levar à responsabilização do seu autor. Ou seja, a ausência de afeto ou abandono emocional do pai para com o filho não gera, por si só, o dever de indenizar. Há que restar demonstrado o dano (ou grau de dano) que sofre ou sofreu a criança ou o adolescente em razão dessa omissão dos pais. É o nexó causal. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Por vez, destaca-se que nem todos os filhos que convivem com o abandono afetivo, sofrem com isso. Assim, se não há sofrimento, a questão do dano deverá ser repensada.

Já aqueles que sofrem com inúmeros abalos psicológicos, evidentemente serão os titulares do direito de pleitearem a reparação para dano.

Quanto à culpa, no que tange o dano moral em razão do abandono afetivo, direciona-se com a ação ou omissão. Ela pode existir em razão da imprudência, negligência ou da imperícia, conforme ainda é discorrido no trecho a seguir:

A culpa pode empenhar ação ou omissão e revela-se através: da imprudência (comportamento açodado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo); da negligência (quando o agente se omite, deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo); da imperícia (atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano) (STOCO, 2007, p.1767).

Pondera-se que no direito atual, no âmbito brasileiro, não há uma definição concreta de culpa, sendo, que caberá ao código civil caracterizar como um ato ilícito.

Além disso, a culpa não se confundirá com o dolo, que por sua vez, é a aquela conduta intencional, onde o agente atua conscientemente de forma que se busca o resultado antijurídico produzido. Na culpa não existe essa intenção de lesar.

Trata-se da conduta voluntária, e que age contrariamente ao dever de cuidado e zelo, se tratando de afetividade no direito de família, e que é regulamentado, evidentemente, pela norma jurídica.

Na culpa, há a produção de um evento caracteriza pelo dano que acontece de forma involuntária, porém previsto ou previsível pelo agente que praticou (RODRIGUES, 2007, p. 147).

Ainda no que tange a culpa, o Direito de Família, tem-se pautado no sentido de que a legislação civil possibilita a responsabilização dos pais diante dos filhos, de acordo com as lições do artigo 932, incisos I e II, do Código Civil, e condutas contrárias, poderá incidir na culpa do genitor.

A inexistência de afeto por conta dos genitores poderá acontecer a partir da existência de dolo ou por culpa, em razão de inúmeras circunstâncias.

Nesta aferição, vale-se, como exemplo de dolo, nos casos onde o pai que está brigado com a mãe, e de modo a afetar a genitora detentora da guarda, abandona o seu filho, não dando mais a atenção e carinho que merece.

Já nas hipóteses de culpa, um exemplo seria a situação onde um pai, dotado de excesso de serviços e trabalhos e de uma rotina atribulada, esquece-se de praticar os atos essenciais de carinho no filho, que reside dentro do próprio lar, não dando atenção, afeto, e demais sentimentos que se espera na relação paterna.

No que tange o nexo de causalidade, para se configurar a hipótese de responsabilidade civil, necessita-se da existência de ofensa e do dano.

Com isso, o nexo de causalidade não se limitará na prática de conduta contrária ao direito, mas sim no fato desta conduta resultar em prejuízo grave, e que exista uma relação de causalidade entre o ato praticado e o mal causado.

O nexos se relaciona ao vínculo que se cria a partir da causa e o seu efeito, ou da denominada conduta e resultado. Se acontece um acidente de carro e o bem fica destruído, por exemplo, a destruição está diretamente relacionada ao acidente, e o causador deste evento deverá repará-lo, falando-se, portanto, em nexos de causalidade.

Ocorre que nas hipóteses onde acontecem várias causas, há maiores dificuldades de se estabelecer a relação casual. Por exemplo, o filho que perde a mãe no parto não poderá demandar contra o hospital se a doença que gerou a morte da genitora não tiver relação com possível omissão praticada pelos profissionais médicos.

No direito de família, havendo o abandono afetivo, a culpa do pai (ou da mãe) deverá estar caracterizada, sendo que o seu ato negativo se apresenta como uma verdadeira conduta omissiva.

Nestas situações, urge-se a necessidade de elaboração de laudo pericial, para que se atestarem os motivos que desencadearam a doença da criança.

Deve-se apontar neste referido laudo, a existência ou não da relação direta com a conduta do pai ou mãe supostamente omissivo, já que não se pode responsabilizar o pai, por exemplo, um dano que tenha se manifestado no menor em período anterior ao abandono, em decorrência da ausência de causalidade (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 49).

O nexos de causalidade, atrelado aos elementos que demonstram o dano e a culpa, são essenciais na orientação acerca da comprovação da responsabilidade civil ante a prática do abandono afetivo, à luz da jurisprudência e até mesmo da doutrina.

As relações afetivas não se restringem apenas ao dever que se impõe ao pai (ou mãe) em relação aos seus filhos, já que estes possuem o direito e dever de se relacionar com o pai, mãe, irmãos, e todos os membros da residência.

De acordo com o que já se destacou, anteriormente, a família contribui para o surgimento e evolução constante dos valores e sentimentos essenciais das pessoas. A ausência dos genitores de forma imotivada por um dos pais na vida da criança poderá acarretar em diversos sentimentos negativos e de frustração, e até mesmo em inúmeros problemas psicológicos que acompanhará a prole para o resto da vida.

