



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR**

TEREZA CRISTINA DE OLIVEIRA CARNEIRO

**ANÁLISE DA TEORIA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS
EM DECORRÊNCIA DE ABANDONO SOCIOAFETIVO**

Salvador
2017

TEREZA CRISTINA DE OLIVEIRA CARNEIRO

**ANÁLISE SOBRE A TEORIA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANOS
MORAIS EM DECORRÊNCIA DE ABANDONO SOCIOAFETIVO**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de
Direito, como requisito para obtenção do grau de
Especialista em Direito Civil e Direito do
Consumidor, turma 2015.2.

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

TEREZA CRISTINA DE OLIVEIRA CARNEIRO

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de Especialista em Direito Civil e Direito do Consumidor, na Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, __ / __ / 2017.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom da vida e por me oportunizar a concretização de mais uma ferramenta que certamente contribuirá para meu crescimento profissional.

Meu muito obrigada aos professores, aos colegas de pós-graduação, e a todos contribuíram para concretização deste trabalho.

Agradeço ao meu avô Ely (*in memorian*) e a minha avó Tereza, por me ensinarem o valor do exemplo.

Agradeço aos meus pais, Nide e Tadeu, pelo apoio incondicional e amor de uma vida inteira! Sem a confiança e a dedicação de vocês, não teria chegado até aqui, minha vida teria tomado outros rumos e o Direito seria um sonho impossível! A vocês a minha eterna gratidão!

Muito obrigada a minhas irmãs, Luana (minha Dunga) e Daiane (minha Kandoka), pela cumplicidade, pelas palavras de apoio, pela amizade, pelo convívio diário que torna mais leve o meu caminhar. Nós temos amor para esta e tantas outras vidas!

Não poderia deixar de agradecer a Gui e Bebelice, meus filhos emprestados! Acreditem, sou mais feliz desde que vocês chegaram!

O meu muito obrigada aos integrantes das minhas grandes famílias, Oliveira, Carneiro e Peixoto pelo aprendizado proporcionado ao longo do caminho, pelas experiências vivenciadas e lições que somente o respeito as diferenças é capaz de ensinar!

Agradeço a todos os amigos que me acompanham pela vida afora, os quais não nominarei aqui para não ser injusta com ninguém! Vocês me permitem comprovar, que os laços de família se estendem para além da consanguinidade, e que, sobretudo, as nossas escolhas são responsáveis pela nossa felicidade!

Finalmente, agradeço ao meu marido Geovane, meu maior incentivador, pelo apoio incondicional, pela paciência, pela compreensão nos momentos de ansiedade, pelo companheirismo, pela preocupação e cuidados diários! Você contribui para que eu me torne um ser humano melhor!

“A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso, para que eu não deixe de caminhar.”

(Eduardo Galeano)

RESUMO

O presente trabalho pretende fazer uma análise da teoria da responsabilidade civil em decorrência de abandono socioafetivo. Para tanto, fez-se uma análise da evolução da família e dos princípios que a regem, da necessidade de respeito pelo Estado à autonomia privada, e de como a patrimonialização das relações afetivas e responsabilização civil dos pais em decorrência de abandono socioafetivo pode acirrar a ruptura dos laços familiares, defendendo que a abertura demasiada do sistema jurídico, com aplicação indiscriminada da responsabilização civil nos casos de abandono socioafetivo, pode trazer consequências graves à própria família. Por fim, fazemos uma breve análise sobre a mediação por entendermos que pode ser um instrumento utilizado pelo Estado que permita soluções harmônicas para os problemas familiares.

Palavras-chave: Família. Afetividade. Abandono Socioafetivo. Intervenção Estatal. Autonomia. Responsabilidade Civil. Mediação.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA.

2.1. Retrospectiva histórica

2.2 Breves notas sobre a mudança na concepção de família no direito brasileiro

2.3. Conceito atual de família

3. AS RELAÇÕES HUMANAS NA MODERNIDADE E PÓS-MODERNIDADE

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

4.1. Princípio da dignidade da pessoa Humana

4.2. Princípio da solidariedade

4.3. Princípio da Igualdade

4.4. Princípio da Liberdade ou Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família

4.5. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

4.6. Princípio da convivência familiar

4.7. Controvérsia quanto a existência do Princípio da Afetividade no ordenamento jurídico brasileiro

5. O PODER FAMILIAR E OS DEVERES IMPOSTOS PELO ARTIGO 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

5.1. O abandono socioafetivo

5.2. As normas sancionatórias ao abuso do poder familiar

6. LIBERDADE, AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

7. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO SOCIOAFETIVO

7.1. Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

7.2. Responsabilidade civil contratual e extracontratual

7.3. Elementos da responsabilidade civil e o dever de indenizar

7.3.1. Conduta humana ilícita

7.3.2. O dano

7.3.3. O nexo de causalidade

8. A PATRIMONIALIZAÇÃO DO AFETO E AS CONSEQUÊNCIAS DO ARBITRAMENTO DOS DANOS MORAIS EM DECORRÊNCIA DE ABANDONO SOCIOAFETIVO

9. A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE RECOMPOSIÇÃO DE LAÇOS FAMILIARES A SERVIÇO DO JUDICIÁRIO

10. CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Os adeptos da teoria da responsabilização civil em decorrência do abandono socioafetivo, defendem a possibilidade de o filho exigir judicialmente dos pais, a reparação civil por danos morais ocasionados por este fato, que sobreviria do descumprimento, pelo genitor (a), dos deveres oriundos do poder familiar, notadamente do dever de convivência, dever de cuidado e dever de afetividade.

Recentemente, revendo posição anterior, decidiu o Superior Tribunal de Justiça¹, pela condenação de um pai a indenizar sua filha em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), a título de danos morais por "*abandono afetivo*". Entendeu o Tribunal que a paternidade traz vínculos objetivos para os quais há previsões legais e constitucionais de obrigações, como o dever de convívio e de cuidado, de criação e de educação dos filhos. Assim, não observados estes deveres, se tornaria possível a responsabilização civil do genitor (a).

O importantíssimo precedente abre importante espaço para discussão sobre os deveres positivados no ordenamento, devendo se discutir, para tanto, os limites à interferência do Estado, bem como, as consequências para a família da aplicação indiscriminada da responsabilização civil em decorrência de abandono socioafetivo.

Outro ponto relevante é a discussão sobre a patrimonialização da moral de forma indistinta, bem como, a existência de outros recursos que não a judicialização da matéria, buscando-se, portanto, a solução do problema em campos distantes do Poder Judiciário.

Assim, no capítulo dois faremos uma retrospectiva histórica sobre o surgimento e a evolução da família, sua transformação axiológica, e a assimilação da afetividade pelo ordenamento brasileiro pela família contemporânea.

No terceiro capítulo, trabalharemos os conceitos de modernidade e pós modernidade, suas principais características e as dificuldades que as mudanças estruturais da sociedade ocasionaram aos relacionamentos humanos.

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 24 de abril de 2012.

Nos capítulos quatro e cinco, estudamos os princípios informativos do direito de família, o artigo 227 da Constituição Federal e os deveres impostos aos membros da entidade familiar.

No capítulo seis, buscamos demonstrar a importância do Princípio da autonomia da vontade, como um delimitador das interferências do Estado nas liberdades individuais, traçando um paralelo entre autonomia da vontade e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Já no capítulo sete estudamos a responsabilidade civil, os perigos da abertura demasiada do sistema aos ditos “danos existenciais”, os elementos da responsabilidade civil e a sua aplicação no direito de família.

No capítulo oito fizemos um estudo sobre a patrimonialização do afeto, e as consequências que eventual arbitramento de indenização por danos morais podem acarretar, acirrando a ruptura dos laços familiares.

Por fim, no capítulo nove, tentamos demonstrar a importância de o Estado utilizar a mediação como instrumento para recomposição dos laços familiares.

O recurso metodológico escolhido foi o exploratório, que tem como objetivo central descrever o problema para posteriormente analisá-lo, de forma crítica, sem, contudo, esgotar a temática.

A escolha desta opção metodológica permite uma maior explicitação do tema, e ao final possibilita levantar novas hipóteses sobre ele, com o escopo de um aprofundamento futuro, sem, necessariamente, em um primeiro momento, estabelecer uma resposta definitiva às hipóteses inicialmente aventadas.

Admite, portanto, um planejamento mais flexível, possibilitando a consideração dos mais variados aspectos relativos ao problema estudado, inclusive sobre uma perspectiva multi e interdisciplinar.

Os procedimentos a serem utilizados na pesquisa devem estar aptos a colher as informações necessárias à consecução desses objetivos. Como acontece com as demais pesquisas exploratórias, desenvolve-se a partir, fundamentalmente, de levantamento bibliográfico. Além disso, será feita também análise documental, que recairá sobre julgados proferidos por tribunais pátrios.

2. A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA.

A família como fenômeno biológico e como fenômeno social, precede a história dos grupos humanos. É na família que vai se suceder os fatos elementares da vida do homem, desde o nascimento até a sua morte. Nela o homem vai exercer atividades de cunho espiritual, biológico, psicológico, filosófico, refletirá suas escolhas profissionais, seus sucessos e fracassos. Enfim, na família o homem desenvolverá e exercitará a sua personalidade.²

Por isso mesmo, para compreensão do conceito e aceção do que hoje se entende por família, é necessário adentrarmos na sua evolução ao longo da história e a sua resignificação, obtida a partir da influência de uma complexidade de fatores históricos, políticos, sociais e culturais.

2.1. Retrospectiva histórica.

A família, célula mãe da sociedade, desde tempos remotos, em maior ou menor grau, vêm recebendo a proteção do direito. Ao longo dos anos, tanto o seu conceito, quanto a proteção que lhe é outorgada, foram se transformando a partir da evolução da própria sociedade.

Para se chegar ao melhor conceito de família na atualidade, mister se faz estudar a evolução da família ao longo dos anos, o comportamento dos integrantes do grupo familiar, e a influência do direito em cada fase de evolução desse grupo.

Conforme observação de Luis Edson Fachin, *“é inegável que a família como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais.”*³

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2a. Ed. 2010. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. p.2

³ FACHIN, Luis Edson. **Elementos críticos do direito de família**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.

Segundo lição de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

Etimologicamente, a expressão “família” vem da língua dos oscos, povo do norte da península italiana, *famel* (da raiz latina *famul*) com o significado de servo ou conjunto de escravos pertencentes ao mesmo patrão. Esta origem terminológica, contudo, não exprime a concepção atual de família, apenas servindo para demonstração da ideia de agrupamento.⁴

Com relação aos primeiros anos da humanidade, a evolução da família pode ser dividida em três fases históricas, assim nominadas: o estado selvagem, a barbárie e a civilização.

Assim, segundo Rodrigo da Cunha Pereira:

“No estado selvagem, os homens apropriam-se dos produtos da natureza prontos para serem utilizados. Aparece o arco e a flecha e, conseqüentemente, a caça. É aí que a linguagem começa a ser articulada. Na barbárie, introduz-se a cerâmica, a domesticação de animais, agricultura e aprende-se a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano; na civilização o homem continua aprendendo a elaborar os produtos da natureza: é o período da indústria e da arte.”⁵

Friedrich Engels⁶, ao fazer a análise dos primeiros anos da humanidade, descreve o estado selvagem, dividindo-o em três fases. Na fase inferior, o homem vivia em árvores e lutava pela sobrevivência em meio a feras selvagens. Sua alimentação era à base de raízes e frutos. Na fase média, o homem começou a agregar à sua alimentação frutos do mar, e caracterizou-se pelo surgimento do fogo, a maior descoberta da humanidade.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op. cit.p.9

⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. ***Direito de Família: uma abordagem psicanalítica***. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 12.

⁶ ENGELS, Friedrich. ***A origem da família da propriedade privada e do Estado***: Texto Integral. Traduzido por Ciro Mioranza. 2ª. ed. rev. São Paulo: Escala, [S.d]. (Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, v.2).

Em virtude da descoberta do fogo, na terceira fase, o homem aprimorou a sua alimentação com a utilização de tubérculos e despertou para as invenções de armas usadas na caça de animais, acrescentando também a carne a sua alimentação. Nesta época, as residências fixavam-se em aldeias e os homens passavam a desenvolver atividades como construção de utensílios feitos de madeira.

Em relação a fase da barbárie, Friedrich Engels⁷, divide seu estudo também em três fases idênticas às acima mencionadas. Na fase inferior, o homem descobriu a argila e a utiliza-la para revestir cestos e vasos para sua utilização. Outra característica importante dessa fase, foi que o homem para se alimentar, passou a produzir o seu próprio sustento, através do cultivo doméstico de plantas e da criação de animais.

Nos primórdios da civilização, o homem vivia em grupos com a finalidade de garantir a subsistência dos indivíduos. Não havia noção de sentimento nos relacionamentos, prevalecendo à poligamia e a sociedade essencialmente era matriarcal. Autores salientam que a vida sexual em algumas tribos era intensa, não raro com a existência de relações incestuosas e a prevalência de promiscuidade:

Em todas as formas de família por grupos, não se pode saber com certeza quem é o pai de uma criança. Mas sabe-se quem é a mãe. Ainda que ele chame filhos seus a todos os da família comum, e tenha deveres maternos para com eles, nem por isso deixa de distinguir seus próprios filhos entre os demais. É claro, portanto, que em toda parte onde existe o matrimônio por grupos a descendência só pode ser estabelecida do lado materno e, por conseguinte, apenas se reconhece a linhagem feminina. Encontra-se nesse caso, de fato, todos os povos selvagens e todos os povos que se acham na fase inferior da barbárie; ter sido o primeiro a fazer essa descoberta foi a segunda grande façanha de Bechhofen. Ele designa o reconhecimento exclusivo da filiação materna e as relações de herança dele deduzidas com nome de direito materno. Conservo essa expressão por motivo de brevidade, mas ela é inexata, porque

⁷ ENGELS, op. cit., p. 34-5.

naquela fase da sociedade, ainda não existia direito no sentido jurídico da palavra⁸

A fase monogâmica da família, como se conhece hoje, somente vai se desenvolver tempos depois:

Baseia-se no predomínio do homem; sua finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível; e, exige-se essa paternidade, indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão, um dia, na posse dos gens de seu pai. A família monogâmica diferencia-se do matrimônio sindiásmico⁹ por uma solidez muito maior dos laços conjugais., que já não podem ser rompidos por vontade de qualquer das partes. Agora, como regra, só o homem pode rompê-los e repudiar a sua mulher. Ao homem, igualmente, se concede o direito à infidelidade conjugal, sancionado ao menos pelo costume (o Código de Napoleão outorga-o expressamente, desde que ele não traga a concubina ao domicílio conjugal), e esse direito se exerce cada vez mais amplamente, à medida que se processa a evolução da sociedade. Quando a mulher, por acaso, recorda as antigas prática sexuais e intenta renová-las, é castigado mais rigorosamente do que em qualquer outra época anterior.

Essencialmente, a família, na acepção da palavra, firmou sua organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador e intimidador do pai, que assumia a direção desta entidade, dos bens e a sua evolução.

Se hoje a família se destaca por ser um grupamento de pessoas em busca de objetivos comuns, afeto e felicidade, ao contrário na antiguidade merecia destaque a falta de afeto entre os membros da família, que se unia com o único propósito de

⁸ ENGELS, op. cit., p. 38

⁹ *“Um núcleo familiar que nasceu no limite que separa o estado selvagem da barbárie, não mais podendo juntar casamentos de irmão consanguíneos. Quando a família era formada por membros com laços consanguíneos.”* (Dicionário Informal. Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/sindi%C3%A1smica/>. Acesso em 10/03/2017)

conservação dos bens, a prática comum de um trabalho e, nos casos de crises, a preservação da honra e das vidas.

Orlando Gomes¹⁰ define a família romana, como sendo um *“conjunto de pessoas sujeitas ao poder do pater famílias, ora grupo de parentes unidos pelo vínculo de cognição, ora o patrimônio, ora a herança”*.

Somente a partir do direito romano nasceu a família como *“estrutura inconfundível, tornando-se unidade jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade soberana de um chefe”*¹¹. Este chefe era chamado de *“pater”*, representando todo o poder da família, exercendo autoridade sobre os filhos e sua esposa. Só o pai exercia o pátrio poder, competindo à mãe somente certos direitos relativos à obediência dos filhos.

Com o advento do Império Romano, a visão da família começa a mudar, a exemplo o sistema começou a admitir que ocorressem abusos ao poder do *pater*, a mãe passa a ter direitos na herança dos filhos, se este não tivesse descendentes e irmãos. No império romano a mulher passa a ter mais autonomia e a participar da vida social e política, sendo certo que essas mudanças refletiram na concepção de família.¹²

Ao longo dos séculos, a família ainda sofreu grande influência do Cristianismo¹³, e principalmente do direito canônico, uma vez que *“esse sempre se pôs de acordo com os fins éticos, que inspiram e animam a ordem jurídica. Sendo uma legalidade que se ampara à justiça, um direito-caridade, sempre atua na defesa dos incapazes e fracos, na hipossuficiência, por assim dizer”*¹⁴.

¹⁰ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 33.

¹¹ GOMES, op. cit p 39

¹² WALD, Arnoldo. **Direito de Família**. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p.22

¹³ “Nessa tradição, Deus apresenta-se como o modelo de pessoa para todos os seres-humanos, fundamentando-se na Santíssima Trindade (três pessoas com uma só substância: pai – filho – espírito santo), quebrando a tese da unidade divina¹³. A moral humana, portanto, somente é encontrada em Deus, vez que esse passa a ser o seu paradigma. (...) A proposta do humanismo cristão, então, sustentada pelo catolicismo, se funda na máxima de que o direito se funde a uma espécie de moral, que por sua vez tem embasamento metafísico. Reivindica, nesta perspectiva, que se busque a marca divina inscrita na natureza do ser-humano, por intermédio de processos metafísicos.” (PEIXOTO, Geovane. **Direitos Fundamentais, hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 44.)

¹⁴ TAVARES, Osvaldo Hamilton. **A Influência do Direito Canônico no Código Civil Brasileiro**. In **Justitia**. São Paulo 47 (132), out-dez 1985, p.53.