Portanto, não se trata meramente de casos onde o pai ou a mãe é falecido ou até mesmo desconhecido, por exemplo, já que nestas situações, a prole sabe da sua origem. No abandono afetivo, por vez, o menor sabe da existência do genitor, e, este mesmo assim o abandona, o que contribui para que se crie no imaginário o sentimento de rejeição, de abandono e até mesmo impotência.

Além do mais, nos casos onde o genitor é falecido ou desconhecido, o outro genitor responsável pela prole, tenta em inúmeras formas a supressão desta ausência.

Se demonstrada que a ausência de qualquer dos genitores aconteceu de forma imotivada, e que isso desencadeou inúmeros danos, não apenas materiais, mas também o dano moral surge à possibilidade de ressarcimento, por meio da via judicial, objetivada pela ação, já que assim se configura os requisitos necessários para ingressar com a ação civil.

Uma vez caracterizado e demonstrado os requisitos que ensejam o dano moral, tais como a omissão, dano, culpa e nexos de causalidade, é possível, portanto, a reparação por danos morais.

A prática de abandono afetivo seja ele praticado pelo pai ou até mesmo pela mãe, é um grande fator violador da norma jurídica, o que enseja na tomada de medidas mais graves, tais como a possibilidade de destituição do poder familiar, conforme previsto na redação do artigo 1638 do Código Civil Brasileiro¹⁰.

No que se refere acerca da destituição do poder familiar, a mesma pode ou não gerar um efeito educativo necessário, já que se acaba tornando uma premiação ao pai omissor. Portanto, fala-se na criação de uma possibilidade de indenização moral, impactando de forma direta na economia daquele que praticou o abandono.

O RE SP nº 1.159.242-SP, da Ministra Relatora Nancy Andrighi¹¹, julgado pelo STJ, e que teve grande repercussão nas mídias e imprensa em geral, assim se posicionou:

¹⁰Art. 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 (BRASIL, 2002).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

Portanto, é possível compreender que o abandono afetivo é um ilícito que merece a justa reparação.

Além do mais, a jurisprudência se pautou na compreensão de que a reparação para aquele que deu causa ao abandono afetivo, descumprindo-se da sua função paternal/maternal, esquecendo-se da existência da sua prole, que necessita de assistência para desenvolver deve ser punida por meio de indenização moral.

Ressalta-se que o sentimento de amor não é um elemento que se conquista por meio do Poder Judiciário, mas o afeto se aplica como um dever, ora como um dever de amor, proteção e cuidado, muito embora se entenda ser subjetivo.

3.2.1 Do abandono dos filhos pelos pais

A cada um dos direitos dos filhos previstos na Constituição Federal, na legislação civil ou de proteção à criança há um dever dos seus pais em observá-los. No exercício de suas funções, os pais devem sempre observar o bem estar do menor, buscando propiciar plenas condições para o desenvolvimento pleno, calmo, sadio e feliz dos seus filhos. O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser a cláusula matriz da conduta dos genitores, esteja ou não esse ou aquele direito previsto na legislação.

E ainda discorre Diniz:

Esse poder conferido simultânea e igualmente a ambos o genitores e, excepcionalmente, a um deles, na falta do outro (CC, art. 1.690, 1ª parte), exercido no proveito, interesse e proteção dos filhos menores, advém de uma necessidade natural, uma vez que todo ser humano, durante sua infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e seus bens. Com o escopo de evitar o jugo paterno-materno, o Estado tem intervindo, submetendo o exercício do poder familiar à sua fiscalização e controle ao limitar, no tempo, esse poder; ao restringir o seu uso e os direitos dos pais (2010, p. 553).

O dever de criação e educação é mais amplo do que aparenta, mas em suma, deve ser entendido como a oferta aos menores pelos pais de todos os meios necessários ao pleno desenvolvimento físico, moral, cultural e social dos infantes. Desde lições mais simples como àquelas próprias de subsistência, como cuidar da alimentação, saúde e higiene, regras de comportamento e valores, até a possibilidade de educação através das instituições de ensino, tudo de acordo com os recursos e meios que os pais possuam a depender da condição socioeconômica, lembrando que o Estado exerce papel auxiliar no exercício do poder familiar.

A companhia também representa um direito-dever, já que aos pais cabe a criação, a vigilância, o controle do comportamento e companhia dos filhos e, portanto, a guarda dos filhos menores, que poderá ser exercida por ambos os genitores ou mesmo por um deles.

Os pais podem e devem avaliar sempre o que melhor atenderá aos interesses dos menores, atentando-se, sempre, à dignidade da pessoa humana, inclusive quanto a decisão de quem será o titular da guarda e as condições do direito de visitação.