Chamamos atenção ainda, para o fato de que o direito canônico teve o mérito de estruturar, através de princípios normativos, a família. Isto porque, até então, a família era formada por meio dos costumes, sem regramentos jurídicos. Assim, por forte influência do direito canônico a base da família passou a ser o casamento, uma vez que somente haveria família, caso houvesse casamento:

Fundada essencialmente no casamento, que, de situação de fato, foi elevado à condição de sacramento, tal modelo tornou-se hegemônico na sociedade ocidental, passando da Antiguidade para a Idade Média, até chegar à Idade Moderna, marginalizando potencialmente outras modalidades de composição familiar.¹⁵

A partir do fortalecimento do poder da Igreja e principalmente durante a idade média, aquela começou a interferir de forma decisiva nos desígnios familiares. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira¹⁶, a partir desse momento a Igreja passou a empenhar-se em combater tudo o que pudesse desagregar o seio familiar.

Assim, assevera o referido autor:

“O aborto, o adultério, e principalmente o concubinato, nos meados da Idade Média, com as figuras de Santo Agostinho e Santo Ambrósio; até então o concubinatus havia sido aceito como ato civil capaz de gerar efeitos tal qual o matrimônio. Os próprios reis mantiveram por muito tempo esposas e concubinas e até mesmo o clero deixou-se levar pelos desejos lascivos, contaminando-se em relações carnais e devassas, sendo muito comum a presença de mulheres libertinas dentro dos conventos.”¹⁷

Segundo Aina Angelini Hohenfeld, *“o predomínio da família monogâmica instala o modelo que impera até boa parte do século passado, sobretudo nas sociedades cristãs ocidentais, qual seja, a família matrimonializada, nuclear e patriarcal.”¹⁸*

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.50.

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

¹⁷ Idem, op.cit p. 18.

¹⁸ ANGELINI NETA, Aina Hohenfeld. **Convivência Parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 33.

A partir do século XIX, com as crescentes transformações sociais e modernizações trazidas com a revolução Industrial, o modelo familiar mudou, influenciado pela ideia da democracia, pelos ideais de igualdade e fraternidade, e, principalmente, visando a preservação da dignidade da pessoa humana.

Atualmente verifica-se que a família se voltou a busca da afeição, deixando de ser uma instituição onde se objetivava somente a preservação de bens e a manutenção de tradições, nome e honra. O modelo de família da atualidade, já não é mais a do patriarcado, nem a que se forma pelo instituto do casamento, mas, sim, àquela que se forma pelos laços de afeto.

Neste diapasão, podemos afirmar que a família contemporânea já não obedece mais ao conceito tradicional de família, baseado somente na consanguinidade. Atualmente as famílias são formadas por grupos que, com variadas composições, são unidos por laços de afinidade, por laços de solidariedade, por laços de respeito, para além dos traços de consanguinidade.

Com efeito, podemos afirmar que a família contemporânea é marcada pela afinidade e pela busca da felicidade. Na busca por identidade e realização, fruto da inquietação humana, atualmente a família ganhou múltiplas possibilidades, ocasionando uma verdadeira revolução no conceito de família matrimonializada, patriarcal e monogâmica que vigorou até o século XIX.

Karine Rodrigues, mestre em psicologia e Gestalt-terapeuta, enfatiza que:

As famílias monoparentais, que são aquelas que possuem apenas a mãe e os filhos, ou o pai e os filhos têm aumentado, principalmente, as que são chefiadas por mulheres. Além da presença da mãe é marcante, nas famílias atuais a figura da avó como representante de mulheres nas famílias. As funções anteriormente atribuídas ao pai como provedor da família são descentralizadas, tendo a mãe como cuidadora e mantenedora das necessidades das famílias. Sobre as famílias resultantes de recasamentos, elas se formam por buscas de novos parceiros, ou mesmo provedores que possam ajudar nas

despesas e responsabilidades da casa. Quanto à família adotiva, essa surge à medida que as crianças são abandonadas ou doadas. Nas famílias contemporâneas, ainda encontramos as famílias resultantes de uniões homoafetivas, onde, em muitos casos, ocorre a adoção de crianças¹⁹.

De toda maneira, qualquer que seja a forma adotada pela família, existe consenso quanto ao fato de que a família é o espaço social onde o amor, que é o valor essencial e mais profundo da existência humana, se realiza. E, muitas são as histórias onde este amor se expande para além dos laços da consanguinidade, como se pode verificar nas famílias reconstituídas.

De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem. Abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma célula social fundamental, para que seja compreendida como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana.²⁰

Fato é que, nos mais diversos estudos sobre a espécie humana, é inegável que o homem *“encontra no ambiente da família, não só os elementos favoráveis à sobrevivência, mas as condições essenciais para o desenvolvimento e a realização da pessoa.”*²¹ No Brasil, inegáveis foram os avanços sociais e políticos que possibilitaram uma mudança na concepção da “família”, conforme será demonstrado no próximo tópico.

¹⁹ RODRIGUES, Karine. **Família Contemporânea é marcada pela Diversidade**. Disponível em: <<http://www.clinicacuidarte.com.br/familia-contemporanea-e-marcada-pela-diversidade/>> Acesso em: 04 de março de 2017.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op.cit p.6

²¹ PETRINE, João Carlos. **Pos Modernidade e Família: um itinerário de compreensão**. SP: EDUSC, 2003.P.65

2.2. Breves notas sobre a mudança na concepção de família no direito brasileiro.

Passando a evolução da “família” no Brasil, podemos dizer que ocorreu de forma gradativa e também sofreu forte influência do direito canônico. A concepção de “*família brasileira*”, teve origem com as Ordenações Filipinas²² que perdurou por aqui por mais de três séculos e influenciou a criação do primeiro Código Civil, o código de 1916, que começou a ser organizado por Clóvis Beviláqua em 1899.

As Ordenações Filipinas, adotavam uma visão de família essencialmente patrimonialista e patriarcal. Admitiam o casamento indissolúvel na igreja. O marido era o chefe da sociedade conjugal, que possuía como uma de suas funções a manutenção da esposa e da prole. Nesta época, o regime de bens admitido pelo sistema, era o da comunhão universal²³.

Com a proclamação da República do Brasil em 1889, houve a desvinculação da igreja com o estado, e então se instituiu o casamento civil, porém, ainda indissolúvel, situação que perdurou até a edição da Lei 6.515/1977 (Lei do Divórcio).²⁴

Clóvis Beviláqua a época definia família como:

*Um 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, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie.*²⁵

Pela forte influência sofrida do direito germânico, o Código Civil de 1916 somente dava proteção à família oriunda do casamento. Dessa forma, a família no Código de 1916 seguia o modelo matrimonializado, patriarcal, hierarquizado, heteroparental,

²² “As Ordenações Filipinas, ou Código Filipino, é uma compilação jurídica que resultou da reforma do código manuelino, por Filipe II de Espanha (Felipe I de Portugal), durante o domínio castelhano. Ao fim da União Ibérica (1580-1640), o Código Filipino foi confirmado para continuar vigendo em Portugal por D. João IV. (WIKIPEDIA. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Ordena%C3%A7%C3%B5es_Filipinas>. Acesso em 10/03/2017).

²³ WALD, op. cit., p. 31

²⁴ WALD, op. cit., p. 35

²⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Rio Janeiro: editora Rio 1976, p. 16

biológico, caracterizando-se como uma unidade de produção e reprodução, sobressaindo-se o seu caráter institucional.²⁶

De acordo com o *Codex* de 1916, todas as demais formas de constituição familiar eram renegadas pelo direito, que apenas outorgava proteção ao modelo matrimonializado de família.

Para o Código de Beviláqua as relações fora do casamento eram consideradas como adúlteras, e os filhos concebidos fora do casamento eram considerados ilegítimos, ou seja, filhos adúlteros. Já os filhos concebidos na constância do casamento, eram considerados como filhos legítimos, sendo que na vigência do Código Civil de 1916 o filho adúltero somente poderia ser reconhecido, se o pai assim quisesse, e fizesse isto dentro do prazo.

Nas Palavras de Luiz Edson Fachin:

*“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 adúltero a matre, desde que nas hipóteses e no prazo legal”.*²⁷

Seguindo a linha de proteção somente à família formada pelos laços do matrimônio, o artigo 217 do Código Civil de 1916, rezava que eram legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (artigo 217), ou mesmo nulo, se se contraiu de boa fé (artigo 221).

Alguns autores, a exemplo de Silvio de Savio Venosa, entendem que o Código de Beviláqua já nasceu desatualizado, pois negava uma realidade existente no Brasil já naquela época, que era a existência de filhos fora do casamento:

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op.cit.p.12

²⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2ª . ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.12.

*Era um código tecnicamente muito bem feito, mas que já nasceu defasado. Lembrando a magnífica obra de Gilberto Freire, o código civil brasileiro de 1916 foi dirigido para minoria da casa Grande, esquecendo da Senzala.*²⁸

Ademais, ainda nesse sentido, todavia em acréscimo, é válido ressaltar que:

*Já em 1928, Pontes de Miranda observava, em penetrante análise, que o Código Civil condensa “um direito mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação; quando cogita de classes, é com certo capitalismo indisfarçado, porém ingenuamente convencido de sua função de consolidação e justiça social”. Vários artigos do Código denunciam, segundo o mesmo escritor, a “preponderância do círculo da família, ainda despoticamente patriarcal”.*²⁹

A partir da evolução industrial e social brasileira, ademais, com a introdução da mulher no mercado de trabalho, nos idos da década de 60, teve início no país um processo de descodificação, justamente pelo fato de o legislador entender que o Código Civil de 1916, já não atendia mais os anseios da sociedade. Começaram a surgir leis especiais, verdadeiros microssistemas, que contemplavam matérias que não estavam positivadas no Código de 1916, outras vezes as leis regulavam a matéria de forma diferente destoando por completo do código vigente³⁰.

Podemos citar neste período a criação de Leis como o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), alterando a condição de mulher casada prevista no Código de 1916, inclusive, lhe assegurando a plena capacidade civil, que era renegada pela legislação anterior.³¹

²⁸ VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil: direitos de família**. 13^a. ed. São Paulo: Atlas, 2013.p.6

²⁹ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 14.

³⁰ ANGELINI NETA, op.cit. p.57

³¹ Idem. Ibidem, loc. cit.

Outra importante alteração no direito de família, ocorreu em 26 de dezembro de 1977, quando foi publicada a Lei 6.515 regulando a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, revogando os artigos 315 a 328 do Código Civil de 1916.

Vale destacar, que pela Lei 6.515/77 a sociedade conjugal ou casamento poderia ser desfeitos de quatro formas: pela morte de um dos cônjuges; pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio.

Com o advento da Constituição Federal de 1988³², o legislador buscando acompanhar a evolução social, ampliou a sua visão de família em relação às cartas anteriores outorgando proteção a família criada fora do casamento, enterrando a visão matrimonializada, patriarcalista e patrimonialista que vigia no Código de 1916.

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 226 e 227, ampliou as formas de constituição da família, inserindo no sistema de codificação civil diversas inovações, (i) acrescentando-se como entidades familiares a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental; (ii) prevendo a facilitação da dissolução do casamento pelo divórcio direto, após dois anos de separação de fato, e pela conversão da separação judicial em divórcio, após um ano; (iii) promovendo a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal e a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-se a todos os mesmos direitos e deveres e sendo vedada qualquer discriminação decorrente de sua origem.

Na esteira das normas constitucionais, ante a necessidade de atualização do sistema jurídico pátrio imposta pela *lex legum*, e diante das diretrizes programáticas constitucionais³³, foram editadas pelo congresso nacional em matéria de direito de

³² “A multissecular tutela exclusiva da família fundada no casamento indissolúvel deu lugar à proteção de relações familiares instrumentais, em que cada filho pode ser planejado (§7º) e cada membro tutelado em si mesmo (§8º), mesmo se em detrimento da instituição. Como as Constituições brasileiras anteriores limitaram-se a tutelar o casamento, embora ao longo do tempo se tenha verificado paulatina proteção aos filhos nascidos fora do casamento, constata-se que a história constitucional brasileira jamais protegeu as relações familiares de modo tão amplo e efetivo.” (MORAES, Maria Celina Bodin de; e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *In* CANOTILHO, J. J. Gomes; *et alii*. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 2114.)

³³ “As constituições, embora não todas e não da mesma forma, cumprem também o que se pode designar de função dirigente (ou impositiva), mediante o estabelecimento de programas, fins e tarefas

família, leis especiais garantidoras dos direitos já assegurados constitucionalmente, a exemplo da atualização do texto da Lei nº. 6.515/77, relativa à separação judicial e ao divórcio; a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90); a normatização do reconhecimento de filhos havidos fora do casamento (Lei nº. 8.560/92); e, finalmente, as leis da união estável (Leis. Nº 8.971/94 e nº 9.278/96), dando aos companheiros direitos a alimentos, meação e herança.

A partir do ano de 2002, na mesma linha da Constituição Federal de 1988³⁴ e visando assegurar a dignidade da pessoa humana, foi editado o Código Civil então vigente. Podemos constatar um avanço nas normas do direito das famílias na codificação de 2002, destacando-se como principais características a pluralização e democratização das famílias, prevalência de normas que preconizam a igualdade substancial dos genitores, presença de normas protetivas da família hetero ou monoparental, biológica ou socioafetiva, caracterizando a família como uma unidade sócio afetiva, e, finalmente, dando prevalência ao seu caráter instrumental.³⁵

Carlos Alberto Gonçalves³⁶ destaca que:

Todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do Século passado e o advento da Constituição Federal de 1988 levaram a aprovação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma paternidade responsável, e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas e aos estudos do

que (em alguma medida) vinculam os poderes constituídos. Por mais que se tenha, de certo modo, decretado o fim do constitucionalismo dirigente, pelo menos na acepção originalmente cunhada, no constitucionalismo lusófono, por Gomes Canotilho, é certo que muitas constituições contêm normas impositivas de fins, tarefas e programas (aquilo que outros chamam de normas do tipo programático ou normas-objetivo), normas que, a depender do caso e da tradição constitucional específica, são reconhecidas como tendo (pelo menos alguma) eficácia e aplicabilidade.” (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.90.)

³⁴ Em consonância com as adaptações necessárias para a adequação Neoconstitucional do sistema jurídico, diante do processo de “constitucionalização do direito”, que acabou por interferir diretamente na necessidade de atualização legislativa. Assim: “O principal papel do legislador como ator da constitucionalização do direito (...) se desenrola na sua tarefa de adaptar a legislação ordinária às prescrições constitucionais e, nos casos de constituições de caráter dirigente, realiza-las por meio de legislação.” (SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 43.)

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op.cit.p.12

³⁶ GONÇALVES, Carlos Alberto, **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.33-34.

DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não-discriminação do filho, a co-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar.

Destarte, o Código de 2002, traz alterações em relação a proteção a pessoa dos filhos, ratificando o quanto previsto nas leis anteriormente editadas e instituindo a figura do poder familiar, que passou a ser exercido por ambos os cônjuges, para não violar o princípio de igualdade entre os cônjuges.

Contudo, em que pese o Código de 2002 tenha avançado muito em relação ao direito de família codificado por Bevilacqua, ainda assim, não retratou fidedignamente a realidade existente hoje no país, não contemplando normas objetivamente aplicadas por exemplo, às famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, às famílias recompostas, etc.

Neste sentido, vejamos lição de Maria Berenice Dias:

(...) igualmente o movimento homossexual levou à quebra do paradigma da união sacralizada com fins procriativos. Não mais cabe a naturalização da heterossexualidade. Afinal, o que não é fruto de uma escolha não pode ser considerado um fracasso. Formas de manifestação da sexualidade, por serem minoritárias e se afastarem do modelo tido por normal, nem por isso podem ser rotuladas como crime, pecado, vício ou afronta à moral e aos bons costumes. As uniões homossexuais – que prefiro chamar de homoafetivas, expressão mais condizente com a natureza do vínculo que une duas pessoas do mesmo sexo – precisam deixar de ser condenadas ao repúdio social e à invisibilidade jurídica. Surge perverso círculo vicioso: como gays, lésbicas, travestis e transexuais são alvo da discriminação social, o legislador, com medo de comprometer sua reeleição, não aprova leis que atendam a esses segmentos. Assim, nem a lei da parceria civil registrada, nem a que autoriza a alteração do registro civil aos transexuais, que têm identidade sexual diversa

da verificada no nascimento pelas características morfológicas externas, conseguem ser aprovadas. Há, portanto, um vácuo legislativo. Em face da ausência da lei, a Justiça acaba negando direitos, como se a falta de uma norma legal significasse ausência de direitos. O resultado não pode ser mais desastroso.³⁷

Assim, a par dos avanços verificados com a codificação de 2002, ainda precisaremos avançar muito para garantir a efetiva atenção à dignidade da pessoa humana, corolário do Estado Democrático de Direito.

2.3. Conceito de família.

O “*direito das famílias*”, conforme previsto no Código Civil de 2002, pode ser conceituado “*como um conjunto de normas - princípios e normas – regras jurídicas que regulam as relações decorrentes do vínculo afetivo, mesmo sem casamento, tendentes à promoção da personalidade humana, através de efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais.*”³⁸

O código civil de 2002 não traz em seu bojo um conceito fechado do que seja família, ao contrário, utiliza diferentes expressões para designar as relações familiares.

Maria Helena Diniz ao conceituar família, leva em consideração fatores biológicos e sociais conforme se infere:

Família no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção *lato sensu* do vocábulo refere-se aquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro). Por fim, o sentido restrito restringe a

³⁷ DIAS, Maria Berenice. **A evolução das famílias e seus direitos**. Texto disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/7_-a_evolu%E7%E3o_da_fam%EDlia_e_seus_direitos.pdf. Acesso em 30/03/2017.

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op.cit.p.13

família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação.³⁹

Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze, conceituam família como “ *o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo sócioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização de seus integrantes, segundo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.* ”⁴⁰

Por outro lado, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, chegam a defender a não conceituação do instituto, conforme segue:

De qualquer maneira, considerando que o ordenamento infraconstitucional não define a família (no que, aliás, anda muito bem), é preciso lembrar a superioridade do conceito constitucional, decorrente do artigo 226, que abraçou uma concepção múltipla e aberta de entidade familiar, permitindo a sua formação pelas mais diferentes formas, todas elas merecendo especial proteção do Estado. Logo, nenhuma concepção utilizada em sede codificada, e em qualquer outra norma infraconstitucional, pode colidir com a opção ideológica inclusiva e aberta da carta Constitucional de 1988. A família é meio de proteção avançada da pessoa humana e não poderá ser utilizada com função restritiva, de modo a subtrair direitos de seus componentes, pena de afronta a legalidade constitucional.⁴¹

A Lei 11.340/2006⁴², conhecida como Lei Maria da Penha, em seu artigo 5º, inciso II, trouxe importante inovação ao conceituar à família “*compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa*”.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 9

⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAPLONA FILHO, Rodolfo. op.cit. p. 43

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op.cit.p.15

⁴² BRASIL. Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. Brasília: Presidência da República-Casa Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 01/04/2017.

Concordamos com Aina Angelini, ao defender que independente dos conceitos adotados, a prova de fogo para o direito é responder a todas as demandas que a família impõe na atualidade, principalmente, diante da quebra do paradigma do modelo de família nuclear matrimonializada que, ainda nos dias atuais, insiste em prevalecer na sociedade.⁴³

Com todas essas mudanças, especialmente nos costumes e na “liberalização sexual”, começou-se a pensar que a família entrou em crise, em desordem. É natural que em meio a um processo histórico, e que ainda estamos vivenciando, tenhamos um olhar medroso e pessimista às mudanças. É compreensível que as coisas novas amedrontem, mas o processo é de evolução histórica e não de decadência. As turbulências do caminho são decorrências naturais. Demógrafos, sociólogos, antropólogos, economistas ou psicanalistas não têm a fórmula certa para dizer ao Direito como legislar essa nova realidade. Como organizar juridicamente a família, se não há mais uma única forma de família, mas várias? Ela deixou sua forma singular e agora é plural, como a Constituição da República de 1988 já expressou em seu art. 226.⁴⁴

A tentativa de uma definição exata de família, nos moldes da tradição da filosofia analítica, acaba por restringir possibilidades, de sorte que a opção adotada tem como escopo nuclear permitir uma espécie de “maleabilidade” conceitual capaz de proporcionar o enfrentamento jurídico de novas realidades decorrentes dos aspectos suscitados na transcrição supra.

Apenas para exemplificar, pense-se nas questões discutidas acerca do *poliamorismo*⁴⁵, onde o conceito tradicional de família não pode ser defendido, mas não se pode negar a existência de afeto entre as pessoas que compõe o núcleo

⁴³ ANGELINI NETA, op.cit. p.48.

⁴⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 24.

⁴⁵ Segundo professor Pablo Stolze Gagliano, o “*poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta.*” GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da (o) amante - na teoria e na prática** (dos Tribunais). Disponível em: < <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/64492/direitos-da-o-amante-na-teoria-e-na-pratica-dos-tribunais-prof-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em 30/03/2017.

praticante do poliamor. Nesse sentido, ver-se-á adiante a interferência na seara das famílias da denominada *pós-modernidade*, e a sua influência na desconstrução de conceitos até então arraigados na sociedade.

3. AS RELAÇÕES HUMANAS NA MODERNIDADE E PÓS-MODERNIDADE

Os estudiosos conceituam modernidade como o período em que o conhecimento humano passou a se basear na razão. Como afirma Habermas:

O conceito de modernização refere-se a um conjunto de processos cumulativos e de reforço mútuo: à formação de capital e mobilização de recursos; ao desenvolvimento das forças produtivas e ao aumento da produtividade do trabalho; ao estabelecimento do poder político centralizado e à formação de identidades nacionais; à expansão dos direitos de participação política, das formas urbanas de vida e da formação escolar formal e, à secularização de valores e normas.⁴⁶

Dessa forma, se pode afirmar que a era moderna iniciou-se em meados do século XVIII, na Europa, com o surgimento do movimento Iluminista, perdurando até o início do século XX, o seu conceito impregnando-se as esferas econômica, política, social e cultural então vigentes.

Para Boaventura de Sousa Santos:

O paradigma da modernidade é muito rico e complexo, tão suscetível de variações profundas como de desenvolvimentos contraditórios. Assenta em dois pilares, o da regulação e o da emancipação, cada um constituído de três princípios ou lógicas. O pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, formulado essencialmente por Hobbes, pelo princípio do mercado desenvolvido sobretudo por Locke e Adam Smith, e pelo princípio da comunidade que domina toda a teoria social e política de Rosseau. O princípio do Estado consiste na obrigação política vertical entre cidadãos e Estado. O princípio do mercado consiste na obrigação política horizontal individualista e antagônica entre os parceiros de mercado. O princípio da comunidade consiste na obrigação política horizontal solidária entre membros da comunidade e entre associações. O pilar

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 5.

da emancipação é constituído pelas três lógicas da racionalidade definidas por Weber: a racionalidade estético – expressiva das artes e da literatura, a racionalidade cognitivo-instrumental a ciência e da tecnologia e a racionalidade moral prática da ética e do direito.⁴⁷

A partir da década de 1970 e 1980, diversos autores passaram a entender que as ideias calcadas no conceito de modernidade não mais definiam a realidade mundial. Os avanços tecnológicos, a globalização de padrões de produção e consumo, o surgimento da internet, a ilimitação de desejos e anseios humanos, deu origem ao conceito de “*pós-modernidade*”⁴⁸, cujas características nucleares são o imediatismo e o consumismo.

Bruno Latour, por sua vez, critica a formação dessa “*pós-modernidade*”, notadamente ao afirmar que “*os pós-modernos, sempre perversos, aceitam a ideia de que estamos realmente face a uma catástrofe, mas afirmam que devemos comemorar ao invés de lamentarmos os fatos. Reivindicam a fraqueza como sua última virtude*”⁴⁹.

No lugar de exacerbar a ideia de que está sendo crítico ao criticar a modernidade, Latour caminha em sentido oposto às discussões de vanguarda, que, aliás, já assinala um pós-pós-pós-modernismo, para reconhecer a indefectível situação de paralisia e não chegada à modernidade. No lugar de reforçar o discurso pós-moderno, Latour critica a inocência teórica daqueles que se iludem com o movimento autointitulado pós-moderno. Sua inaceitação da dimensão pós-moderna se deve, em parte, ao fato de que, em seu pensamento, a pós-modernidade nada mais faz do que reconhecer a incapacidade humana de autorregulamentar-se, acabando por fazer de toda a

⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da experiência**. 8ª. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 50

⁴⁸ Não há uma definição precisa e exata sobre o que é a pós-modernidade, várias foram as correntes teóricas desenvolvidas sobre o tema. Não está no escopo da presente pesquisa aprofundar a temática, mas sim analisar as suas características gerais. Nesse sentido, “(...) o fato mais espantoso sobre o pós-modernismo: sua total aceitação do efêmero, do fragmentário, do descontínuo e do caótico que formavam uma metade do conceito *baudelairiano* de modernidade. Mas o pós-modernismo responde a isso de uma maneira bem particular; ele não tenta transcendê-lo, opor-se a ele e sequer definir os elementos “eternos e imutáveis” que poderiam estar contidos nele. O pós-modernismo nada, e até se espoja, nas fragmentárias e caóticas correntes da mudança, como se isso fosse tudo o que existisse.” (HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna**. 15ª ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 49.)

⁴⁹ LATOUR, Bruno. **Jamais Fomos Modernos**. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994, p. 121.

humanidade uma refém de si mesma, incapaz de qualquer coisa, pois imóvel intelectualmente, sacrificada por si mesma, e reconhedora de suas falhas e da falência do império moderno da razão.⁵⁰

Lidando, porém, com a questão da pós-modernidade, Zygmunt Bauman cunhou a teoria da “Modernidade Líquida”, sustentando haver uma forte fluidez nas relações humanas, onde tudo se consome instantaneamente, questionando a solidez das relações travadas pelos homens no ambiente profissional, nas redes sociais, na comunidade, e também no ambiente familiar.

Seria imprudente negar, ou mesmo subestimar, a profunda mudança que o advento da “modernidade fluida” produziu na condição humana. O fato de que a estrutura sistêmica seja remota e inalcançável, aliado ao estado fluido e não-estruturado do cenário imediato da política-vida, muda aquela condição de um modo radical e requer repensemos os velhos conceitos que costumavam cercar suas narrativas. Os conceitos antigos são hoje mortos-vivos. A questão prática consiste em saber se a ressurreição destes conceitos, ainda que em nova forma ou encarnação, é possível; ou — se não for — como fazer com que eles tenham um enterro eficaz.⁵¹

Dentre as principais características sociais dos “tempos líquidos” apontados por Bauman, destaca-se a busca pelo prazer individual e a cabal incapacidade de amar o próximo⁵². A permanente sensação de incerteza e insegurança guia o sujeito pós-moderno, que não tem mais referencial nenhum para construir sua vida, a não ser ele mesmo.

Em “*tempos líquidos*”, como mensurar o afeto necessário à garantia do direito de convivência do menor? Como aferir concretamente a existência de um dano apto a

⁵⁰ BITTAR, Eduardo. **O Direito na Pós-Modernidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 114.

⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

⁵² Em acréscimo ao pensamento de Bauman, na afirmação do individualismo, aplicando-se às relações familiares, destaca Norbert Elias que: “A maior impermanência das relações-nós, que nos estágios anteriores tinha muitas vezes o caráter vitalício e inevitável de uma coerção externa, coloca ainda mais ênfase no eu, na própria pessoa, como o único fator permanente, a única pessoa com quem se tem que viver a vida inteira. Se reexaminarmos os vários níveis de integração, veremos isso com clareza. Muitas relações familiares, que antes constituíam coerções externas obrigatórias e vitalícias para muita gente, agora assumem cada vez mais o caráter de união voluntária e revogável, que impõe exigências mais elevadas à capacidade de autodomínio das pessoas implicadas e o faz igualmente para ambos os sexos.” (ELIAS, Norbert. **A Sociedade dos Indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994, p. 167.)

ensejar a reparação moral em função da ausência de convivência? Justamente aqui reside o calcanhar de Aquiles da teoria da responsabilização civil por abandono Afetivo.

A modernidade líquida criou uma nova era nos relacionamentos, que estão cada vez mais fragilizados e vulneráveis. Abordando os relacionamentos, Bauman, frisa que “ (...) no líquido cenário da vida moderna, os relacionamentos talvez sejam os representantes mais comuns, agudos, perturbadores e profundamente sentidos da ambivalência.”⁵³

Bauman enfatiza a dificuldade humana de amar, inclusive, realçando que a maior prova dessa dificuldade, consiste na necessidade da existência de normas que preconizem o amor ao próximo:

(...) Assim, indaga Freud, “qual é o objetivo de um preceito enunciado de modo tão solene se seu cumprimento não pode ser recomendado como algo razoável?” Somos tentados a concluir, contra o bom senso, que o “amor ao próximo” é “um mandamento que na verdade se justifica pelo fato de que nada mais contraria tão fortemente a natureza original do homem”. Quanto menor a probabilidade de uma norma ser obedecida, maior a obstinação com que tenderá a ser reafirmada.

E continua:

E a obrigação de amar o próximo talvez tenha menos probabilidade de ser obedecida do que qualquer outra. Quando o filósofo talmúdico Rabi Hillel foi desafiado por um possível convertido a explicar o ensinamento de Deus enquanto pudesse se sustentar numa perna só, ele ofereceu o “amar o próximo como a si mesmo” como a única resposta, embora completa, que encerra a totalidade dos mandamentos divinos. Aceitar esse preceito é um ato de fé; um ato decisivo, pelo qual o ser humano rompe a couraça dos impulsos, ímpetos e predileções “naturais”, assume uma posição que se afasta da natureza, que é contrária a esta, e se torna o ser “não natural”

⁵³ BAUMAN, op. cit., p.8.

que, diferentemente das feras (e, na realidade, dos anjos, como apontou Aristóteles), os seres humanos são. Aceitar o preceito do amor ao próximo é o ato de origem da humanidade. Todas as outras rotinas da coabitação humana, assim como suas ordens pré-estabelecidas ou retrospectivamente descobertas, são apenas uma lista (sempre incompleta) de notas de rodapé a esse preceito. Se ele fosse ignorado ou abandonado, não haveria ninguém para fazer essa lista ou refletir sobre sua incompletude.⁵⁴

O fato é que *“a estrutura da família foi se alterando paulatinamente com a mudança dos costumes, dos valores, com a introdução de novos comportamentos e novos princípios, com o abandono de matizes em desuso”*⁵⁵.

Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, citando Ricardo Mauricio Freire Soares, alerta para necessidade de ampliação da compreensão da dimensão familiar para enquadramento das novas relações de família na pós-modernidade:

(...) A relação jurídica de família, na contemporaneidade, é marcada, fundamentalmente, por alguns caracteres, sendo, a um só tempo, reflexiva, prospectiva, discursiva e relativa. “Reflexiva porque decorre da abertura do campo jurídico aos novos valores e fatos sociais, tais como a liberalização dos costumes, a flexibilização da moralidade sexual, a equiparação social de homens e mulheres, a perda da gradativa influencia religiosa na organização familiar”. Prospectiva na medida em que “reclama interpretações que projetem uma ordem jurídica para além do presente, apta a compreender e regular temas inafastáveis, a exemplo do debate acerca da aceitabilidade das uniões homoafetivas”. Discursiva, por seu turno, pois “pode ser representada pela imposição do uso competente da linguagem, a fim de que o sentido do signo “família” possa agregar novas acepções e significados que definem a entidade familiar como espaço voltado para o desenvolvimento espiritual e físico do ser humano, bem como, para convivência marcada pelo amor”. E, finalmente, relativa, “por

⁵⁴ Idem. Ibidem.

⁵⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 26.

*recusar dogmas absolutos e inquestionáveis, que, durante muito tempo, obstaculizaram o arejamento das instituições familiares a novas estimativas e concepções de mundo (...)*⁵⁶

Portanto, em que pese a “*sociedade líquida*” viva uma crise de valores éticos e morais, também é verdade insofismável, que essa crise decorre da própria natureza humana e da sua inquietação pela busca da felicidade.

Certamente o ambiente familiar é um dos mais propícios a consecução da felicidade humana, salientando, contudo, que devido à complexidade das relações familiares, este objetivo jamais poderá ser alcançado somente através da normatização de condutas pelo direito ou através da regulação estatal na autonomia privada do indivíduo.

Nesse passo, conforme será demonstrado no próximo capítulo, o desafio do Estado é justamente criar mecanismos que privilegie os princípios que norteiam o direito de família, fruto da constitucionalização do direito, compatibilizando-os, contudo, às profundas mudanças que a pós – modernidade introduziu no psicológico e nas relações humanas.

⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op.cit.p.8.

4. Princípios constitucionais norteadores do direito de família.

Vários são os princípios jurídicos aplicáveis ao direito de família, os quais podemos agrupar em princípios considerados fundamentais, a exemplo da Dignidade da Pessoa Humana e Solidariedade Familiar, bem como, princípios considerados gerais, nestes encontramos o princípio da Igualdade, princípio da liberdade familiar ou intervenção mínima do Estado, princípio da convivência familiar e, finalmente, princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Com relação ao princípio da afetividade, insta salientar que, a despeito de todas as modificações axiológicas ocorridas no direito de família, conforme até aqui visto, ainda hoje, existe debate na jurisprudência e doutrina acerca da valoração jurídica do afeto, uma vez que a afetividade em si, não se encontra positivada na Constituição Federal.

Diante da controvérsia, abordaremos o assunto demonstrando a divergência doutrinária existente, onde parte da doutrina entende pela valoração do afeto no direito e parte entende que o afeto não possui valoração jurídica. Portanto, negam a existência de um princípio da afetividade, desvinculando o afeto do dever de cuidado, tratando-o como um dos sentimentos imprescindíveis para formação familiar e mola propulsora da busca humana pela realização pessoal e felicidade.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁷, princípio jurídico é o mandamento nuclear de um sistema, uma disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo - lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência. Os princípios definiriam a lógica e a racionalidade de um sistema normativo, conferindo-lhe a tônica e lhe oferecendo sentido harmônico.

Importante neste ponto fazermos uma diferenciação entre norma – regra e norma-princípio, para exata compreensão da importância do atendimento aos princípios que serão mais adiante explicitados.

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 63

Ana Paula Barcelos, cita que *“como critério de diferenciação entre regras e princípios pode-se apresentar as regras como normas que apenas descrevem determinado comportamento, sem se ocupar com a finalidade dessas mesmas condutas, e os princípios como normas que estabelecem de maneira diferente estados ideais e objetivos que devem ser atingidos.”*⁵⁸

“(…) a regra indica um suporte fático hipotético ou hipótese de incidência, mais determinado e fechado, cuja concretização na realidade da vida leva à sua incidência; já o princípio, por outro lado, indica um suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo sua incidência da atuação do interprete, orientado pela regra instrumental da equidade, que leva em conta a ponderação dos interesses legítimos e dos valores adotados na coletividade, assim, permitem a adaptação do direito à evolução dos valores acatados na esfera social.”⁵⁹

Aprofundando a análise sobre a temática da distinção entre regras e princípios, relevante é a análise de Ronald Dworking:

A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas quanto a natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então, ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita. Ou não é válida, e neste caso em nada contribui para decisão.⁶⁰

Luís Roberto Barroso, citando Ronald Dworking e Robert Alexy, enfatiza que:

Princípios são normas jurídicas que não se aplicam na modalidade tudo ou nada, como as regras, possuindo uma dimensão de peso ou

⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 169

⁵⁹ LÓBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 34.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.158.

importância, a ser determinada diante dos elementos do caso concreto. São eles mandados de otimização, devendo sua realização se dar na maior medida possível, levando-se em conta outros princípios, bem como a realidade fática subjacente. Vale dizer: princípios estão sujeitos à ponderação e à proporcionalidade, e sua pretensão normativa pode ceder, conforme as circunstâncias, a elementos contrapostos.⁶¹

Dentro de uma senda neoconstitucional, e destacando o papel de centralidade assumido pela Constituição, os princípios constitucionais são irradiados para todo o sistema jurídico (processo de constitucionalização) e assumem relevante papel na construção do saber dogmático. Nesse contexto, a Constituição assume o centro do sistema jurídico, enquanto os princípios passam a representar o centro da Constituição, denominado por Carlos Ayres Britto como “*a dupla centralidade da Constituição e de seus princípios*”, explicando que:

E assim recamada de princípios que são valores dignificantes de todo o Direito, é que ela passou a **ocupar a centralidade do Ordenamento Jurídico, tanto quanto os princípios passaram a ocupar a centralidade da Constituição**. *Entrada de mão dupla*, pois o fato é que o reconhecimento da força normativa dos princípios coincide com o reconhecimento da força normativa da Constituição, num crescendo que chega à *superforça* de ambas as categorias.⁶² (*grifo autêntico*)

Com isso, diante da força normativa da Constituição e de seus princípios, é que nova roupagem dada pela Constituição Federal de 1988 ao Direito de Família se construiu, e trouxe a necessidade de observância dos princípios adiante informados, sob o fundamento de alcançar a justiça social⁶³.