Na análise dos direitos e deveres dos pais, pontua-se:

O direito dos pais de ter os filhos sob guarda pode sofrer sérias restrições (assim como o de visitas), nos casos de separação conjugal e de abrigo preventivo do filho em entidade, se houver demonstração cabal no sentido de que a companhia do pai ou da mãe é tão prejudicial ao filho que o alojamento deste na presença daqueles será a medida mais acertada para garantir o bem-estar e a paz interior do jovem (MACHADO; CHINELLATO, 2009, p. 1309).

Cabe, também, aos pais, o consentimento com o casamento dos filhos menores e se assim não o fizerem, pode o Estado Juiz exercer este papel, suprimindo tal consentimento, por entender ser o melhor aos interesses do menor, conforme artigos 1517 e 1519 do Código Civil.

A nomeação de curador pelos genitores também leva em conta o melhor interesse da criança, já que os pais são as pessoas que mais conhecem as necessidades, preferências e afinidades dos menores, sabendo, ao menos em regra, qual será o melhor destino para eles, material e emocionalmente, em caso da ausência dos genitores.

Os pais também representam os filhos até os dezesseis anos em todos os atos da vida civil e, atingida esta idade, irá assisti-los até que alcancem a plena capacidade civil ou de desenvolvimento, o que, em regra deve ocorrer aos dezoito anos.

Podem os genitores, ainda, reclamar seus filhos de quem ilegalmente os detenha através da busca e apreensão, socorrendo-se assim, do Judiciário, para garantir a integridade física e moral dos menores e exercer seu direito de companhia.

Cabe ainda aos genitores exigir obediência, respeito e serviços próprios a idade e condição dos seus filhos.

Tais direitos decorrem não só da relação de afeto estabelecida, mas também da subordinação entre pais e filhos, respeitando sempre a ideia de que o homem é ser humano, uma pessoa de direitos e também de deveres: “assim sendo, é necessário tratar da ordem que deve vigorar entre os seres humanos, valendo-se de instrumentos balizados no mecanismo da paz (POZZOLI, 2001, p. 110)”.

A noção de subordinação e respeito é fundamental à formação da personalidade e do conjunto de valores do indivíduo, pois é ela que possibilitará que o menor consiga, ao menos em tese, conviver em sociedade, respeitando as regras sociais e seus semelhantes.

O trabalho também deve ser apresentado ao menor desde seus primeiros anos de vida, mas através das pequenas tarefas cotidianas, compatíveis à condição física e psicológica da criança e de acordo com a legislação de proteção à criança e ao adolescente. É daí que o menor adquire o conceito de responsabilidade e compromisso, necessários em todas as searas e por toda a sua vida.

Não se pode esquecer que, entre os deveres dos pais, além daqueles que se relacionam com a pessoa dos filhos, há também o dever de zelar pelo patrimônio dos menores que estão sob seus cuidados.

O filho menor de dezoito anos ainda não possui a plena capacidade de direito para gerir sozinho seu patrimônio e administrar seus bens. Esta tarefa integra assim, o dever de cuidado atribuído aos pais, sendo que eventual colisão de interesses deverá ser resolvida pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, os artigos 1689 a 1693 do Código Civil.

No próximo tópico, será abordada a questão do abandono do filho em relação ao pai, verificando as hipóteses de cabimento da deserdação.

3.3 Abandono do filho em relação ao pai e cabimento da deserdação

Há doutrinadores que entendem que os artigos supramencionados do Código Civil possuem um rol taxativo, não se aplicando no caso de deserdação por abandono afetivo.

Todavia, trata-se de uma questão que não se esgota, visto que a doutrina e a jurisprudência frequentemente têm apresentado posicionamentos além do que meramente expressa a norma jurídica.

Nesta ótica, no capítulo voltado para a deserdação no Código Civil, especialmente os dispostos entre os artigos 1.961 até o artigo 1.965, traz importantes ensinamentos que aqui se aponta.

Acerca dos herdeiros necessários, estes podem sim ser privados da sua legítima, assim, como propriamente tratado, deserdados, de modo que acarreta na exclusão da sucessão.

Aponta-se que a norma de direito privado autorizada ainda por força da lei, a deserdação dos descendentes por seus ascendentes nos casos que envolvem ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com madrasta ou com o padrasto, além da hipótese de desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Em contramão, o Código Civil também traz as hipóteses de deserdação dos ascendentes pelos descendentes, caso ocorra ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou da neta, bem como na hipótese de desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Evidencia-se que no testamento deve haver a expressa declaração da causa da deserdação, apontando que no caso do herdeiro instituído, ou aquele que se aproveita da deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador.

Neste sentido, a jurisprudência tem se manifestado no aspecto de que a vontade do genitor, que deserda seu filho, mesmo falecendo, deverá prevalecer, como último ato de vontade por ele praticado.

Assim, expõe:

CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE CAUSAS DE DESERDAÇÃO - CAUSAS APONTADAS NO TESTAMENTO E COMPROVADAS PELA PROVA TESTEMUNHAL - PEDIDO IMPROCEDENTE - SENTENÇA REFORMADA. EXCLUSÃO DOS HERDEIROS DOS DESERDADOS DO TESTAMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO. 1- Tendo o falecido exarado em testamento a firme disposição de deserdar os filhos, apontando as causas da deserdação, e havendo comprovação desses fatos, deve ser mantida a disposição de última vontade do testador. 2- É incabível a discussão afeta à exclusão dos filhos dos deserdados do testamento, porque ausente legitimação dos autores para tal pleito, nos termos do art. 6º do CPC. V.V. (TJ-MG 107070103317000011 MG 1.0707.01.033170-0/001(1), Relator: EDILSON FERNANDES, Data de Julgamento: 05/09/2006, Data de Publicação: 06/10/2006)

Chama-se a atenção para o recente julgado proferido pela 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que se posicionou no sentido de que na alegação de que há desamparo praticado pelo filho herdeiro em relação ao seu genitor testador, deve-se apontar para a efetiva prova da ocorrência de causa expressa no testamento, conforme se expõe no texto a seguir:

DESERDAÇÃO. Causa fundada em desamparo imputado pelo testador gravemente enfermo a seus filhos e herdeiros necessários. Eficácia da disposição subordinada à efetiva prova de ocorrência da causa expressa no testamento. Desamparo não comprovado. Testador que não necessitava de auxílio econômico, pois provido de recursos. Insuficiência de prova quanto à ausência de amparo emocional dos filhos ao pai, enquanto se encontrava gravemente enfermo. Ônus da prova do alegado desamparo a cargo dos herdeiros instituídos ou legatários a quem aproveite a deserdação. Parte disponível da herança não atingida pela ausência de prova da causa da deserdação, como, de resto, já previsto e disposto no testamento. Sentença correta, que analisou com serenidade a prova dos autos. Recurso improvido.(TJ-SP - APL: 06053339420088260100 SP 0605333-94.2008.8.26.0100, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 21/06/2016, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/06/2016)

Há quem pondera que a regra em questão deve se aplicar nessa situação mencionada, em razão da aplicação dos princípios jurídicos, sobe a ideia de que “violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos(MELLO, 2006, p. 271)”.

Dentro desse cenário, percebe-se que é cabível a possibilidade de deserdação em caso de alienação parental, sob o fundamento de que o princípio da afetividade se equipara a um direito fundamental. “Mesmo não constando a palavra *afeto* no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o *afeto* decorre da valorização constante da dignidade humana” (TARTUCE, 2006, p.3).

É certo que a quebra de afeto entre parentes, em decorrência da prática de alienação parental, é motivo que justifica a deserdação, independente de estar expresso na lei maior.

Da mesma forma que um filho sofre com a dor do abandono afetivo praticado pelo pai, e esse é passível de reparação cível, a deserdação se mostra como instrumento hábil do pai ou mãe, contra o filho que o abandonou, e sequer se preocupou em também demonstrar afeto, durante toda a vida.

Por fim, há que se apontar que nessas situações, a deserdação se efetiva através de testamento válido, com expressa declaração do fato determinante pelo testamentário.

Os direitos e deveres decorrentes do poder familiar estão previstos no artigo 1.634¹² do Código Civil, já mencionado.

Embora o Código elenque as hipóteses acima, o dispositivo é apenas exemplificativo, consagrando os principais deveres dos genitores em relação aos seus filhos menores. A Constituição Federal elenca também outros direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, assim, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) também o faz.

Pondera-se que o sentimento de afeto tem se mostrado absolutamente importante no cenário jurídico que efetiva as garantias do Direito de Família.

A jurisprudência tem dado atenção aos casos onde se configura o abandono afetivo do testador praticado por seus herdeiros.

Em Minas Gerais, o Tribunal de Justiça do Estado julgou um caso clássico, onde deserdou três dos cinco filhos do testador, ante ao fato destes não terem oferecido qualquer assistência material ou moral ao pai, vitimado por um câncer na garganta, sofrendo o mesmo com a referida doença, por diversos anos. Dois destes filhos sequer compareceram ao enterro do homem, apontando-se para um descaso e insensibilidade, nitidamente uma situação de abandono afetivo.

Veja-se:

¹² Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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

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

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

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

EMENTA: CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE CAUSAS DE DESERDAÇÃO - CAUSAS APONTADAS NO TESTAMENTO E COMPROVADAS PELA PROVA TESTEMUNHAL – PEDIDO IMPROCEDENTE - SENTENÇA REFORMADA. EXCLUSÃO DOS HERDEIROS DOS DESERDADOS DO TESTAMENTO –IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO.

1- Tendo o falecido exarado em testamento a firme disposição de deserdar os filhos, apontando as causas da deserdação, e havendo comprovação desses fatos, deve ser mantida a disposição de última vontade do testador.

2- É incabível a discussão afeta à exclusão dos filhos dos deserdados do testamento, porque ausente legitimação dos autores para tal pleito, nos termos do art. 6º do CPC.(TJMG, Apelação Cível 1.0707.01.033170-0/001, Rel. Des. Maurício Barros, j. 5/09/2006, 6ª Câmara Cível)

A própria redação da Constituição Federal atual entende que o afeto é um valor jurídico que deve ser respeitado.