⁶¹ BARROSO. Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. p. 12. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_n_o_direito_constitucional.pdf> Acesso em 30/03/2017.

⁶² BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 181.

⁶³ Merece destaque o fato da ideia de justiça social estar inserido valorativamente no nosso sistema jurídico como norma principiológica pelo Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, devendo-se,

A observância destes princípios é imperativa e a sua eficácia irradia a todos os componentes da família. A este respeito vejamos o que diz Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

Com essa irradiação dos valores constitucionais, condiciona-se a “interpretação das normas legais, atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, neste sentido, enseja a ‘humanização’ da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento da aplicação reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social impressas no tecido constitucional.⁶⁴

Passemos então ao estudo de cada um dos princípios constitucionais incidentes sobre o Direito de Família no sistema jurídico pátrio.

4.1. Princípio da dignidade da pessoa Humana.

O conceito de Dignidade da Pessoa Humana ganhou a sua formulação clássica por Immanuel Kant, que defendia que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas, e não como um meio (objetos):

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.⁶⁵

Atualmente a dignidade da pessoa humana foi erigida a condição de princípio máximo em torno do qual gravita todos os demais princípios do ordenamento jurídico.

portanto, sempre levar em consideração a necessidade de valorar o processo interpretativo a partir dessa “diretriz principiológica”.

⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op.cit.p.35-6.

⁶⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Ed 70. 2007. p. 65

Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁶, conceitua dignidade da pessoa humana como:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Através da Dignidade da Pessoa Humana fica determinado que todo ser humano é titular de direitos, e ainda que o titular não os exerça ou não os reconheça em si, estes direitos devem ser reconhecidos e respeitados pelos demais membros da sociedade e pelo Estado.

4.2. Princípio da solidariedade.

O princípio da solidariedade tem origem da necessidade de solidariedade social, conforme preconizado pelo artigo 3º, inciso, I, da Constituição Federal de 1988⁶⁷, “*que impõe a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras. A solidariedade cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social.*”⁶⁸

Nelson Rosenvald enfatiza que a solidariedade no campo jurídico se desvincula de uma mera referência a valores éticos transcendentais, “*adquirindo fundamentação e*

⁶⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 9ª. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2012 pág 60.

⁶⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária. (BRASIL. Constituição Federal (1988). Brasília: Presidência da República-Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10/03/2017

⁶⁸ LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar . **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25364>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

*a legitimidade política nas relações sociais concretas, nas quais se articula uma convivência entre o individual e o coletivo, à procura do bem comum".*⁶⁹

Paulo Luiz Netto Lôbo conclui que:

Assim, podemos afirmar que o princípio da solidariedade é o grande marco paradigmático que caracteriza a transformação do Estado liberal e individualista em Estado democrático e social, com suas vicissitudes e desafios, que o conturbado século XX nos legou. É a superação do individualismo jurídico pela função social dos direitos. *Solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade*⁷⁰

Ante o exposto, a solidariedade implica em respeito e consideração mútuos em relação aos membros da entidade familiar. A solidariedade não é apenas patrimonial, como também afetiva e psicológica. Resume-se no dever de mútua assistência que os parentes possuem uns com os outros.

4.3. Princípio da Igualdade.

O princípio da Igualdade insculpido no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, consagra que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”,* arrematando no inciso I, que *“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”*.⁷¹

Este princípio foi responsável por mudanças emblemáticas na sociedade brasileira, ao estabelecer a igualdade de gênero entre cônjuges e companheiros na sociedade

⁶⁹ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 173

⁷⁰ LOBO, Paulo. op. cit. 2013.

⁷¹ BRASIL. Constituição Federal (1988). Brasília: Presidência da República-Casa Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 10/03/2017

conjugal, e ao extirpar do ordenamento a ideia de ilegitimidade familiar aos filhos havidos fora do casamento, igualando-os, qualquer que tenha sido a origem.

Para Aina Angelini:

No direito de família, essa igualdade significa a superação da figura do *pater familiae*, que previa a chefia da sociedade conjugal exclusivamente pelo homem, estabelecendo explicitamente a Constituição de 1988, parágrafo 5º. do art. 226 que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Outro ponto importante para concretização da igualdade de gênero nas relações familiares foi a criação do instituto da guarda compartilhada, que visa estabelecer uma divisão igualitária de responsabilidades sobre os filhos de pais separados, no claro intuito de evitar a sobrecarga da mulher no processo de educação dos filhos e ampliar o conceito de paternidade responsável e participativa, superando-se, assim, a histórica divisão de papéis entre homens e mulheres.⁷²

Enfim, a preocupação do legislador em inserir na constituição normas que ressaltem a igualdade substancial, decorreu da necessidade de acabar com um tempo discriminatório decorrente do estado sexual da pessoa.

Contudo, frise-se que o princípio não igualou física ou psicologicamente homens e mulheres. Apenas proibiu o tratamento diferenciado a pessoas que estejam na mesma posição jurídica, podendo, no entanto, haver tratamento diferente sempre que homem e a mulher estiverem em posições jurídicas distintas.

4.4. Princípio da liberdade ou intervenção mínima do Estado no direito de família.

Em que pese o princípio da intervenção mínima não esteja positivado constitucionalmente em nosso ordenamento, se encontra expressamente previsto no

⁷² ANGELINI NETA, op.cit. p.76.

Código Civil e preconiza que somente ao homem e a mulher compete o espaço para decisões sobre a comunhão de vida instituída na família, conforme se infere do artigo 1.513 do Código Civil⁷³.

Na verdade, este princípio veio corrigir injustiças históricas cometidas pelo Código Civil de 1916, que interferia de forma drástica nas relações familiares. Assim, pelo regramento do artigo 1.513 do Código Civil de 2002, somente ao homem e a mulher é dada a iniciativa de constituição da entidade familiar. Da mesma forma, este princípio traz em seu bojo a carga normativa de que somente ao homem e a mulher e possível a decisão sobre planejamento familiar.

Impende salientar que o preceito da intervenção mínima do Estado no direito das famílias está intimamente ligado a possibilidade de autodeterminação e auto-organização da célula familiar, por parte dos integrantes da família, que podem livremente decidir quais os rumos que deve dar a sua célula familiar.

Como bem observam Gagliano e Pamplona Filho, *“não cabe, portanto, ao Estado intervir na estrutura familiar da mesma maneira como (justificada e compreensivelmente) interfere nas relações contratuais: o âmbito de dirigismo estatal, aqui, encontra contenção no próprio princípio da afetividade, negador desse tipo de agressão estatal”*⁷⁴

4.5. Princípio do Melhor Interesse da criança e do adolescente.

Também conhecido como princípio da Proteção Integral, este princípio está previsto no artigo 227⁷⁵ da Constituição Federal de 1988 e reza que *“crianças e adolescentes*

⁷³ Art. 1533 do Código Civil - *É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.* BRASIL. Lei 10.406/2002. Brasília: Presidência da República - Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 11/03/2017.

⁷⁴ GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op.cit.p.40

⁷⁵ 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.* BRASIL. Constituição Federal (1988). Brasília: Presidência da República- Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 10/03/2017.

devem ser tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhes digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotado de dignidade. ”⁷⁶

Este princípio está também insculpido no artigo 3.1 da Convenção Universal dos Direitos da Criança e Adolescente, que preconiza que *“todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança”*. O Brasil foi signatário dessa Convenção no ano de 1990, ratificando os seus termos através do Decreto 99.710/90⁷⁷.

É importante destacar, neste ponto, a importância deste princípio na definição da guarda dos filhos, se unilateral ou compartilhada. Embora pai e mãe exerçam conjuntamente o poder familiar, no caso de dissolução da sociedade conjugal, a guarda deve ser de fato exercida por aquele genitor que reúna as melhores características em prol do bem-estar da criança e do adolescente.

A escolha pelo tipo de guarda, não deve ser pautada somente na avaliação do genitor que melhor reúna condições financeiras; ou simplesmente ser destinada a genitora, conforme é a tradição. A decisão deve levar em consideração, no caso concreto, a escolha do genitor que reúna melhores condições de suprir necessidades diárias dos filhos, como, por exemplo, ter maior disponibilidade de tempo, residir mais próximo à escola, não ter que se ausentar com frequência em viagens de trabalho, etc.

⁷⁶ LÔBO, Paulo. op. cit. p.53

⁷⁷ BRASIL. Decreto 99.710/90 (Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança). Brasília: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 11/03/2017.

Segundo Tania da Silva Pereira, o princípio considera, sobretudo, “*as necessidades da criança em detrimento dos interesses dos pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto*”⁷⁸.

4.6. Princípio da Convivência Familiar.

O princípio da convivência familiar está previsto no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, normatizando ser a convivência familiar um direito fundamental da criança e do adolescente, e dever⁷⁹ dos pais participar da educação dos filhos, dirigir-lhes a criação, enfim, garantir a convivência.

Também encontramos o princípio da convivência familiar no Estatuto da Criança e do Adolescente, que recentemente teve o seu conceito ampliado, determinando que tanto a família natural quanto a substituta têm o dever de garantir o desenvolvimento integral do menor⁸⁰.

4.7. Controvérsia quanto a existência do Princípio da Afetividade no ordenamento jurídico brasileiro.

A existência do princípio da Afetividade, seja pela relevância do afeto para as relações familiares, seja pela ausência de posituação na constituição federal, desperta grande debate na doutrina brasileira.

⁷⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.3

⁷⁹ Art. 1.634. “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: – 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”. BRASIL. Lei 10.406/2002. Brasília: Presidência da República - Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 11/03/2017.

⁸⁰ Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (**Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016**). BRASIL. Lei 8.078/90. Brasília: Presidência da República - Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm Acesso em: 11/03/2017.

Tartuce assevera que o Princípio da Afetividade. *“é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento.”*⁸¹

A controvérsia que se apresenta, envolve a decisão se o direito deve ou não reconhecer a afeto como valor jurídico. E, em sendo positiva a resposta, se a afetividade deve ser considerada um princípio ou deve ser apenas vista como um valor relevante, principalmente pelo fato que o legislador constitucional não ter positivado a afetividade em nossa carta magna.

Destaque-se que o código civil de 2002, em dois momentos refere-se expressamente à palavra afeto no seu texto. No artigo 1.583, §2º, inciso I que enfatiza sobre o *“afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar”*; e, no artigo 1.584, §5º quando preconiza sobre a necessidade de observância, pelo juiz, do vínculo da afetividade para tratar da guarda em favor de terceira pessoa: *“se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.”*

A doutrina e a jurisprudência se divide em três principais correntes.

A primeira argumenta que a afetividade deve ser reconhecida e pode ser classificada como um princípio jurídico, diferenciando – a do afeto. O doutrinador Paulo Lôbo filia-se a esta corrente, asseverando que:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este falar na realidade das relações.; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja amor ou desafeição entre eles.⁸²

⁸¹ TARTUCE, Flávio. **O princípio da Afetividade no Direito de Família.** (Jusbrasil). Disponível em <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em 02/03/2017.

⁸² LÔBO, op. cit., 2011, p. 49

Filia-se também a primeira corrente, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, para quem o afeto é um dos elementos estruturantes da família:

O afeto está também, certamente, na origem e na causa dos descaminhos desses relacionamentos. Bem por isso, o afeto deve permanecer presente no trato dos conflitos, dos desenlaces, dos desamores, justamente por que ele perpassa e transpassa a serenidade e o conflito, os laços e os desenlaces, perpassa e transpassa, também, o amor e os desamores. Porque o afeto tem um quê de respeito ancestral, tem um quê de pacificador temporal, tem um quê de dignidade essencial. Esse é o afeto de que se fala. O afeto ternura, o afeto dignidade. Positivo ou negativo... O imorredouro afeto.⁸³

A segunda corrente alega que a afetividade deve ser assimilada pelo direito, mas apenas como um valor jurídico relevante. Assim, segundo Ricardo Lucas Calderon:

Outra particularidade do princípio da afetividade que merece destaque é que ele possui duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva. A dimensão objetiva envolve a presença de fatos tidos como representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais que indiquem a presença de uma manifestação afetiva. A dimensão subjetiva trata do afeto anímico em si, do sentimento de afeto propriamente dito. Essa dimensão subjetiva do princípio certamente escapa ao direito, de modo que é sempre presumida, sendo que constatada a dimensão objetiva da afetividade restará, desde logo, presumida a presença da sua dimensão subjetiva. Dito de outro modo, é possível designá-lo como princípio da afetividade jurídica objetiva, o que ressalta o aspecto fático que é objeto da apreensão jurídica.⁸⁴

⁸³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Sobre peixes e afetos**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana**. Belo Horizonte: IBDFam, 2006, p. 436

⁸⁴ CALDERON, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf> Acesso em: 11/03/2017.

Por fim, a terceira corrente sustenta que a afetividade não deve ser valorada juridicamente, pois afeto é um sentimento, o que seria estranho ao direito. Comungando com este posicionamento, citamos João Gaspar Rodrigues:

Escapa, portanto, ao arbítrio do Estado (juiz) “*obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo*”, mesmo que indiretamente, ao condenar uma pessoa a indenizar outrem por não adotar determinada postura moral. Admitir que o Estado possa obrigar o pai ou a mãe a amar os filhos é comparável, guardadas as devidas proporções, a mover o Poder Judiciário para exigir que determinado indivíduo conceda uma esmola a um mendigo (obrigando-o, em consequência, a ser generoso ou altruísta).⁸⁵

Romualdo Baptista dos Santos, citado por Ainah Angelini em sua obra, também corrobora com este entendimento:

Os afetos são compreendidos pelas ciências psicológicas como processos interiores da personalidade, cuja manifestação independe da vontade, ao passo que o direito lida com a conduta, isto é, com os comportamentos qualificados pela vontade. Os afetos não podem ser exigidos como obrigação jurídica.⁸⁶

A questão é por demais complicada, sendo importante destacar que embora exista no ordenamento jurídico brasileiro uma exigência legal de convivência familiar e dever de cuidado para com crianças e adolescentes, inexistente um dever de afeto⁸⁷, na concepção purista da palavra.

Por outro lado, ainda que parte da doutrina e a jurisprudência⁸⁸ utilize o dever de afeto subsumido no dever de cuidado, para responsabilização civil do genitor (a) que

⁸⁵ RODRIGUES, João Gaspar. **Abandono afetivo parental não gera indenização**. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1140/R%20DJ%20Impossibilidade%20reconhecer%20dano-%20joao%20gaspar.pdf?sequence=1> Acesso em: 11/03/2017

⁸⁶ ANGELINI NETA, op.cit. p.76

⁸⁷ “Afetividade é um termo que deriva da palavra afetivo e afeto. Designa a qualidade que abrange todos os fenômenos afetivos. No âmbito da psicologia, afetividade é a capacidade individual de experimentar o conjunto de fenômenos afetivos (tendências, emoções, paixões, sentimentos)”.

⁸⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Idem nota 01.

age negligentemente, não nos parece o melhor caminho, pois o cuidado advém da do afeto e não o contrário. Ninguém vai cuidar de outrem, ainda que seja seu genitor (a), pelo simples fato de haver uma norma que o obrigue a isso.

Neste sentido, por mais que interfira na sociedade e na família, o Estado não tem como coagir qualquer pessoa a amar, a dar afeto, a se doar, pois tais impressões saem do campo dos deveres e recaem no campo íntimo dos sentimentos, no subjetivismo das emoções humanas, que irrompem naturalmente do sujeito, não sendo possível ao direito manter um controle total neste campo de atuação.

Não podemos deixar de reconhecer neste ponto, que existe uma distinção evidente entre os deveres objetivos impostos pelo ordenamento jurídico, cujo descumprimento pode ser caracterizado objetivamente como ilícito; e os deveres subjetivos, aos quais não é dado ao Estado intervir, justamente por repousarem no campo da moral, da consciência e dos sentimentos humanos, inerentes a natureza de cada um.

5. O PODER FAMILIAR E OS DEVERES IMPOSTOS PELO ARTIGO 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Poder familiar *“pode ser entendido como o exercício da autoridade parental sobre os filhos, sempre no interesse destes. Trata-se de autoridade temporária que será exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos.”*⁸⁹

Maria Berenice Dias defende que *“o poder familiar é integrado por titulares recíprocos de direitos, podendo, pois, ser compreendido como um poder - função ou direito-dever: Poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho”*.⁹⁰

Através do poder familiar, os pais exercitam os ditames contidos no artigo 227⁹¹ da Constituição Federal de 1988⁹², que impôs aos membros da entidade familiar o exercício de direitos - deveres que devem ser observados para garantia das suas dignidades.

Maria Cláudia Crespo Brauner considera que a convivência familiar é imprescindível, e impõe responsabilidades aos genitores, que não se limitam ao aspecto material:

⁸⁹ ANGELINI NETA, op.cit. p.81

⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.413.

⁹¹ Sobre o histórico desta norma: “Os menores em situação de carência eram tratados de maneira assistencial pela sociedade civil, abstendo-se o Estado do cumprimento de deveres de proteção o que era, à evidencia, inócuo. Por isso, diversos partidos elegeram a temática da criança e do adolescente como relevante e a população menor de idade foi objeto de um grande movimento social que englobou toda a sociedade civil: a Emenda Popular “Criança e Constituinte” recebeu número recorde de assinaturas. O debate em termos de proteção na Subcomissão de Família, do Menor e do Idoso estava voltado para dois objetivos primordiais: tutelar o menor para que, no futuro, pudesse contribuir para a construção do país e estivesse apto a evitar incorrer em delinquência. O tratamento dado ao menor na Constituinte foi, preponderantemente, como sujeito de direitos, principalmente porque as instituições sociais que participaram ativamente do movimento buscavam regularizar a situação das crianças e dos adolescentes sob sua tutela. De toda forma, a proteção da população menor de idade foi bastante ampla, com grande preocupação de que fosse capaz de se tornar efetiva. Em julho de 2010, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 65 que incluiu o jovem entre os sujeitos portadores de vulnerabilidade merecedores de tutela diferenciada, pois se julgou que, em muitos casos, a juventude ainda não possui as condições necessárias para a total emancipação fática que a capacidade legal pressupõe.” (MORAES e TEIXEIRA, op. cit., p. 2124.)

⁹² DIAS, op. cit., nota 50, loc. cit..