Assim, a ausência do sentimento de afeto se caracteriza como sendo o chamado "abandono afetivo", e que na maioria das vezes se apresenta principalmente a partir do término da relação dos genitores daquele determinado filho, onde o vínculo afetivo se encerrou com conflitos e brigas.

O abandono afetivo não se confunde com o abandono material, ora que o primeiro se relaciona com a ausência de dedicação e participação dos pais no desenvolvimento da prole, e o segundo se refere a ausência de pagamento de bens materiais, tais como a pensão alimentícia, por exemplo.

Todo este transtorno decorre principalmente da forma como terminou a relação dos genitores, visto que quando esse se encerra dentro de um cenário conflituoso, há grandes chances de um dos genitores abandonar o menor, ou este abandonar o seu genitor.

É certo que a jurisprudência tem entendido e se manifestado, nos últimos tempos, quanto ao tamanho da gravidade do abandono afetivo do pai em relação aos filhos, tanto que há recentes julgados entendendo a ocorrência de dano moral na vida da pessoa, que teve seus contatos privados com o genitor, por causa de omissão.

Mas por outro lado, a interpretação jurídica compreende que é possível também o genitor punir o filho que em decorrência da prática de alienação

parental, abandonou o seu ente familiar, e sequer demonstrou afeto durante a vida, não fazendo jus ao direito de herança, também conhecido como deserdação. Trata-se de uma aplicação principiológica, compatível com o Direito Civil, em especial ao Direito de Família.

Independente de ser cabível reparação por danos morais ou deserdação, é certo que a ausência de afeto praticada independentemente de quem seja, traz inúmeros transtornos tanto para genitor como para a prole, que em determinado momento poderá viver o desabor de não ter um ente próximo.

Outras situações que implicam na responsabilização dos filhos em relação aos pais, que implicam até mesmo na hipótese de deserdação, estão relacionadas ao denominado abandono material, principalmente se tratando de idosos.

De acordo com o que se apontou no capítulo anterior, diversos são os dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais que asseguram a proteção e amparo dos idosos, cabendo ao filho esta assistência.

Por exemplo, o Código Civil traz o direito de alimento aos idosos que não conseguem por si só prover, conforme respaldos no princípio da solidariedade, além de ser evidente a sua necessidade para a vida, bem como a finalidade de assegurar a solidariedade social.

E mais:

O direito a alimentos decorre do princípio da solidariedade familiar e pode ser considerado um direito fundamental por ser essencial para a sobrevivência do indivíduo, salvaguardando sua vida, saúde e dignidade. Dessa forma, "na obrigação alimentar um parente fornece a outro aquilo que lhe é necessário a sua manutenção, assegurando-lhe meios de subsistência, se ele, em virtude de idade avançada (...), estiver impossibilitado de produzir recursos materiais com o próprio esforço (GOMES, 1978, p. 455).

É cediço que os filhos possuem em relação aos pais as mesmas obrigações paternas anteriores a ocorrência da velhice, sendo que na ocorrência de haver um pai idoso que não possua condições de sobrevivência e que dependa de um dos filhos, os demais deverão responder pelos encargos de acordo com a sua proporção e recursos." Todos os filhos, aqui, são responsáveis

pela manutenção paterna, pagando mais os mais abastados e menos, o de menos ganho (VILAS BOAS, 2005, p. 30)".

Além da obrigação real e legal decorrente da natureza material e pecuniária, imputam-se ainda os casos de ocorrência do abandono afetivo praticado pelos filhos, sendo que esta temática é justificadora do referido título do presente tópico, por si só.

Trata-se das situações onde os filhos deixam os seus pais em asilos, prometendo o retorno, mas nunca mais o faz, por exemplo, privando os idosos da convivência familiar, o que viola veemente o Estatuto do idoso no que diz respeito a assistência afetiva, prevista no artigo 3º.

Esta negação ao amparo afetivo, assim como no aspecto psíquico e também moral acarreta em inúmeros danos à personalidade do idoso, ante o cerceamento dos direitos e valores fundamentais, decorrentes da dignidade, honra, moral, reputação social, já que a omissão da prole acarreta em aflição, dores, sofrimentos, sentimentos de angústia, o que contribui até mesmo para o surgimento de doenças que desencadeiam na morte.

Referente este descaso:

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença (AZEVEDO, 2014, p. 14).

A partir das referidas afirmações, denota-se que assim como as prestações pecuniárias se mostram relevantes, o afeto em relação aos idosos também pondera-se como elementos essenciais, visto que a convivência se apresenta como um elemento moral, psíquico e fundamental.

Nesta ótica, o abandono afetivo é causa para a deserdação, já que a prole deixou de cumprir com um dever legal que fora atribuído, ocasionando na existência de um dano moral. A deserdação terá um viés compensatório e pedagógico.

O abandono afetivo, tanto como ocorrendo contra os filhos e praticado pelos pais, mas no sentido inverso, deve ser compreendido como ensejador de um dano que merece punições.

Ora, já que se trata de um valor jurídico, é passível de indenização e punição.

No caso do idoso, se tratando de um dever jurídico amparado pela lei que não é observado e respeitado, atenta-se para a ocorrência de um ato ilícito que enseja imediata reparação, ora que se trata de um atentado aos direitos fundamentais dos mais velhos.

Assim como acontece com os menores, o abandono afetivo dos pais, especialmente dos idosos é uma triste realidade na sociedade, sendo o cerne de inúmeros problemas.

Não é certo que a jurisprudência privilegie um filho que abandonou seu pai no momento da velhice, tal como não é certo um pai não se preocupar em cuidar e zelar do seu filho menor.

Ambos os casos devem ser reparados, evitando-se assim, transtornos causados pelo abandono afetivo.

O desamparo causado pela ausência de afeto se mostra como um elemento absolutamente gravoso, que merece atenção e reparo, já que atinge a esfera imaterial.

Ademais, o desamparo e abandono, por si só, merece claramente a punição por parte dos herdeiros, ora que se trata de uma conduta ausente de ética e moral do agente causador.

Mesmo que de forma bastante tímida, destaca-se que o direito das sucessões tem assegurado a importância ao afeto para as relações entre os indivíduos.

Portanto, os sentimentos afetivos jamais deverão prevalecer sobre os sentimentos de afeto e solidariedade que se espera das pessoas.

Discorre, portanto:

O sentimento afetivo é de maior relevância, não sendo mais os laços sanguíneos suficientes para caracterizar a existência da entidade familiar. Não pode a justiça se utilizar do fator biológico entre o autor da herança e o herdeiro para beneficiar um indivíduo, para isso pondó em detrimento os laços afetivos. Num

exemplo simples, seria o mesmo que recompensar alguém por não fazer nada, punindo em contrapartida aqueles que ao longo de uma vida se mostram afetuosos e solícitos para com o de cujus (SPERIDIÃO; PEREIRA; 2013, p. 64)

Assim, conforme mencionado pelas autoras, os aspectos biológicos não são sinônimos de que o sucessor tem direito aos bens e heranças. A recompensa por aquele que nada fez não deve existir, sendo que cabe ao direito ponderar o afeto como algo absolutamente relevante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo iniciou-se analisando a família e sua relação com o Direito.

Desta forma, o conceito de família está ligada à reunião de pessoas que se ligam mediante uma particularidade, algo comum, sendo que a sua proteção se mostra natural dentro do campo de compreensão do direito, ora que ela está diretamente relacionada a formação da sociedade e também ao seu modo de organização.

Quanto a família e eventualmente o campo do Direito de Família constitui o que se denomina como “complexo de normas disciplinares das relações de família. A Constituição Federal assegura a família como esteio, à base de toda a sociedade, atribuindo direitos a ela, a sociedade e ao Estado em assegurar proteção aos direitos essenciais.

A sua compreensão é absolutamente relevante no ordenamento jurídico, em razão de conectar-se com todos os demais ramos e campos de compreensão do Direito, pontuando-se na regulação das relações que possam existir na sociedade.

No que diz respeito à constituição da família brasileira, persiste a forte influência de Portugal, em razão das normas, cultura e religiosidade que lhe fora imposta ao longo do processo de colonização.

Antigamente, o casamento religioso era o marco inicial para a Constituição das Famílias, tanto que o Código Civil de 1916 reconhecia apenas a existência da família legítima, constituída pelo matrimônio, onde todas as relações não previstas em lei eram desconsideradas pelo Estado, evidenciando o papel do homem como o verdadeiro chefe da família.

Porém, foi a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe significativas modificações quanto a ordem e valores no âmbito de atuação e aplicação do direito de família.

Um dos principais pontos de destaques da atual Constituição, então promulgada, diz respeito acerca da tutela dos direitos fundamentais, onde se entendeu o ser humano a partir do respeito e consagração acerca da sua

essência, da sua dignidade, da liberdade e também do respeito, não havendo qualquer tipo de distinção entre homem e mulher, ou seja, prevalecendo a igualdade entre os indivíduos independente da identidade de gênero; das liberdades e proteção aos direitos das mulheres; o reconhecimento de união estável; além da igualdade entre todos os filhos, independente de ser gerado fora da constância do matrimônio.

A Constituição Federal foi responsável por significativas modificações acerca da aplicação do direito de família, pautando-se como base para a reestruturação do direito civil que cominou na positivação trazida no Código Civil de 2002.

Assim, a partir deste advento a família foi reconhecida como entidade familiar a formada por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como os direitos e deveres inerentes a sociedade conjugal, atribuídos igualmente aos homens e mulheres.

O trabalho ainda abordou acerca dos princípios constitucionais de direito de família, que são assegurados a partir de sua força normativa, amparam as decisões e entendimentos em todo o Direito.

Ante as referidas considerações, o segundo capítulo abordou o afeto como valor jurídico, sendo este compreendido como a interação entre as pessoas, sendo que a própria comunicação pode ser demonstrada como uma relação afetiva.

A Constituição Federal entende que o afeto assegura o valor jurídico que deve ser respeitado, buscando assegurar que as relações familiares, a partir dos novos modelos familiares existentes, impeçam que as normas de direito de família sejam restringidas, visto que elas devem se adaptar ante a ocorrência das mais variadas transformações que acontecem no contexto social.