Alimentar o corpo sim, mas também cuidar da alma, da moral, do psíquico. Estas são as prerrogativas do poder familiar e, principalmente, da delegação divina de amparo aos filhos.⁹³

Ainda, segundo Maria Berenice Dias, a obrigação de dar amor aos filhos, seria o mais importante dever para atendimento do efetivo conceito de poder familiar:

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar.⁹⁴

Giselda Maria Fernandes Hironaka esclarece que:

O sistema jurídico não pode exigir de ninguém, demonstrações de amor e carinho, porquanto não seja disto que se trate, mas sim, de uma situação em que o que se cobra dos pais é o correto desempenho de suas funções para o pleno desenvolvimento de seus filhos. Até porque, durante muito tempo, muitos pais deixaram de demonstrar afeto, amor e carinho para com seus filhos, mas cumpriram a função de autoridade (com ou sem autoritarismo) que lhes cabia e que permitiu que os filhos se adequassem socialmente.⁹⁵

Diante do fato concreto de que o afeto não pode ser considerado objetivamente um dever familiar, inclusive, não se encontrando elencado expressamente dentre os deveres previstos no artigo 227 da Constituição Federal, a doutrina faz a construção de que o dever de afeto estaria subsumido no dever de convivência e cuidado.

⁹³ SILVA, Cláudia Maria da. **Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho.** in *Revista Brasileira de Direito de Família*, (s.l.), v.6, n.25, p.123-146, ago./set.2004

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. op.cit. p. 388.

⁹⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>. Acesso em: 15/03/2017.

Contudo, a construção não nos parece a mais acertada, já que entendemos impossível a alguém que não possui laços de afeto, destinar qualquer tipo de cuidado a outrem ou mesmo despertar o desejo de convivência por quem não possui afeto. A exigibilidade, portanto, concentra-se dentro de um padrão que transcende a esfera moral de incidência do direito e adentra em um patamar ético inalcançável pela normatividade Estatal.

Portanto, o desafio maior para o direito, é justamente encontrar uma fórmula de exigir dos pais o cumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, contudo, não desnaturando a condição de afeto enquanto sentimento pela patrimonialização da sua existência, mas, sim, criando mecanismos para despertar no genitor (a) o interesse pela busca deste afeto no ambiente familiar. Com o escopo de melhor entender a discussão proposta na presente pesquisa, curial discutir o que é o abandono socioafetivo.

5.1. O Abandono Socioafetivo.

A doutrina entende por abandono socioafetivo a atitude omissiva dos pais no cumprimento dos deveres de ordem moral decorrentes do poder familiar, dentre os quais, se destacam os deveres de prestar assistência moral, educação, atenção, cuidado, afeto e orientação à prole.

Em regra, o abandono socioafetivo é praticado com maior frequência pelo genitor, nada impedindo, entretanto, que a genitora, também venha agir em abandono socioafetivo. Contudo, a possibilidade do abandono socioafetivo vir a ser praticado pela genitora é mais remota, tendo em vista a estrutura da sociedade atual em que vivemos.

Neste sentido:

Estamos ainda em meio a um processo histórico da quebra da ideologia patriarcal em que novas estruturas parentais e conjugais estão em curso. A psicanálise, principalmente a partir de Lacan, já apontou para um discurso feminino, ainda inexistente, no qual a mulher, com sua identidade própria, aparecerá independente do

paradigma milenar masculino. Cabe questionar a sustentação da identidade masculina patriarcal, pautada historicamente no ideal de virilidade, colocada num lugar privilegiado e dotada de algo mais em relação à mulher. Resta saber se a redefinição dos papéis feminino e masculino irá ou não alterar o lugar estruturante que o homem, segundo a ideologia patriarcal, ocupa na organização familiar.⁹⁶

Destaque-se que a partir dessa análise fundamentada na psicanálise, imerge-se na doutrina jurídica, com fulcro no artigo 3º, do título I, e artigo 98, ambos do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), a possibilidade de ser aplicável o conceito de abandono socioafetivo aos filhos que abandonam pais idosos, o chamado abandono socioafetivo inverso. Contudo, nesta monografia vamos nos ater ao estudo do abandono socioafetivo do genitor (a) em regra em relação a prole, respeitando o recorte epistemológico do objeto da pesquisa.

Registre-se ainda, que atualmente está em curso na Câmara Federal, o Projeto de Lei nº 3212/2015⁹⁷, oriundo do Senado Federal (no senado o Projeto de Lei recebeu o nº 700/2007), que pretende alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente para considerar o abandono afetivo como ilícito civil.

O abandono socioafetivo da criança ocorre mais frequentemente no momento da separação do casal e nos casos em que tem origem o fenômeno conhecido como recomposição de famílias. Em regra, o homem ao reconstituir sua vida amorosa, ou mesmo ao constituir nova família, simplesmente retira de seu convívio os filhos havidos na união anterior.

Outras vezes, o homem passa a ser pai em decorrência de sexo casual ou irresponsável. O homem simplesmente não deseja ser pai e acidentalmente ou irresponsavelmente a mulher engravida, mesmo inexistindo vínculos afetivos mais fortes que os una. Nestes casos, quase sempre se verifica o abandono socioafetivo masculino, que na maioria das vezes entende que somente amparando

⁹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. op.cit. p. 119.

⁹⁷ BRASIL. Projeto de Lei 3212/2015 (Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil.). Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535>> Acesso em: 05/04/2017.

materialmente a criança, através do pagamento dos alimentos, estaria cumprindo o seu papel de genitor.

Se observa ainda, que não somente nos casos de recomposição amorosa e nos de paternidade irresponsável se pode constatar a existência do abandono socioafetivo. Não são raras as vezes, que mesmo na família constituída por pais e filhos, o abandono socioafetivo desponta como característica marcante daquela entidade familiar, fruto de uma sociedade individualista, dominada por valores materiais.

Citemos novamente Giselda Maria Fernandes Hironaka que aventa esta possibilidade:

Neste sentido é que se têm assistido, nas últimas décadas, à tentativa de se transferir à escola, por exemplo, o dever de educação das crianças, quando a estas instituições incumbe tão-somente o dever de instrução e formação intelectual. Neste cenário, então, é possível aventar a possibilidade de que filhos de pais casados ou unidos estavelmente por toda a sua vida queiram pleitear de seus pais indenização decorrente de um abandono afetivo configurado por uma omissão no desempenho pleno das funções que se lhes incumbia exercer.⁹⁸

É inegável que a ausência de atenção e afeto do genitor (a) na criação da criança, pode ocasionar graves prejuízos de ordem psíquica ao menor e colocá-lo em situações de risco.

A criança abandonada pode apresentar deficiências no seu comportamento social e mental para o resto da vida. A dor da criança que esperava por um sentimento, ainda que mínimo, de amor ou atenção, pode gerar distúrbios de comportamento, de relacionamento social, problemas escolares, depressão, tristeza, baixa autoestima, inclusive, problemas de saúde, entre outros devidamente comprovados por estudos clínicos e psicológicos.

⁹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Idem nota 92.

Por outro lado, vários são os motivos que podem levar um dos genitores a não conviver com um filho. Isso dependerá muito do histórico familiar, da diversidade e complexidade existencial de cada pessoa, da maturidade do genitor (a), do momento de vida por que atravessa aquele genitor (a), etc..

Neste sentido, as relações sociais e familiares são cada vez mais complexas, típicas da denominada *sociedade de risco*, de sorte que é importante registrar, ainda, que o filho procura:

(...) o pai, ou melhor, “um” pai que exerça a função de representante da lei básica e primeira, essencial para que todo ser possa humanizar-se por meio da linguagem e tornar-se sujeito. Esse pai, como já se disse, não é necessariamente o pai-genitor, mas aquele que empresta o seu nome para interferir e interditar a simbiótica relação mãe-filho.⁹⁹

Para os fins a que se propõe esta monografia, todavia, somente interessa perquirir se, no caso concreto, diante do abandono afetivo, caberia ao direito, além de aplicar as sanções previstas no âmbito do direito de família, pelo abuso de poder familiar, poderia também aplicar as regras de responsabilização civil do genitor (a) por danos morais.

5.2. Normas sancionatórias ao abuso do poder familiar.

O sistema jurídico de proteção ao menor, prevê a existência de sanções aos genitores que descumpre deveres inerentes ao poder familiar. Assim, a legislação civil expressamente prevê a suspensão ou perda do poder familiar, para os casos do genitor (a) negligente ou que pratica abandono socioafetivo.

Destaque-se, contudo, que de acordo com o art. 23¹⁰⁰ do Estatuto da Criança e do Adolescente, as medidas de intervenção na autoridade parental devem ser aplicadas

⁹⁹ PEREIRA, op. cit., p. 137.

¹⁰⁰ “ Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. § 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção. *(Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)* § 2º A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso,

somente quando resta evidenciada a impossibilidade de resgate dos vínculos na família e desde que caracterizada a inescusabilidade da ação ou omissão dos pais.

Assim, modernamente, os demais problemas estruturais que afetam as famílias, a exemplo de problemas financeiros, não constituem, por si só, motivo para suspensão ou perda do poder familiar.

O artigo 1.637 do Código Civil e o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, preveem a suspensão do poder familiar. Por seu turno, Carlos Alberto Bittar define suspensão do poder familiar como *“a cessão temporária do exercício do poder, por determinação judicial, em processo próprio e sob motivo definido em lei.”*¹⁰¹

Essa medida poderá ser aplicada pelo magistrado quando os pais descumprirem, injustificadamente, os deveres e obrigações que a lei os incumbe e persiste enquanto durar a situação que a ensejou, existindo a possibilidade de recuperação posterior do poder.

Existem motivos que podem desencadear a suspensão do poder familiar, onde o juiz de direito, irá definir se trata de causa para a suspensão do poder familiar ou não. A exemplo podemos citar a embriaguez habitual, vício em drogas, prática de determinados crimes, declaração de ausência, entre outros.

Já o artigo 1.638 do Código Civil, prevê a destituição do poder familiar, nos casos ali elencados taxativamente. Decretada a destituição do poder familiar, os genitores perdem todos os direitos em relação ao filho, em caráter irrevogável.

É de suma importância refletirmos se a existência de normas sancionadoras e de proteção no âmbito do direito de família, previstas nos artigos 1.637 e 1.638 do

sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha. (Incluído pela Lei nº 12.962, de 2014). BRASIL. Lei 8.069/90. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: Presidência da República - Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 15/03/2017.

¹⁰¹ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Pátrio poder: regime jurídico atual**. RT 676/83, São Paulo, fev. 1992, p. 392.

Código Civil, já não seriam suficientes para responsabilização, pelo Estado, do genitor (a) que descumpre os deveres familiares?

Ora, se o próprio sistema de direito de família informa qual a sanção aplicável ao genitor (a) negligente, nos parece que o Estado agiria em *bis in idem* ao também responsabilizar civilmente o (a) genitor (a) negligente por danos morais, impondo-lhe uma pena pecuniária.

Adepto deste argumento é Renan Kfuri Lopes: “*Filio-me ao entendimento que a violação aos deveres familiares gera apenas as sanções no âmbito do direito de família, refletindo, evidentemente, no íntimo afetivo e psicológico da relação [...]*”¹⁰².

No mesmo sentido, Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald se posicionam:

Não entendemos razoável a afirmação de que a negativa de afeto entre pai e filho (ou mesmo entre outros parentes, como avô e neto) implicaria indenização por danos morais. Faltando afeto entre pai e filho (e demais parentes), poder-se-ia imaginar, a depender do caso a decorrência de outros efeitos jurídicos, como a destituição do poder familiar ou a imposição da obrigação alimentícia, mas não a obrigação de reparar um pretense dano moral. Enfim, na hipótese de negativa de afeto os remédios postos à disposição pelo próprio direito de família, deverão ser ministrados para a solução do problema. Até porque a indenização pecuniária nesse caso não resolveria o problema central da controvérsia que seria obrigar o pai a dedicar amor ao filho – e, muito pelo contrário, por certo agravaria a situação.¹⁰³

Comungamos com o entendimento acima, no sentido de que a prática do abandono socioafetivo pelo genitor (a), deve sofrer as sanções previstas objetivamente no

¹⁰² LOPES, Renan Kfuri. **Panorama da responsabilidade civil**. Adv Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas. São Paulo: COAD, nov. 2006.

¹⁰³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op.cit.p.90-91.

Direito da Família, quais sejam, suspensão ou perda do poder familiar, não cabendo como regra, condenação que afete o aspecto monetário do patrimônio do genitor (a), salvo na hipótese desse abandono gerar outro ilícito que objetivamente justifique a responsabilização civil do genitor (a) faltoso (a).

6. LIBERDADE, AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Apesar de todas as normas estudadas até aqui, que garantem ao Estado a intervenção na família, impondo deveres para preservar os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, os adeptos da teoria da responsabilidade civil em decorrência de abandono afetivo, entendem como regra, pela cominação de pena pecuniária ao genitor (a) negligente, como mecanismo para desestimular o abandono socioafetivo no país.

A intervenção do estado sobre as relações familiares desde a Constituição Federal de 1988, vem se intensificando no Brasil. Podemos facilmente visualizá-la, através de políticas públicas governamentais, decisões judiciais e, principalmente, por meio da promulgação de leis protetivas ou repressivas de comportamentos considerados abusivos pelo Estado.

Muitas vezes as leis e as mais diversas formas de intervenção estatal, são originadas de fatos sociais que desencadearam enorme clamor popular, a exemplo da “*Lei da palmada*” (Lei 13.010/2014¹⁰⁴), aprovada recentemente, que foi sancionada visando atender a clamor popular em virtude da trágica morte no menino Bernardo¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Referido diploma legal trouxe alterações na lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), e na lei 10.406/02 (Código Civil), decorrendo de uma emenda constitucional que tramitava desde 2010 no Congresso Nacional. Assim, com as alterações legislativas o artigo 18 do ECA, que já dispunha acerca do ser “dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”, passou a definir como sendo “castigo corporal” toda “ação de natureza disciplinar ou punitiva com o uso da força física que resulte em dor ou lesão à criança ou adolescente”, cominando aos “infratores” penas que vão da “advertência”, passando pelo “encaminhamento a programas de proteção à família” e “orientação pedagógica” (Migalhas 2014). Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI204630,41046Lei+da+Palmada+um+tapa+na+cara+da+familia+brasileira> Acesso em 09/03/2017.

¹⁰⁵ Bernardo Uglione Boldrini, 11 anos, vítima de um crime chocante que abalou o Brasil. O garoto Bernardo desapareceu no dia 4 de abril, uma sexta-feira, no município gaúcho de Três Passos, na região Noroeste do Rio Grande do Sul. De acordo com o pai, o médico cirurgião Leandro Boldrini, 38 anos, ele teria ido à tarde para a cidade de Frederico com a madrasta, a enfermeira Graciele Ugulini, 36 anos, para comprar uma TV. Na noite de segunda-feira, dia 14, entretanto, o corpo do menino foi encontrado na zona rural do município de Frederico, enterrado às margens de um rio, em um saco plástico. Segundo a Polícia Civil gaúcha, Bernardo foi dopado antes de ser morto com uma injeção letal. A polícia prendeu o médico Leandro Boldrini, que tem uma clínica particular em Três Passos e atua no hospital do município, a madrasta do garoto e a assistente social Edelvânia Wirganovicz, 40 anos. Segundo o que noticiou a imprensa gaúcha, as investigações da polícia levaram a constatação

Neste ponto, cabe chamar atenção para a opção paternalista do Estado brasileiro¹⁰⁶ que, entendendo pela imposição do dever de afeto subsumido no dever de cuidado, vem intervindo energicamente nas liberdades individuais e na autonomia do indivíduo, assim entendida, como seu direito à autodeterminação.

Cumpre-nos ainda refletir, se a atitude do Estado de intervir na liberdade individual do genitor (a), obrigando – o à convivência familiar, mesmo na inexistência de afeto, atenderia ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente?

Chama atenção que isto também ocorreu no caso do menino Bernardo, já que a despeito dos muitos pedidos da avó materna para ter a guarda da criança, Bernardo foi mantido na guarda do genitor, que não possuía vínculos afetivos com o menor. A decisão estatal no caso foi desastrosa, já que forçando a convivência parental, colocou em risco a vida da criança, cominando com o seu assassinato pela esposa do genitor, com a participação do pai.

de que Leandro Boldrini e a mulher atuaram como mentores do crime e na ocultação do cadáver. Além de planejar uma história fictícia acerca do desaparecimento do garoto Bernardo para se livrar da acusação, o médico teria auxiliado na compra de Midazolam, um forte sedativo que se aplicado em grandes doses pode causar inconsciência. Graciele Ugulini seria uma das mentoras e teria atuado na ocultação do cadáver, juntamente com Edelvânia Wirganovicz. Uma das linhas de apuração conduzida pela polícia aponta questões econômicas como possível motivação para o crime. A madrasta teria transferido bens após o assassinato do menino e até durante o período em que já estava presa. Em depoimento gravado que foi ao ar em um programa televisivo, Edelvânia, que demonstrava extrema frieza, disse que, após o crime, ganhou R\$ 6 mil de Graciele, de um total previsto de R\$ 20 mil, em notas de 50 e 100 reais. O advogado da avó de Bernardo considera essas movimentações suspeitas e, segundo ele, a conclusão a que se pode chegar é que o crime teve como motivações o dinheiro, ganância e questões patrimoniais. (**Jornal Opção** (2014)). Disponível em <http://www.jornalopcao.com.br/reportagens/morte-garoto-bernardo-quais-os-limites-da-crueldade-humana-11093/> Acesso em 09/03/2017.

¹⁰⁶ O paternalismo jurídico é um princípio que justificaria a constrição de um direito de liberdade (geral ou específico), autorizando o emprego da coerção, da proibição, do não-reconhecimento jurídico de atos ou de mecanismos análogos para a proteção do indivíduo ou grupo contra comportamentos próprios auto-infligidos ou consentidos, sem contar com o endosso atual dos que são destinatários da medida. São institutos afins: a) o moralismo jurídico: a.1) em sentido estrito: pode ser justificado para o Estado proibir uma conduta por ser ela inerentemente imoral, mesmo que não cause nem dano nem ofensa a terceiros; a.2) em sentido amplo: pode ser justificado para o Estado proibir condutas que causem mal aos outros, sem que causem dano ou ofensa; b) o princípio do benefício aos demais: é justificado ao Estado proibir certas condutas quando a proibição for provavelmente necessária para a produção de algum benefício a terceiros; c) o perfeccionismo: é justificado ao Estado proibir condutas que são provavelmente necessárias para o aprimoramento do caráter dos indivíduos (para que eles se tornem moralmente mais elevados); d) o moralismo jurídico paternalista: o princípio refere-se à manutenção de um ambiente moral em uma sociedade política, ou seja, que uma sociedade, mesmo liberal, deve preservar a ideia de „um mundo moralmente melhor“. (BARROSO. Luis Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas**. 2010. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf>. Acesso em 16/03/2017.