Por vez, o abandono afetivo interliga-se ao dever de convivência descumprida nas relações familiares, especialmente naquelas que envolvam a paternidade ou maternidade. O abandono afetivo é algo extremamente danoso na vida do menor “esquecido”, ora que não são os meros prejuízos financeiros que lesionam a vida do menor, mas sim a carência, que se inicia a partir da ausência de afeto, ensejando na ocorrência dos mais variados transtornos de natureza psicológica.

Uma hipótese que demonstra claramente a ocorrência de abandono afetivo, diz respeito aos casos de eminente separação dos genitores, dada a separação dos pais marcada por aspectos negativos, tais como a mágoa e o rancor, esta relação acaba se tornando um problema, resultando, conforme já discorrido, no abandono dos pais em face dos filhos, assim como ocorre no abandono dos filhos que se distanciam dos pais.

Tanto o pai, como também a mãe que abandona o seu filho, além de deixar de exercer um direito e dever legal, descumpre, conseqüentemente, a norma jurídica, falando-se até mesmo na destituição do poder familiar, de acordo com a previsão estipulada no artigo 1638 do Código Civil Brasileiro, embora haja quem defenda que a mera destituição deste poder, será apenas uma continuidade do abandono afetivo que então já ocorre.

Por outro lado, há quem considera que o abandono afetivo possa ocorrer também em face de um dos genitores, ensejado até mesmo, pela prática de alienação parental, devendo o direito atribuir algum tipo de punição para o genitor causador do fato e até mesmo pela prole que recusou ofertar afeto que se omitiu, através do instituto jurídico da deserdação.

Com isso, a deserdação terá a finalidade de desprestigiar aquele herdeiro necessário, que teve (ou não teve) uma relação de afetividade abalada com o testador, independente de que existam laços sanguíneos fortes.

Outro ponto que foi abordado no presente estudo, diz respeito a responsabilização civil em decorrência do abandono afetivo e da deserdação, iniciando-se pela possibilidade de indenização em razão do abandono afetivo ser uma perspectiva aceita na Justiça Brasileira por diversos tribunais

No que diz respeito ao cabimento de indenização por danos morais, o assunto atualmente é pacificado na doutrina e na jurisprudência. Portanto, o dano moral é caracterizado pela ocorrência de uma lesão ao íntimo da personalidade, assim a prova em juízo é desnecessária.

Acerca do afeto que enseja a ocorrência de dano, fundamenta-se na sua lógica o próprio dano moral, que só será caracterizado a partir do momento em que ao pai é imputada a obrigação em reparar os danos, desde que presente todos os requisitos exigidos para uma ação desta mesma natureza jurídica, tais como a ocorrência de dano, prática de ato ilícito, nexo de causalidade, etc.

Desta forma, para se aferir a responsabilidade civil, devem-se também atentar-se à compreensão acerca da responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

percebe-se que a responsabilidade civil tem o objetivo de tornar a situação da pessoa que foi lesada ante a ausência de afeto, parecida ou igual à situação anterior do dano.

Esta compreensão se vale como instrumento de reparação da situação a partir da disposição do patrimônio do causador ou responsável. A indenização civil visa a compensação quanto a vítima e um cunho pedagógico punitivo em relação ao causador, que poderá ser o genitor.

As causas de abandono afetivo se apresentam como verdadeira afronta ensejadora de danos, cabendo ao instituto da responsabilidade civil atuar na busca pela reparação. Há que se pontuar que a partir do abandono afetivo, enseja-se para a existência do denominado “dano moral”, que se define como a lesão injusta a bens tutelados e que não são de cunho patrimonial.

Notou-se ao longo do trabalho, que os direitos de família e que muitas vezes decorrem do afeto, não só da relação de afeto estabelecida, mas também da subordinação entre pais e filhos, respeitando sempre a ideia de que o homem é ser humano, uma pessoa de direitos e também de deveres.

Aponta-se que o Código Civil também traz as hipóteses de deserdação dos ascendentes pelos descendentes, caso ocorra ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou da neta, bem como na hipótese de desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Em contramão, a norma de direito privado autorizada ainda por força da lei, a deserdação dos descendentes por seus ascendentes nos casos que envolvem ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com madrasta ou com o padrasto, além da hipótese de desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

A interpretação jurídica compreende que é possível também o genitor punir o filho que em decorrência da prática de alienação parental, abandonou o seu ente familiar, e sequer demonstrou afeto durante a vida, não fazendo jus ao direito de herança, também conhecido como deserdação. Trata-se de uma

aplicação principiológica, compatível com o Direito Civil, em especial ao Direito de Família.

A própria redação da Constituição Federal atual entende que o afeto é um valor jurídico que deve ser respeitado. Assim, a ausência do sentimento de afeto se caracteriza como sendo o chamado "abandono afetivo", e que na maioria das vezes se apresenta principalmente a partir do término da relação dos genitores daquele determinado filho, onde o vínculo afetivo se encerrou com conflitos e brigas.