Para Rodrigo Pereira:

A intervenção do Estado deve, tão somente, ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive, de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. O limite para a intervenção estatal, neste sentido, é a garantia da autonomia privada dos membros da família. Violada a autonomia familiar, estará configurado o excesso do Estado em sua intervenção.¹⁰⁷

Ao tratar sobre a autonomia privada, Francisco Amaral assevera:

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular pelo exercício da sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. É uma das mais significativas representações da liberdade, como valor jurídico. (...) Autonomia privada não se confunde com *Autonomia da vontade*. *Esta possui conotação subjetiva, psicológica, enquanto aquela exprime o poder da vontade no direito, de modo objetivo, concreto e real. Por isso mesmo a autonomia da vontade é a causa do ato jurídico (CC art. 185), enquanto a autonomia privada é a causa do negócio jurídico (CC. Art. 104), fonte principal de obrigações.*¹⁰⁸

Neste sentido, a autonomia privada, trata-se de projeção no direito, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que um mero instrumento a serviço da sociedade.

Assim, o pressuposto da autonomia privada é a própria liberdade individual, que, em sentido filosófico é a possibilidade de opção, como liberdade de fazer ou não fazer, e, no sentido sociológico, é a ausência de condicionamentos materiais e sociais.

¹⁰⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. op.cit. 2012, p.180.

¹⁰⁸ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8ª. ed. Ver., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 84.

Ora, a cada pessoa é dado o direito de destinar um sentido para a própria existência. Tal prerrogativa decorre principalmente do direito à liberdade, uma vez que o *“plano intangível da consciência é um dos poucos espaços em que o Estado moderno, concebido como um deus mortal, não pode penetrar.”*¹⁰⁹

Não esqueçamos que também é papel do direito, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, preservar as singularidades de cada pessoa:

“Reconhecer a subjetividade concreta do homem é requisito para compreender a necessidade de proteger-lhe a vontade e, conseqüentemente, sua necessidade de autodeterminação ou autonomia. Se não se reconhece o homem como ser dotado de consciência de sua própria existência, dotado de vontade e de necessidade de autonomia, autorrealização e felicidade, reduz-se, então, o homem à mesma categoria dos seres irracionais, que devem ser controlados, ordenados, tangidos, cercados – como objetos, não como sujeitos.”¹¹⁰

Com efeito, se pode mesmo dizer *“que do ponto de vista jurídico, a liberdade é o poder de praticar ou não, ao arbítrio do sujeito, todo ato não ordenado nem proibido por lei e, de modo positivo, é o poder que as pessoas têm de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos”*.¹¹¹

Francisco Amaral, citando Luigi Ferri, pondera:

A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado, chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, assim, o princípio de direito privado, pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o

¹⁰⁹ RODRIGUES, João Gaspar. Op.cit. idem nota 84.

¹¹⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 138.

¹¹¹ AMARAL, Francisco. op.cit. p. 85.

agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário.¹¹²

Mauricio Requião, ao tratar sobre o papel da autonomia privada na concreção da dignidade da pessoa humana, assevera que:

Ingo Wolfgang Sarlet, citando decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, aponta a relação necessária por este afirmada entre dignidade e “*autodeterminação consciente e responsável da própria e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais*”. A dignidade, mais do que fundamento para indisponibilidade, funciona como garantia da liberdade de disposição. Nesse viés, se faz necessário notar que as hipóteses da limitação desta em função da proteção da dignidade da pessoa humana, devem ser restritas e analisadas somente diante do caso concreto. E diversas são as situações concretas que podem botar à prova os limites entre a autonomia e dignidade da pessoa humana, como, por exemplo, em questões como o direito a morte digna, eutanásia, aborto, pena de morte e manipulação de embriões.¹¹³

Devido à enorme complexidade da natureza humana e das particularidades de cada família, se faz necessário afastar raciocínios taxativos e generalizações. Neste sentido, nem sempre a convivência leva ao afeto. Ao contrário, o afeto, o amor, naquelas pessoas que são capazes de nutri-lo, é que leva a convivência em família e a manutenção de vínculos de solidariedade.

Por outro lado, nem sempre a convivência plena como genitor (a), seria pressuposto à realização da felicidade da criança. Muitas vezes, a não convivência com o genitor (a) é justamente o melhor caminho para realização do melhor interesse da criança e do adolescente, conforme já salientando no caso do menino Bernardo.

¹¹² Idem, op.cit. p. 409.

¹¹³ REQUIÃO, Mauricio. **Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: Considerações preliminares.** In, REQUIÃO, Maurício (Coord.). *Discutindo a autonomia.* Salvador: Jus Podium, 2014, p.23.

Ainda neste sentido, citemos Mauricio Requião, para quem *“a regra é que a autonomia não se constitui como elemento que afronta a dignidade, mas, sim, como algo que ajuda a sua realização. A limitação da autonomia como forma de proteção da dignidade é exceção e deve ser tratada como tal.”*¹¹⁴

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

A proteção ao núcleo familiar deverá estar atrelada, necessariamente, à tutela da pessoa humana, através dos (democráticos) princípios gerais da Lei Maior. Por isso desnivelar a proteção da pessoa humana, sob argumento de proteger a instituição familiar, é cometer gravíssima subversão hermenêutica, violando frontalmente o comando constitucional.¹¹⁵

No próximo capítulo ao estudarmos o instituto da responsabilidade civil, ficará ainda mais evidente que cumpre ao Estado-juiz, evitar construções generalistas pautadas em paternalismo que tornem regra o dever de indenizar no abandono socioafetivo, uma vez que embora caiba ao Estado a função primordial de intervir nas liberdades individuais e na família para resguardar direitos das crianças e adolescentes, esta intervenção há de ser feita de forma criteriosa, inclusive, como meio de proteção de outros direitos fundamentais, a exemplo do direito à liberdade, no sentido de autodeterminação e em nome da preservação do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

¹¹⁴ REQUIÃO, Mauricio. op.cit. p. 28.

¹¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op.cit.p.07.

7. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO SOCIOAFETIVO

A responsabilidade civil consiste na possibilidade de o Estado, à luz do caso concreto, impor como medida reparatória, um valor pecuniário a ser pago pelo ofensor, em favor de outrem, a quem tenha lesado.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho:

A noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas.¹¹⁶

A responsabilização civil em decorrência de abandono socioafetivo, o ato ilícito praticado recairia sobre a violação, pelos pais, dos deveres decorrentes do poder familiar (os chamados deveres parentais), aqui incluídos, o dever de convivência, dever de cuidado e o dever de afeto subsumido no dever de cuidado.

Com efeito, entendemos que o arbitramento de uma eventual indenização por abandono socioafetivo, teria que ser plenamente justificada através da reunião concomitante de todos os elementos da responsabilidade civil; e, sobretudo, perquirindo ainda, se eventual indenização atingiria as finalidades buscadas pelo instituto, recompondo o *status quo* anterior de quem se disse lesado.

Assim, passaremos adiante ao estudo dos tipos de responsabilidade civil que interessam a este trabalho, bem como, ao estudo de cada um dos elementos que compõe a responsabilidade civil e as suas finalidades.

¹¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 12ª . ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.51

7.1. Responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

A classificação da responsabilidade civil como subjetiva ou objetiva, vai levar em consideração o elemento culpa, em sentido *lato sensu*. A responsabilidade é considerada subjetiva, quando o sujeito atua culposa ou dolosamente para gerar o dano. Na responsabilidade subjetiva será aferida a culpa *lato sensu*, isto é, dolo ou culpa *stricto sensu*.

Sergio Cavalieri Filho destaca que a culpa *stricto sensu* pode se manifestar nas formas de imprudência, negligência e imperícia:

[...] a imprudência é a falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. Age com imprudência o motorista que dirige com excesso de velocidade, ou que avança o sinal. Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. Haverá negligência se o veículo não estiver em condições de trafegar, por deficiência de freios, pneus, etc. O médico que não toma os cuidados devidos ao fazer uma cirurgia ensejando a infecção do paciente, ou que lhe esquece uma pinça no abdômen, é negligente. A imperícia, por sua vez, decorre da falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente. Haverá imperícia do motorista que causa acidente por falta de habilitação. O erro médico grosseiro também exemplifica imperícia.¹¹⁷

Por outro lado, entende-se por dolo, a intenção do agente de ocasionar o dano, ou seja, a conduta é praticada com a intenção de gerar um resultado lesivo a outrem. Ao contrário do dolo, na culpa, não se faz presente a intenção. O sujeito pratica a conduta sem observância de um dever de cuidado, resultando, assim, no dano.

A responsabilidade civil também pode ser considerada objetiva, quando é dispensado o elemento culpa para sua apreciação. A responsabilidade civil objetiva está prevista no artigo 927¹¹⁸ do Código Civil e para a sua caracterização basta uma

¹¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.56.

¹¹⁸ Art. 927: "*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.*" BRASIL. **Lei 10.406/2002**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15/03/2017.

conduta humana voluntária, o dano e o nexa causal, não havendo que se perquirir sobre a existência ou não de culpa ou dolo do agente:

“A responsabilidade, fundada no risco, consiste, portanto, na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta do seu causador.”¹¹⁹

Entendemos que a responsabilização civil no direito de família, será sempre subjetiva e exigirá dilação probatória com a intenção de perquirir sobre a existência de ilícito e a prova efetiva do dano, sendo que a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.

Neste sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹²⁰ chamam atenção que a culpa consiste em um elemento acidental, podendo ou não estar presente na conduta humana ensejadora da responsabilização.

7.2. Responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Quanto a natureza da norma jurídica violada, a responsabilidade civil pode ser classificada em contratual e extracontratual.

A responsabilidade civil contratual, decorre do próprio nome e consiste na violação direta ao contrato e indiretamente a lei, quando a norma atingida tiver natureza negocial, possuindo regramento nos artigos 389 e 395 do Código Civil.

Já a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, decorre do descumprimento de um dever legal do agente ofensor. Ou seja, decorre da violação direta de uma norma de natureza legal, possui regramentos nos artigos 186, 187, 927 do Código Civil.

¹¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7. p. 36.

¹²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 66-67.

Para a presente monografia, interessa o estudo da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, uma vez que para teoria da responsabilização civil em decorrência de abandono socioafetivo, a ocorrência de violação do dever de convivência e cuidado pelos pais, é que fundamentaria o dever de indenizar.

Existem ainda outras classificações para responsabilidade civil no ordenamento jurídico, não interessando o estudo destas classificações para a presente monografia.

7.3. Elementos da responsabilidade civil e o dever de indenizar.

Independente de qual seja a modalidade da responsabilidade civil, para o reconhecimento da responsabilidade, se faz necessário a existência concomitante dos elementos da responsabilização civil, quais sejam, a conduta ilícita do agente ofensor, o dano, e a existência do nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Assim, é pressuposto para caracterização da responsabilidade civil, que estejam presentes afirmativamente todos os seus pressupostos. Na ausência de qualquer um deles, cai por terra qualquer pretensão à responsabilização civil.

7.3.1 Conduta humana ilícita.

O primeiro elemento da responsabilidade civil é a conduta humana. Conforme disposto no artigo 186 do Código Civil¹²¹, podemos entender por conduta, o comportamento humano voluntário, que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências no mundo jurídico.

Para responsabilização civil interessa se o agente agiu em desvio de conduta. Ou seja, a teoria da responsabilização civil foi criada para alcançar as ações omissivas ou comissivas praticadas em sentido contrário ao direito, sendo o ilícito o fato gerador da responsabilidade civil.

¹²¹ 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.* BRASIL. **Lei 10.406/2002.** Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15/03/2017.

Segundo Rui Stoco:

Assim, sendo, para que haja ato ilícito, necessário se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração na esfera de outrem. Desse modo deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão) que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa à bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável a consciência do agente por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou do contrato) ¹²²

Daí nasce a concepção de ato ilícito, aqui entendido aqueles atos praticados com desvios de conduta – em que o agente se afasta do comportamento médio do *bonus pater familiae* (bom pai de família), gerando obrigações para quem o praticou.

Neste sentido, embora a doutrina recomende a utilização em abstrato do comportamento (entendido como conduta) do homem médio, como mecanismo para aferição da culpa, entendemos que a prova robusta da culpa na responsabilidade civil por abandono socioafetivo é imprescindível e se deve evitar generalizações.

Em se considerando que os deveres de convívio, afeto, cuidado são essencialmente deveres subjetivos, somente a utilização do exemplo do *homem médio* para aferição da prova da culpa objetivando a responsabilização civil do genitor (a), poderia levar o julgador a incidir em erro ou a julgar essencialmente com base em paternalismo, o que necessariamente recairia em injustiça.

Destaque-se que em relação a conduta de abandono, é necessário ao interprete do direito, dispensar muita atenção aos motivos que levaram ao afastamento do genitor. Pode-se elencar inúmeras causas que levam a ausência de convívio, tais como o desconhecimento da existência da prole, as necessidades do dia-a-dia, impossibilidades por questões adversas à própria vontade do pai, distâncias geográficas, imposições profissionais ao genitor.

¹²² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 150

Outras vezes, as causas do afastamento podem ser imputadas àquele que detém a guarda física do menor, a exemplo de uma mãe que aja com síndrome de alienação parental; ou no caso de afastamentos impostos por algum fator relacionado a mãe que detém a guarda da criança (mudança de região devido a exigências profissionais, por exemplo).

Neste sentido, Anderson Schreiber alerta para o intuito paternalista do poder judiciário no afã de proteção da vítima:

No intuito de proteger a vítima, o Poder Judiciário dispensa, com facilidade, a prova da culpa e do nexos causal, mostrando-se interessado não em quem gerou o dano, mas em quem pode suportá-lo. A erosão dos filtros da reparação corresponde, portanto, não a um endêmico despreparo dos juizes com relação a uma disciplina secular – como desejam os cultores da responsabilidade civil -, mas a uma revolução gradual, silenciosa, marginal até, inspirada pelo elevado propósito de atribuir efetividade ao projeto constitucional, solidário por essência, a exigir o reconhecimento de que os danos não se produzem por acaso ou fatalidade, mas consistem em um efeito colateral da própria convivência em sociedade. .¹²³

Dessa forma, embora colha-se na doutrina e na jurisprudência que a culpa no abandono socioafetivo decorreria da omissão no cumprimento do dever de cuidado, frisamos, mais uma vez, que a complexidade das relações humanas não permite ao operador do direito afirmar em regra, que age com culpa o genitor que não procede desta ou daquela forma, elegendo condutas que devem ser seguidas como representativas do dever de cuidado, subsumido no dever de afeto, mormente quando a prática do primeiro, pressupõe a existência do segundo.

A professora Taísa Maria Macena de Lima comunga com essa noção: *“há casos em que o abandono material e intelectual da própria família envolve indistintamente pais*

¹²³ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da erosão dos filtros da Reparação a diluição dos danos**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p 7.

e filhos. Todos são vítimas. Não há como apontar um culpado na própria entidade familiar".¹²⁴

E conclui Anderson Schreiber:

(...) Os tribunais desconsideram a culpa (todos somos culpados) e a causa (todos somos causadores) dos danos, mas concluem o processo judicial de responsabilização lançando o ônus indenizatório sobre um único - e, muitas vezes, randômico - responsável. Há solidarismo no que diz respeito para as condições para deflagração do dever de reparar, enquanto a atribuição do dever em si, continua arraigada ao individualismo mais visceral. O ônus de auxiliar as vítimas pertence a todos, mas vem atribuído a cada réu, aleatória e isoladamente, o que acaba por resultar em injustiça, a rigor, tão grave quanto manter o dano sobre a vítima¹²⁵

A respeito, Antunes Varela citado por Carlos Roberto Gonçalves corrobora claramente com a nossa interpretação:

A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no artigo 186 do Código Civil. Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo.¹²⁶

¹²⁴ LIMA, Taisa Maria Macena. **Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

¹²⁵ SCHREIBER, Anderson. Idem.

¹²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8ª. ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2011. p.728

Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, embora defendam a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil no âmbito do direito de família, defendem que esta aplicação dependerá da prática concreta de um ato ilícito, devidamente comprovado. A simples violação de um dever decorrente da norma de família não é idônea, por si só, para reparação de um eventual dano.¹²⁷

7.3.2 O dano.

Nas palavras de Maria Helena Diniz¹²⁸, “*o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.*”

Cavaliere conceitua o dano partindo de sua causa, pela sua origem, atentando-se para o bem jurídico atingido, o objeto da lesão, e não para as consequências econômicas ou emocionais da lesão sobre determinado sujeito.

Diz o mencionado autor:

“Dano como sendo lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc. Em suma, dano é lesão a bem jurídico, tanto patrimonial, quanto moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.¹²⁹

A teor do artigo 186 do Código Civil, a responsabilidade civil por abandono socioafetivo, somente poderá ser imputada ao genitor (a), se da sua conduta, tenha decorrido um dano a quem se disse lesado. O abandono socioafetivo dos pais, por si só, não tem o condão de gerar direito a indenização. Pode haver responsabilidade sem culpa, contudo, não pode haver responsabilidade sem dano. A obrigação de indenizar pressupõe um dano efetivo e, no caso do abandono socioafetivo, plenamente comprovado.

Neste sentido, podemos considerar o dano como elemento indispensável do ato ilícito. Carlos Roberto Gonçalves, citado por Aina Angelini em sua obra, corrobora

¹²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op.cit.p.88-89.

¹²⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 7, p. 49.

¹²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. op.cit.p.93

com o quanto afirmado, considerando que sem a comprovação do dano, o próprio ilícito deixa de existir:

Na lição de San Tiago Dantas, Orlando Gomes, Antônio Ferreira Coelho e outros, “o dano é elemento indispensável do ato ilícito, podendo alguém violar dever jurídico, e assim, o direito de outrem, e não causar dano. Não haveria aí ato ilícito, pois o principal efeito do ato ilícito é justamente a reparação do dano, nesta hipótese inexistente.¹³⁰

Importante ressaltar, que o dano pode ser conceituado a partir de duas perspectivas: i) o dano em sentido amplo, que abrange qualquer lesão a bem jurídico, inclusive, o de ordem exclusivamente moral; ii) o dano em sentido estrito, que abrange apenas as lesões ao patrimônio do indivíduo.

No presente trabalho utilizaremos o conceito de dano em sentido amplo, inclusive, porque a indenização no abandono socioafetivo tem o dano moral como o seu objeto central.

Valéria Cardim chama atenção para os danos que os pais podem ocasionar aos filhos, defendido que cabe “*aplicar a teoria geral da responsabilidade civil. Os danos que os pais podem ocasionar aos filhos ocorrem em decorrência do abandono afetivo, moral, intelectual e material e a prática de alienação parental*”¹³¹.

O fenômeno da constitucionalização do direito civil, iniciado a partir da Constituição Federal de 1988, tendo a proteção da pessoa humana como centro do ordenamento, refletiu-se também na responsabilidade civil. Desta forma houve uma ampliação dos interesses merecedores de tutela pela nova ordem jurídica (os chamados danos existenciais) e, diante da sua violação, surgiu a necessidade de ressarcibilidade destes danos.

Contudo, é consenso que a proliferação excessiva de pedidos de responsabilização civil no judiciário, com base em danos fundados na dignidade da pessoa humana, são decorrentes, na verdade, do aumento da litigiosidade no mundo moderno e, em muitos casos, de vitimização da convivência em sociedade.

¹³⁰ ANGELINI NETA, op.cit. p. 163

¹³¹ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 238.

Não se prega aqui a paternidade irresponsável e sem um escopo de cuidados mínimos necessários a toda família. Defendemos sim, um zelo maior na interpretação de conceitos com enorme carga de subjetividade, que possam gerar a injustiça de uma condenação pecuniária por danos morais, a partir da aplicação da responsabilidade civil como regra, indistintamente pelo juiz, nos casos de abandono socioafetivo.

É imprescindível que o julgador se cerque de zelo na aferição da responsabilidade no caso concreto, perquirindo sobre a existência dos danos ocasionados pelo abandono. Ou seja, ainda que o abandono seja um ato contrário ao direito, o dever de indenizar somente caberá nas hipóteses em que houver um dano plenamente comprovado, sob pena de ofensa aos fundamentos da responsabilização civil.

Neste diapasão, entendemos que a violação pelos pais dos deveres previstos no artigo 227 e 229 da Constituição Federal, a exemplo do dever de convivência e de cuidado, não são aptos, por si só, a gerar direito a indenização. É imprescindível no abandono socioafetivo a comprovação de aquele que cometeu o ato ilícito, além de violar um direito, ocasionou um dano ao filho que se diz lesado.

Saliente-se, que em muitos casos, apesar do abandono socioafetivo dos pais, o filho não sofre qualquer dano. Os deveres previstos no artigo 227 e 229 da constituição Federal são exercidos por outros familiares, sendo certo que o abandono parental em si, não gerou qualquer abalo psíquico ou emocional comprometedor do desenvolvimento da personalidade do filho.

Nestes casos, por logico, não existe porque prevalecer o dever de indenizar:

Para configuração do dano moral à integridade psíquica do filho, sera preciso que tenha havido o abandono por parte do pai (ou da mãe) e a ausência de uma figura substituta. Se alguém “faz as vezes” de pai (ou de mãe), desempenhando suas funções, não há dano a ser reparado, não obstante o comportamento moralmente condenável do genitor biológico.¹³²

¹³² MORAES, Maria Celina Bodin. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade ...In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 196.

Ante todo o exposto, o princípio da reparação do dano exige do intérprete que tenha em vista todas as circunstâncias que rodeiam o caso, não sendo possível traçar regras fixas, que se ajustem a todas as hipóteses.

7.3.3 O nexo causal

O nexo causal consiste na relação de causa e efeito existente entre a conduta humana voluntária e o resultado danoso. Para Caio Mário¹³³, *“é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado”*.

Em qualquer situação em que se queira imputar a responsabilidade civil a outrem, a primeira indagação necessária a se fazer é sobre a existência do nexo de causalidade entre o alegado dano e a conduta imputada ao agente.

Para a imputação da responsabilidade faz-se necessário que exista uma relação de causa e efeito, entre a conduta do genitor reputado negligente, e o dano, que é justamente o que a doutrina denomina de nexo causal.

Neste sentido, para correta valoração da existência de um dano em decorrência do abandono socioafetivo, imprescindível ao julgador a utilização de perícias técnicas multidisciplinares, elaboradas por profissionais de áreas distintas (psicólogos, assistente social, etc) afirmando que a conduta faltosa do genitor (a), foi de fato a geradora dos danos afirmados pelo filho em juízo.

Sem a prova robusta de que a conduta omissiva e voluntária do genitor (a), que ocasionou os danos alegados pelo filho, não se pode falar em responsabilização civil do genitor (a).

Anderson Schreiber alerta para proliferação indiscriminada de danos ressarcíveis, externando a sua preocupação com a proliferação de decisões judiciais onde se determina a indenização, sem, contudo, se perquirir ao certo sobre a existência dos elementos da responsabilização civil (a culpa e o nexo causal):

Uma verdadeira loteria de indenizações, eis o que teria se tornado, na opinião de Patrick Atiyah, a responsabilização civil contemporânea. Os resultados das ações judiciais de reparação

¹³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Forense, 9 ed., 2000, p. 76.

desafiam, diariamente, as previsões de advogados e especialistas. As cortes distanciam-se, cada vez mais, das bases teóricas do instituto. A aleatoriedade dos julgados converte o ensino da responsabilidade civil em uma espécie de fábula; ao mesmo tempo em que o misoneísmo dos manuais conserva estudantes e professores em um isolamento inaceitável do cotidiano judicial. O diálogo entre doutrina e jurisprudência lembra, nesta matéria, uma babel de idiomas desconexos, em que não se chega a qualquer resposta por total desacordo sobre as perguntas. (...) também por essa razão, *civil law* e *common law* convergem na preocupação unívoca de evitar a escalada progressiva do número de pedidos de indenização, que acabaria por provocar uma autentica inundação do poder judiciário. (...) O temor se acentua na medida em que se verifica que os fundamentos teóricos que, outrora, serviram de barreira de contenção a esta onda de pedidos indenizatórios, filtrando as demandas dignas de acolhimento pelo Poder Judiciário, não mais operam com a mesma eficiência. Vive-se um momento de erosão dos filtros da reparação, com a gradual perda da importância dos tradicionais critérios de imputação de responsabilidade (a culpa e o nexo causal), a partir dos quais se promovia rigorosa seleção dos pleitos ressarcitórios.¹³⁴

Assim, apenas haverá dever de indenizar, quando restar comprovado que o comportamento do genitor (a) foi o responsável pelas consequências (resultado) sofridos pelo filho.

7.3.4. – Funções da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil contemporânea esta pautada no princípio da *restitutio in integrum*, isto é, a reposição da parte prejudicada ao *status quo ante*. Dessa forma, o instituto da responsabilidade civil tem por finalidade precípua o restabelecimento do equilíbrio violado pelo dano causado ao sujeito passivo da relação jurídica estabelecida.

¹³⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 5.

É importante salientar que a doutrina aponta como funções básicas para a responsabilização civil, a (i) função compensatória do dano à vítima, (ii) a função punitiva do ofensor e a (iii) função de desmotivação social da conduta lesiva.

A função compensatória é o objetivo precípua e a finalidade do instituto da responsabilização civil, tendo em vista representar a reposição do bem perdido, diretamente, ou, quando não for possível, incide o ressarcimento pecuniário. A doutrina entende que o pagamento representará um *quantum* indenizatório que compense em montante equivalente ao valor do bem material ou do direito não calculável monetariamente.

Como segunda função, exsurge a função punitiva do ofensor. Esta função embora relevante, não representa a finalidade para qual o instituto foi criado. A medida imposta ao ofensor, possui a finalidade de desmotivar o agente lesivo na prática de condutas semelhantes.

A terceira e última função, reside na função pedagógica, de cunho socioeducativo, a qual busca a desmotivação social da conduta praticada. Através desta função se demonstra na sociedade quais condutas não serão toleradas, e indiretamente estabelece-se um equilíbrio e segurança objetivados pelo direito.

Com efeito, importante perquirir neste ponto, se com a responsabilização civil em decorrência de abandono socioafetivo o Estado conseguirá cumprir todas as funções almeçadas pelo instituto da responsabilidade civil?

Entendemos que não. Não cumprirá a função compensatória, já que eventual indenização em dinheiro não terá o condão de restabelecer o *status quo ante*, já que o filho abandonado afetivamente não passará a ser amado ou cuidado, a partir da responsabilização civil do genitor, sendo certo que o arbitramento de valor em pecúnia, não suprirá ou amenizará as dores decorrentes da falta de afeto.

Por outro lado, o caráter punitivo subjacente ao dano, não será capaz de restabelecer os laços afetivos entre genitor e prole, ao contrário, vai gerar mais

afastamento, acirrando os sentimentos negativos por parte do genitor e do filho que se sente abandonado, impedindo futura recomposição dos laços familiares, conforme será demonstrado no próximo tópico ao tratarmos das consequências da patrimonialização do afeto para a família.

8. A PATRIMONIALIZAÇÃO DO AFETO E AS CONSEQUÊNCIAS PARA FAMÍLIA DO ARBITRAMENTO DOS DANOS MORAIS EM DECORRÊNCIA DE ABANDONO SOCIOAFETIVO.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho bem definem o tema do dano moral:

O dano moral consiste na lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.¹³⁵

Contudo, indagamos, seria ético e moral atribuir valor ao afeto ou a falta dele? Um filho acionar um genitor, com base em ausência de afeto, convivência, atenção e cuidado, com fins exclusivamente monetários, atenderia ao conceito de ética e de moral?

Assim, importante trabalharmos a distinção de ética e moral, para melhor elucidar as consequências para família do arbitramento de eventuais danos morais em decorrência de abandono socioafetivo.

Leonardo Boff, conceitua ética e moral da seguinte forma:

A ética é parte da filosofia. Considera concepções de fundo acerca da vida., do universo, do ser humano e de seu destino, estatui princípios e valores que orientam pessoas e sociedades. Uma pessoa é ética, quando se orienta por princípios e convicções. Dizemos então que tem caráter e boa índole. A moral, é parte da vida concreta. Trata da prática real das pessoas que se expressam por costumes, hábitos e valores culturalmente estabelecidos. Uma pessoa é moral quando age em conformidade com os costumes e valores congregados. Estes podem eventualmente, ser questionados pela ética. Uma pessoa pode ser moral (segue os costumes até por

¹³⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. op.cit, 2008, p.55.

conveniência) mas não necessariamente ética (obedece a convicções e princípios).¹³⁶

Existe consenso quanto ao fato de que as relações familiares exercem forte influência na formação da personalidade do indivíduo, sendo determinante quanto ao estabelecimento dos costumes e hábitos (moral), formando o caráter e moldando o perfil (ética) das pessoas¹³⁷. Mas esse caráter remete a algo mais fundamental: aos valores de fundo, aos princípios, à visão de realidade que está na cabeça e no coração das pessoas.¹³⁸

Ainda na lição de Leonardo Boff, o autor alerta para as contradições impostas pela moral e ética capitalistas que impera nos dias atuais¹³⁹, informando que a ética seguiu o destino da razão, e como tal, expandiu limites que se não controlados, podem gerar consequências desastrosas para o futuro:

Em primeiro lugar, esqueceu o ser (o todo) e se concentrou no ente (parte), considerando-a “a realidade” para além da qual nada mais existe. O reflexo para a ética foi que não se atendeu mais a voz interior (degradada a superego psicológico, a interesse de classe, para só ouvir a voz da norma e da ordem, vindas de fora, mas internalizadas. Em segundo lugar, sendo os entes ilimitados, ilimitados são também os saberes. Mas esquece-se que são partes de um todo. Realidade fragmentada, gerou saber fragmentado e ética fragmentada em infindas morais, para cada profissão (deontologia), para cada classe e para cada cultura. Em terceiro lugar, separou o que na realidade sempre vem junto: Deus e mundo, razão e emoção, masculino e feminino, justo e legal, privado e público. A ética foi dividida em pública e privada, ética dos interesses e dos princípios, ética dos meios e dos fins.¹⁴⁰

¹³⁶ BOFF, Leonardo. **Ética e moral: a busca dos fundamentos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.p. 36-37.

¹³⁷ BOFF, Leonardo.op.cit.p.39-40.

¹³⁸ BOFF, Leonardo.op.cit. p.40.

¹³⁹ BOFF, Leonardo.op.cit. p.41.

¹⁴⁰ BOFF, Leonardo.op.cit.p.41-42.

E continua:

Em quarto lugar, o saber foi posto a serviço do poder usado como dominação. A ética se fez instrumento de normatização do indivíduo, forçado a introjetar as leis para inserir-se na dinâmica do processo social, leis pelas quais é fiscalizado ou até punido. A sociedade se funda mãos na ética e na lei do que na legalização das várias práticas pessoais e sociais aceitas oficialmente, sem se questionar a que servem, se os interesses de dominação por parte dos poderes estabelecidos, se à sociedade que quer orientar-se pelo bem comum e pela equidade. Em quinto lugar, fundado somente na razão crítica, o ethos que procura não conseguiu consensos mínimos, capazes de serem apreendidos e assumidos pelas grandes maiorias.¹⁴¹

Neste contexto, com as mudanças sociais ocorridas nos últimos anos no direito de família, conforme já visto, parte da doutrina passou a defender a transformação do afeto em valor jurídico, surgindo daí a possibilidade da monetarização das relações familiares.

Maria Berenice Dias, ao tratar da repercussão jurídica da união estável e da impossibilidade de celebração de eventual contrato de namoro, para fugir a caracterização de uma possível união estável, foi pioneira, introduzindo no Brasil a discussão acerca da monetarização do afeto no direito de família.¹⁴²

Nesse passo, em que pese o entendimento da mencionada autora sobre a inconveniência da monetarização do afeto no namoro, no que se refere a responsabilização civil em decorrência de abandono socioafetivo, Maria Berenice Dias se posiciona favoravelmente, conforme se verifica do seguinte trecho:

A indenização por abandono afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração

¹⁴¹ BOFF, Leonardo.op.cit.p.43

¹⁴² *Leciona Maria Berenice Dias que a avença entre os namorados não tem o condão de afastar a responsabilidade patrimonial que venha a surgir por decorrência da caracterização da união estável, sendo ato sem validade jurídica, que apenas monetariza singela relação afetiva. Dias salienta que visualizar nesse contrato efeitos jurídicos poderia proteger o enriquecimento ilícito do convivente que tem o patrimônio em seu nome, em razão do outro que ajudou a adquiri-lo. É precisa ao afirmar que "o contrato de namoro é algo inexistente e desprovido de eficácia no seio do ordenamento jurídico.*

de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares.¹⁴³

Na mesma linha de raciocínio, segue Paulo Lôbo:

Portanto, o “abandono afetivo” nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas. Por isso, seria possível considerar a possibilidade da responsabilidade civil, para quem descumpre o múnus inerente ao poder familiar. “Afinal, se uma criança veio ao mundo — desejada ou não, planejada ou não — os pais devem arcar com a responsabilidade que esta escolha (consciente ou não) lhes demanda.¹⁴⁴

Vale destacar ainda, precedente na matéria, oriundo do Superior Tribunal de Justiça, através do julgamento do Recurso Especial n. 1.159.242/SP que, modificando entendimento anterior, através de voto da Ministra Nancy Andrighi, entendeu favoravelmente a responsabilização civil por danos morais, conforme se verifica da ementa abaixo:

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

¹⁴³ DIAS, Maria Berenice. op.;cit. 2007 p. 29.

¹⁴⁴ LOBO, PAULO. op.cit. 2011 p.310-311.

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.¹⁴⁵

A jurisprudência do STJ acima mencionada, trouxe inovação ao cenário jurídico brasileiro, pois erigiu o cuidado como valor jurídico obrigatório a ser observado pelos genitores, entendendo que o dever de afeto estaria subsumido no dever de cuidado. Seguindo a mesma linha do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2015, por ocasião do *X Congresso Brasileiro de Direito de Família*, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) aprovou dois enunciados prevendo a possibilidade de arbitramento de danos morais em decorrência do abandono afetivo:

Enunciado 8. O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado.

Enunciado 10. É cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos.

No entanto, para alguns autores, a propositura de uma eventual ação de reparação civil afetaria, ainda mais, a relação paterno-filial, prejudicando a convivência familiar

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 24 de abril de 2012. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/Guarda_Tutela/gt_jurisprudencia_guarda_tutela/STJ%20-%20Recurso%20Especial%20n%C2%BA%201.159.242-SP%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf Acesso em 16/03/2017.

e impedindo a recomposição dos laços familiares. Neste sentido, assevera Bernardo Castelo Branco:

“[...] a particularidade que cerca a relação paterno-filial, eis que fundada essencialmente na afetividade entre os sujeitos que dela participam, não permite a aplicação integral dos princípios que regem a responsabilidade civil. Logo, mesmo no campo específico do dano moral, cabe aferir em que medida o comportamento adotado foi capaz de romper os eventuais laços de afeto entre pais e filhos, uma vez que a admissibilidade da reparação não pode servir de estopim a provocar a desagregação da família ou o desfazimento dos vínculos que devem existir entre os sujeitos daquela relação.”¹⁴⁶

Citamos ainda entendimento de Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, para quem a patrimonialização da moral e monetarização do afeto representaria um retrocesso à própria família:

Por isso, não se pode admitir que a pura e simples violação de afeto enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta caracterizar-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes. Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal., não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais do que o ser. Em verdade, destarte, as peculiaridades próprias do vínculo familiar, não admitem a incidência pura e simples das regras da responsabilidade civil, exigindo uma filtragem, sob pena de desvirtuar a natureza peculiar (e existencial) da relação de Direito de Família. (...) simples violação de um dever decorrente de norma de família (como é o dever de afeto) não é idônea, por si só, para reparação de um eventual dano. (...) Por isso, entendemos não ser admitido o uso irrestrito e indiscriminado das regras atinentes à

¹⁴⁶ BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Ed. Método, 2006. p. 176.

responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família, por importar em deletério efeito da patrimonialização de valores existenciais, desagregando o núcleo familiar da sua essência.¹⁴⁷

Assim, a par da existência de jurisprudência favorável do Superior Tribunal de Justiça acerca do arbitramento de danos morais em decorrência de abandono afetivo pelos pais, a questão se encontra longe de ser pacificada. Tanto assim, que recentemente, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.573.921 - MG (2015/0071793-6)¹⁴⁸, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, também integrante da 3ª. Turma, entendeu não haver ato ilícito e conduta antijurídica em pedido de reparação moral por abandono socioafetivo, julgando improvida pretensão de indenização por danos morais formulada pela recorrente.