O abandono afetivo, tanto como ocorrendo contra os filhos e praticado pelos pais, mas no sentido inverso, deve ser compreendido como ensejador de um dano que merece punições.

Ora, já que se trata de um valor jurídico, é passível de indenização e punição.

Portanto, denota-se que o desamparo causado pela ausência de afeto se mostra como um elemento absolutamente gravoso, que merece atenção e reparo, já que atinge a esfera imaterial.

Por fim, aponta-se claramente que os aspectos biológicos não são sinônimos de que o sucessor tem direito aos bens e heranças. A recompensa por aquele que nada fez não deve existir, sendo que cabe ao direito ponderar o afeto como algo absolutamente relevante.

REFERÊNCIAS

ALBERNAZ, Renata Ovenhausen; MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação. **Relação Humana e Direito de Família: em busca da expressão de uma relação humana constitutiva da experiência familiar**. In: XVIII Congresso Nacional do Conpedi, 2009, São Paulo. Estado Globalização e Soberania: o direito do século XXI. Anais do XVIII Encontro Nacional do Conpedi. Florianópolis - SC: Fundação Boiteux, 2009.

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Valor jurídico do afeto nas relações do direito de família: construindo o saber jurídico**. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília/SP - UNIVEM, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Jornal do Advogado** - OAB/SP - n 1º 289, dez/2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio De Janeiro. São Paulo: Renovar, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

BEAUVOIR, Simone de. **A velhice**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 jun .2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jun. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70036776078. 7ª Câmara Cível, j. 26.01.2011. Rel. Des. Roberto Carvalho Fraga. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª.ed. Rev. E Ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA MACHADO, Antonio Claudio da; CHINELLATO, Silmara Juny. **Código Civil Interpretado**. Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 2 ed. Barueri, SP: Manole, 2009.

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

_____. **Manual de Direito de Famílias**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 5, Direito de Família, 24 ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro 7º volume, Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa** (Versão Online). Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com.br>>. Acesso em 16 jun. 2016.

FRÓES, Carla Baggio Laperuta; TOLEDO, Iara Rodrigues de. **Da afetividade e do direito personalíssimo ao patronímico/matronímico**. In: Iara Rodrigues de Toledo, Sarah Caroline de Deus Pereira, Carla Baggio LaperutaFróes. (Org.). Estudos acerca da efetividade dos direitos de personalidade no direito das famílias. 1ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013, v. 1, p. 203-222.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade Civil. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)**. Tradução de Rita Rafaeli. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, Gisele. **Peculiaridades do direito de família**. Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11585>. Acesso em: 03 jul. 2016.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: RT, 1960.

MEDEIROS, Noé. **Lições de Direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997.

MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; PIMENTEL, Fernanda . Família ou contrato? Reconhecimento das uniões homoafetivas na cultura jurídica brasileira. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. v. 6. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTEIRO, Wesley. **O rompimento conjugal e suas consequências jurídicas: ensaio sobre alienação parental**. *Âmbito Jurídico*, v. 93, 2011.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento jurídico do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

NUNES, Andréa Ribeiro. **Princípio da afetividade no direito de família**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 130, nov 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15406>. Acesso em: 01 jul. 2016.

OLIVEIRA, Euclides de. **Do direito de família**. Publicado em: 2011. Disponível em: <www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Euclides/Direitofamilia.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Direito de Família. rev e atual. vol. V. 13.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Sarah Caroline de Deus; FROES, Carla Baggio Laperuta. A importância do afeto familiar para a saúde social do infrator nos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTP?s). **Regrad**. Revista Eletrônica de Graduação do Univem, v. 6, p. 106-115, 2013.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Fabiani; RUBIO, Juliana de Alcântara Silveira. Afetividade: Abordagem no Desenvolvimento da Aprendizagem no Ensino Fundamental - Uma Contribuição Teórica. **Revista Eletrônica Saberes da Educação** – Volume 3 – nº 1 - 2012.

SCHIMIDT, ShaumaSchiavo. A legitimidade do afeto no estado democrático de direito. **Revista Em Tempo** (Online), v. 13, p. 218-230, 2014.

SPERIDIÃO, Lucimara Barreto; PEREIRA, Cláudia Fernanda de Aguiar. **Sucessão testamentária: o abandono afetivo como causa de deserdação**. *RevisraJurisfib*, v. IV, p. 37, 2013.

SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao Filho: descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por dano à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 6, n. 25, ago-set. 2004.

SOUZA, Ionete de Magalhães. **Responsabilidade Civil e Paternidade Responsável: Análise do Abandono Afetivo de Filho no Brasil e na Argentina**. In: *Revista IOB de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 11, n. 58, 2010.

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

TARTUCE, Flávio. **O dano Moral à integridade psíquica: uma análise interdisciplinar in Questões Controvertidas- Responsabilidade Civil**. Séries Grandes Temas de Direito Privado. v. 5. Coordenação Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método, 2006.

_____. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. In: JusBrasil. Disponível em: <flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 10 mai. 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

_____. **Direito Civil: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito Civil: Direito de Família**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Civil: Direito de Família**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VILAS BOAS, Marco Antonio. **Estatuto do idoso comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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