Não resta dúvidas, que o manejo de um processo, com todas as consequências dele oriundas, a exemplo da realização de audiências perante um juiz e oitiva de testemunhas para produção de provas, seria mais um motivo ensejador a quebra de vínculos afetivos porventura ainda existente entre pai e filho, e uma provável causa impeditiva de futura reconciliação.

Giselda Hironaka apesar de defender a responsabilização civil por abandono socioafetivo, nos chama atenção para o fato de que a indenização por abandono afetivo paterno-filial, deve ser utilizada com bom senso, para que não se torne instrumento de sentimentos como ódio e vingança:

A quantificação em dinheiro não muda nada na vida da vítima, não significa nada, a não ser o fato de ter sido o assunto colocado na pauta da sociedade, de modo a fazer que todos prestássemos atenção de alguma forma. Este é o fato principal que pode conter em si, intrinsecamente, aquilo que mais se almeja: a disseminação do valor pedagógico e do caráter dissuasório da condenação. Isso pode

¹⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op.cit. p. 89-90

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

ser um significado fator de reforma de valorações sociais e de alteração de paradigmas jurídicos.¹⁴⁹

Nos parece, entretanto, que muito ao contrário do que defendem os adeptos da responsabilização civil pelo abandono socioafetivo, a cominação da pena pecuniária ao genitor negligente, ao invés de representar um desestímulo a prática do abandono socioafetivo, pode se mostrar mais um motivo de desajuste para a família enquanto entidade social autônoma, fundada no afeto.

Por isso mesmo, a análise da responsabilização civil em decorrência do abandono socioafetivo, deve ser feita de forma prudente e contextualizada. Muitas vezes, o conflito que levou ao abandono socioafetivo, na maior parte dos casos, possui raízes mais profundas que aplicação fria da teoria geral de ilícitos não é capaz de alcançar.

A ideia pura e simples de monetarização dos deveres parentais, deve ser combatida, uma vez que os princípios que regem a família, a exemplo da solidariedade e melhor interesse da criança e do adolescente, não podem ser compatibilizados com valores monetários, ainda que a paternidade responsável seja uma exigência legal.

Permitir que a família possa ser amesquinhada pela perseguição do dinheiro, consequência lógica que decorreria de uma eventual banalização dos danos morais no grupamento familiar, sempre que houvesse um descumprimento dos deveres de convivência e cuidado por parte dos pais, equivaleria a verdadeiro retrocesso ao direito de família, que no momento histórico atual privilegia a ressignificação da família através da afetividade.

Cumprido ao Estado desenvolver mecanismos que permitam combater a prática do abandono socioafetivo, contudo, sem retirar as características e as peculiaridades próprias do vínculo familiar.

Dessa forma, analisaremos no capítulo seguinte o instituto da mediação, como alternativa para solução dos conflitos e efetiva recomposição dos laços familiares, que pode ser amplamente utilizado pelo Estado nos conflitos envolvendo abandono socioafetivo.

¹⁴⁹ HIRONAKA, Giselda. idem nota 72.

9. A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE RECOMPOSIÇÃO DE LAÇOS FAMILIARES A SERVIÇO DO JUDICIÁRIO.

Lília Maia de Moraes Sales ao definir o instituto da mediação estabelece que:

Mediação é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor satisfaça. A mediação representa um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, motivadas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo.¹⁵⁰

De toda a análise feita até o momento sobre a possibilidade de responsabilização civil do genitor em decorrência do abandono socioafetivo, se verifica que para preservação da unidade familiar, ao Estado cabe a árdua tarefa de buscar meios alternativos de resolução de conflitos e, quiçá, de ressarcibilidade de eventuais danos apurados, que não apenas o arbitramento de indenização pecuniária.

O que se observa na prática diária dos tribunais na área de família, é que o processo judicial não consegue pôr fim aos conflitos. Ao contrário, acirra os ânimos e impede a recomposição dos laços. Tampouco o arbitramento de eventual indenização terá o condão de transformar os sentimentos de quem sente-se lesado, já que a monetarização do afeto não pode ser entendida como solução de todos os problemas que permeiam as famílias Brasil afora.

Neste sentido, Águida Barbosa Arruda assevera que:

A mediação como instrumento de mudança – e não de reforma – não tem como objetivo desafogar o Judiciário por meio da celebração de acordos, sob a aparência de pôr fim ao litígio, mas acaba tendo como

¹⁵⁰ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.p.23

efeito a diminuição da litigiosidade e a redução do número alarmante de processos. A mediação interdisciplinar é criativa, em decorrência da sua própria linguagem, promovendo a exaltação do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, promove a humanização do Direito de Família, exigindo que os aplicadores deste ramo da ciência jurídica tenham preparo científico para atingir o amplo alcance da tutela disponível às pessoas envolvidas em conflito familiar, reconhecendo a complexidade da tarefa e a responsabilidade que assumem junto ao mais amplo conceito de cidadania.¹⁵¹

Defendemos que a mediação pode ser uma excelente fonte de resolução de conflitos, pois que transcende à mera solução pecuniária da controvérsia relacionada ao cabimento da responsabilização civil por danos morais no caso do abandono socioafetivo, dispondo-se a transformar um contexto onde as partes se entendem como adversários e tornam-se parceiros dispostos a colaborar para solução da controvérsia.

Neste sentido, citemos Antônio Cesar Peluso:

(..) Já ninguém é dono de verdades absolutas a respeito do Homem, se é que seja este suscetível de verdades absolutas. De modo que tentar compreendê-lo em estado de sofrimento, como costuma apresentar-se aos profissionais do Direito, nos conflitos que lhe veem da inserção familiar, é tarefa árdua e, para usar de paradoxo, quase desumana, porque supõe não apenas delicadeza de espírito e disposição de animo, mas preparação intelectual e técnica tão vasta e apurada que já não entra no cabedal pretensioso d'algum jurista solitário.¹⁵²

A Lei 13.140, de 26 de junho de 2015¹⁵³, que dispõe sobre Mediação, em seu artigo 2º elenca os princípios que norteiam o instituto, quais sejam: (i) imparcialidade do

¹⁵¹ BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 99/100

¹⁵² PELUSO, Antônio Cesar. **Direito de família e ciências humanas**. Cadernos de Estudos. São Paulo: Jurídica Brasileira, n. 1, p. 7, 1997.

¹⁵³ BRASIL. Lei 13.140/2015. Brasília: Presidência da República - Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 28/03/2017.

mediador, (ii) isonomia entre as partes, (iii) oralidade, (iv) informalidade, (v) autonomia da vontade das partes, (vi) busca do consenso, (vii) confidencialidade, e, (viii) boa fé.

A norma estabelece ainda, que poderão ser solucionados por meio da mediação os conflitos que versem sobre direitos indisponíveis e disponíveis, que admitam transação.

Assim, apesar da existencia do mediador, enquanto profissional treinado e imparcial para condução do processo, a responsabilidade das decisões cabe às partes envolvidas na mediação. A técnica possui a capacidade de recompor laços, seja pela abertura ou reabertura do diálogo entre as partes, seja pelo fato de considerar a pessoa parte importante da crise.

Diante da possibilidade de proporcionar maior liberdade, a mediação está intimamente atrelada ao princípio da autonomia privada já estudado nesta monografia.

Corroborando com este entendimento:

A autonomia da vontade, também entendida como autodeterminação, é um valor essencial. A mediação permite que o indivíduo decida os rumos da controvérsia e protagonize uma saída consensual para o conflito: ao incluir o sujeito como importante ator na abordagem da crise, valoriza-se sua percepção e considera-se seu senso de justiça. Como facilmente se percebe, a autonomia da vontade está ligada à dignidade e à liberdade. O tema da autonomia da vontade também traz a mente um ponto importante: a voluntariedade.¹⁵⁴

A lei 13.140/2015¹⁵⁵, no artigo 24, determina a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, antes e após o procedimento processual, e

¹⁵⁴ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3ª. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016. p.190.

¹⁵⁵ Idem nota 153.

pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a auto composição.

A mediação, quando bem aplicada, pode se transformar em um instrumento libertador das partes em um conflito. A técnica vai levar em consideração o lado humano de cada parte, suas características pessoais, evitando julgamentos, privilegiando o diálogo, oferecendo soluções inovadoras na busca incessante da pacificação dos conflitos, levando as partes a reconhecer seus erros, apaziguando mágoas e transformando sentimentos.

Para além da indenização arbitrada em um procedimento indenizatório apreciado pelo Poder Judiciário, a mediação buscará efetivamente a pacificação social, uma vez que na maior parte dos conflitos na seara do direito de família um pedido indenizatório levaria à ruptura definitiva entre as partes.

Assim, a mediação, inclusive, com o uso multidisciplinar de profissionais estranhos ao Direito, é de extrema importância para recomposição dos laços familiares e para elucidação da verdade vivenciada, pelo filho que cultiva sentimentos de abandono e pelo pai que vem sendo acusado de negligência pura e simples.

Não podemos deixar de considerar que os profissionais do direito, desde a sua graduação, já recebem uma formação tendente a privilegiar a litigância em detrimento da busca pela pacificação. A utilização de profissionais das mais diversas áreas das ciências humanas, como psicólogos, assistentes sociais, médicos, vai proporcionar uma visão muito mais equilibrada da situação posta em debate, desaguando certamente no entendimento das partes envolvidas no conflito.

Enfim, a mediação hoje é utilizada de forma tímida pelo judiciário na área de direito de família. O uso da Lei 13.140/2015 deve ser ampliado para melhorar a resposta da justiça aos conflitos originários do abandono socioafetivo, impedindo assim, uma exacerbação do número de indenizações pecuniárias que acabaria por desvirtuar os valores inerentes à família, a exemplo da solidariedade e afetividade.

10. CONCLUSÃO.

Com o objetivo de analisarmos a teoria da responsabilização civil em decorrência do abandono socioafetivo, inicialmente, demonstramos as transformações ocorridas na instituição familiar, desde o início da civilização até os dias atuais, e como essas transformações influenciaram no conceito atual de família.

Demonstramos que o modelo familiar no século XX mudou, e a família atualmente perdeu o seu caráter matrimonializado e patriarcal, se caracterizando por ser um grupamento de pessoas unidas ou não pela consanguinidade, em busca de objetivos comuns, afeto e felicidade.

Abordamos as transformações ocorridas nas relações humanas na modernidade e pós-modernidade e como essas transformações influenciaram nas relações familiares, em se considerando que características marcantes deste período são a busca pelo prazer individual e a cabal incapacidade de amar o próximo.

Analisamos os princípios jurídicos que norteiam a família, de acordo com a Constituição Federal de 1988, e a controvérsia em torno da valoração jurídica do afeto, apresentando os posicionamentos doutrinários acerca do tema, questionando-se a possibilidade de considerar a afetividade como um princípio jurídico, que ensejaria aplicação imperativa ou somente a utilização do afeto no direito como mero valor e sentimento.

Trabalhamos o conceito de poder familiar e analisamos os deveres impostos pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988, demonstrando que o afeto não pode ser considerado objetivamente um dever familiar, inclusive, não se encontrando elencado expressamente dentre os deveres previstos no artigo 227 da Constituição Federal.

Informamos que recentemente, a doutrina e jurisprudência vem utilizando uma construção, no sentido de que o dever de afeto estaria subsumido no dever de convivência e cuidado, com a finalidade de embasar a responsabilização civil dos

pais pelo abandono socioafetivo, considerando ato ilícito o descumprimento dos deveres parentais por parte dos genitores.

A partir da conceituação do que seria o abandono socioafetivo e as consequências que esta conduta traria aos filhos, analisamos as regras já previstas no direito de família como normas sancionadoras ao abuso do poder familiar, questionando se a prática do abandono socioafetivo permitiria a ampliação das sanções já previstas no ordenamento como a responsabilização civil do genitor (a) faltoso.

Através de uma abordagem doutrinária, trabalhamos os conceitos de autonomia privada e a autonomia da vontade, como limitadoras da intervenção do Estado na família, questionando se a atitude do Estado de intervir na liberdade individual do genitor (a), obrigando – o à convivência familiar, mesmo na inexistência de afeto, atenderia ao princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente, trazendo à baila o caso do menino Bernardo como exemplo de intervenção desastrosa do Estado na família.

Em seguida, analisou-se o conceito de responsabilidade civil, os tipos de responsabilidade aplicáveis ao presente trabalho, os elementos essenciais a responsabilização civil e as funções do instituto, demonstrando que o arbitramento de uma eventual indenização por abandono socioafetivo, teria que ser plenamente justificada através da reunião concomitante de todos os elementos da responsabilidade civil; e, sobretudo, perquirindo ainda, se eventual indenização atingiria as finalidades buscadas pelo instituto.

Partindo da análise dos conceitos de ética e moral, abordamos as consequências para família de um eventual arbitramento de indenização por danos morais, colacionando posicionamento doutrinários favoráveis e contrários a patrimonialização do afeto e a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, demonstrando que eventual indenização poderia acirrar os conflitos e consolidar a ruptura dos vínculos familiares.

Abordamos ainda, a utilização da mediação como alternativa estatal para solucionar os conflitos em decorrência do abandono socioafetivo e recomposição dos laços familiares.

Diante de todo o exposto, entendemos que eventual descumprimento dos deveres parentais não pode, em regra, resolver-se simplesmente em perdas e danos, como nas obrigações, inclusive, porque já existe no ordenamento a possibilidade de suspensão ou perda do poder familiar, sanção gravíssima que sempre poderá ser adotada para resolução dos problemas de abandono socioafetivo e trata-se de instituto próprio do Direito de Família.

Por outro lado, considerando que na prática diária dos tribunais, na área de família, se verifica que o processo judicial não consegue pôr fim aos conflitos, ao contrário, acirra os ânimos e impede a recomposição dos laços, entendemos que cumpre ao Estado buscar soluções alternativas para tratamento das questões oriundas do abandono socioafetivo, apontando a mediação como uma solução viável, já a disposição do poder judiciário desde a edição da Lei 13.140/2015.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8ª. ed. Ver., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- ANGELINI NETA, Aina Hohenfeld. **Convivência Parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo**. Curitiba: Juruá, 2016
- BARBOSA, Águda Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005
- BARROSO. Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. p. 12. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf> Acesso em 30/03/2017
- BARROSO. Luis Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas**. 2010. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf>. Acesso em 16/03/2017
- BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Rio Janeiro: editora Rio 1976
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Pátrio poder: regime jurídico atual**. RT 676/83, São Paulo, fev. 1992
- BRASIL. Constituição Federal (1988). Brasília: Presidência da República- Casa Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 10/03/2017
- BRASIL. Decreto 99.710/90 (Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança). Brasília: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 11/03/2017
- BRASIL. Lei 8.078/90. Brasília: Presidência da República - Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm Acesso em: 11/03/2017

BRASIL. Lei 10.406/2002. Brasília: Presidência da República - Casa Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 11/03/2017

BRASIL. Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. Brasília: Presidência da República- Casa Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 01/04/2017

BRASIL. Lei 13.140/2015. Brasília: Presidência da República - Casa Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 28/03/2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 24 de abril de 2012. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/Guarda_Tutela/gt_jurisprudencia_guarda_tutela/STJ%20%20Recurso%20Especial%20n%C2%BA%201.159.242-SP%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf Acesso em 16/03/2017

BRASIL. Projeto de Lei 3212/2015 (Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil.). Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535>> Acesso em: 05/04/2017

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Ed. Método, 2006

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003

BITTAR, Eduardo. **O Direito na Pós-Modernidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014

Dicionário Informal. Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/sindi%C3%A1smica/>. Acesso em 10/03/2017

BOFF, Leonardo. **Ética e moral: a busca dos fundamentos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014

CALDERON, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família.** Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf> Acesso em: 11/03/2017

DIAS, Maria Berenice. **A evolução das famílias e seus direitos.** Texto disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/7_a_evolu%E7%E3o_da_fam%EDlia_e_seus_direitos.pdf. Acesso em 30/03/2017

a_evolu%E7%E3o_da_fam%EDlia_e_seus_direitos.pdf. Acesso em 30/03/2017

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família.** 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Responsabilidade civil.** 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002

ENGELS, Friedrich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado:** Texto Integral. Traduzido por Ciro Mioranza. 2ª. ed. rev. São Paulo: Escala, [S.d]. (Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, v.2).

ELIAS, Norbert. **A Sociedade dos Indivíduos.** Rio de Janeiro: Zahar, 1994

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** 2a. Ed. 2010. Rio de Janeiro: Lumen Iuris.

FACHIN, Luis Edson. **Elementos críticos do direito de família,** Rio de Janeiro: Renovar, 1999

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família.** São Paulo. Saraiva. 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil.** 12ª . ed. São Paulo: Saraiva

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da (o) amante - na teoria e na prática** (dos Tribunais). *Disponível em:* < <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/64492/direitos-da-o-amante-na-teoria-e-na-pratica-dos-tribunais-prof-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em 30/03/2017

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000

GONÇALVES, Carlos Alberto, **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005

HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna**. 15ª ed. São Paulo: Loyola, 2006

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Sobre peixes e afetos**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana**. Belo Horizonte: IBDFam, 2006

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>. Acesso em: 15/03/2017.

LATOUR, Bruno. **Jamais Fomos Modernos**. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994

LIMA, Taisa Maria Macena. **Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008

LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar . **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25364>. Acesso em: 10 mar. 2017

LOPES, Renan Kfuri. **Panorama da responsabilidade civil**. Adv Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas. São Paulo: COAD, nov. 2006

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Ed 70. 2007

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005

[/R%20DJ%20Impossibilidade%20reconhecer%20dano%20joao%20gaspar.pdf?sequence=1](#) Acesso em: 11/03/2017

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 9ª. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2012

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da experiência**. 8ª. ed. São Paulo: Cortez, 2011

SILVA, Cláudia Maria da. **Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho**. *in Revista Brasileira de Direito de Família*, (s.l.), v.6, n.25, p.123-146, ago./set.2004

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da erosão dos filtros da Reparação a diluição dos danos**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2011

TAVARES, Osvaldo Hamilton. **A Influência do Direito Canônico no Código Civil Brasileiro**. *In Justitia*. São Paulo 47 (132), out-dez 1985

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

TARTUCE, Flávio. **O princípio da Afetividade no Direito de Família**. (Jusbrasil). Disponível em <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em 02/03/2017

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3ª. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direitos de família**. 13ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013

WALD, Arnoldo. **Direito de Família**. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990

WIKIPEDIA. Disponível em: <
https://pt.wikipedia.org/wiki/Ordena%C3%A7%C3%B5es_Filipinas>. Acesso em
10/03/2017