

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA

CHRISTIANE TORRES DE AZEREDO

**ABANDONO AFETIVO: A NÃO OBSERVÂNCIA AO
DEVER DE CONVIVÊNCIA**

VITÓRIA

2018

CHRISTIANE TORRES DE AZEREDO

**ABANDONO AFETIVO: A NÃO OBSERVÂNCIA AO
DEVER DE CONVIVÊNCIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Professor Orientador: Dr. Daury César Fabriz.

VITÓRIA

2018

CHRISTIANE TORRES DE AZEREDO

**ABANDONO AFETIVO: A NÃO OBSERVÂNCIA AO
DEVER DE CONVIVÊNCIA**

Dissertação apresentada ao Programa da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Daury César Fabríz
Faculdade de Direito de Vitória (FDV)
Orientador

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

Profa. Dra. Margareth Zaganelli
Universidade Federal do Espírito Santo
(UFES)

A minha família, razão de tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, porque Dele e por Ele, para Ele são todas as coisas.

A minha família que com amor e carinho cuidam e zelam por mim, com amparo e apoio não medem esforços para me ajudar a conquistar objetivos traçados e sonhos idealizados.

A minha mãe, fiel companheira e ajudadora. Ao meu pai que prontamente sonhou este sonho comigo. A minha avó, que sempre se dedicou inteiramente a mim e a nossa família. Ao meu irmão, amigo sempre presente. Ao Bruno, por tamanha dedicação e empenho em me auxiliar na conclusão deste projeto.

Ao meu querido professor e orientador Daury César Fabríz, que com dedicação e apoio tornou possível a conclusão desta etapa da minha vida.

Ao professor Adriano Pedra, por tamanho saber e ensinamentos ministrados em suas aulas.

A todos os professores do Programa de Mestrado da FDV que, no decorrer desses anos de mestrado, compartilharam conhecimento e me auxiliaram para que eu pudesse crescer com demasia na seara do direito.

A todos os colegas que trilharam esse longo caminho ao meu lado, pois sem as críticas e debates, muito pouco cresceria.

À FDV, por me proporcionar um ensino de excelência e qualidade.

"A cada dia que vivo, mais me convenço de que o desperdício da vida está no amor que não damos, nas forças que não usamos, na prudência egoísta que nada arrisca, e que, esquivando-se do sofrimento, perdemos também a felicidade. A dor é inevitável. O sofrimento é opcional."

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar se o ordenamento jurídico brasileiro confere embasamento legal para as ações de reparação por danos morais nos casos de abandono afetivo, haja vista o dever dos pais em assegurar o direito à convivência familiar aos filhos. A Constituição Federal do Brasil em 1988 constituiu verdadeiro marco histórico, ao elencar o princípio da dignidade da pessoa humana como basilar das relações, e de modo implícito trazer como fundamento familiar o princípio da afetividade. Crianças são concebidas a todo o momento sem nenhum planejamento familiar, e por isso, na maioria das vezes, desde o ventre materno já sofre rejeição dos pais e se veem desamparadas. Apesar do direito brasileiro prever a perda do poder familiar em razão da não observância dos deveres que compete aos pais frente a seus filhos menores, não existe menção no direito brasileiro sobre o descaso dos pais em relação aos filhos, no que concerne ao abandono afetivo. Por essa razão, importa fazer um estudo aprofundado tomando como base o direito como integridade de Ronald Dworkin, de modo a integrar as lacunas existentes na norma, para que exista uma decisão justa e equânime, haja vista que os Tribunais Superiores têm se manifestado de diferentes formas sobre este assunto. Desse modo, será analisada a evolução da família ao longo da história, bem como os princípios constitucionais que a regem, assim como um estudo acerca dos deveres fundamentais, destacando o dever de convivência familiar enquanto decorrente de uma paternidade/maternidade responsável. Por fim, faremos uma análise da responsabilidade civil no direito de família e a aplicação do dano moral nessa esfera, a fim de discutir a respeito da possibilidade de reparação por danos morais aos filhos que sofrerem abandono afetivo dos pais, haja vista a necessidade de que cessem os ilícitos ocorridos no âmbito familiar.

Palavras-chave: 1. Família. 2. Deveres Fundamentais. 3. Abandono Afetivo.

ABSTRACT

This research has the objective to analyze if Brazil's legal system gives legal base to moral damages lawsuits on affective abandoning, considering the parents' duty to ensure the right to a family communion to their children. The Federal Constitution of Brazil of 1988 became a historical milestone, as it included the dignity of the human person as a foundation to relationships, and in an implicit way to bring as a family foundation the affective principle. Children are conceived all the time without any form of family planning, and as a result, most of the time, they suffer rejection from their parents and feel neglected since the mother's womb. Even though the Brazilian law foresees the loss of family power due to non observation of parents' duty to their minor children, there isn't no mention in Brazilian law about parents' neglect to their children, as far as affective abandoning. Due to that, it matters to do a deep research based on Ronald Dworkin's right to integrity, so to integrate the normative gaps, so there can be a fair and equanimous decision, considering that the Superior Courts have been positioning themselves in different ways about this subject. This way, the evolution of the family throughout history will be analyzed, as well as the constitutional principles that rule it and a study about fundamental duties, highlighting the duty of a family communion as a result of a responsible parenting. Lastly, it will be done an analysis of the civil responsibility on Family Law and the application of moral damages in this area, in order to discuss about the possibility of moral damage repair to children who suffered affective abandoning from their parents, given the need to stop illicit acts within the family.

Keywords: 1. Family. 2. Fundamental Duties. 3. Affective Abandoning.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

TJ – Tribunal de Justiça

STJ – Superior Tribunal de Justiça

ONU – Organização das Nações Unidas

RESP – Recurso Especial

TA – Tribunal de Alçada

RS – Rio Grande do Sul

MG – Minas Gerais

FDV – Faculdade de Direito de Vitória

GP – Grupo de Pesquisa

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA: ORIGEM E EVOLUÇÃO	13
1.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO E FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA	28
2 DIREITO COMO INTEGRIDADE E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS QUE NORTEIAM AS FAMÍLIAS	38
2.1 PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR	47
2.2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	53
3 DEVER DE CONVIVÊNCIA E ABANDONO AFETIVO	59
3.1 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DANO MORAL	71
4 INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO NA PERSPECTIVA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE	81
CONSIDERAÇÕES FINAIS	93
REFERÊNCIAS	95

INTRODUÇÃO

A entidade familiar passou por uma série de mudanças ao longo do tempo. Desde a era mais remota da humanidade até os dias de hoje, diferentes foram e são os tipos e modelos familiares. Cada época carrega em si características singulares, que vão ao encontro do estilo de vida de cada modelo de sociedade.

A Constituição Federal do Brasil em 1988 constituiu verdadeiro marco histórico. Hoje, vários são os direitos e deveres assegurados pela Carta Magna, que acabara por constituir um novo modelo familiar: a família baseada em laços afetivos. A sociedade, que antes era patriarcal e patrimonialista com distinção de classe, gênero e sexo, agora passa a assegurar igualdade entre homens, mulheres e crianças perante a lei, respeitando-os em sua dignidade.

Quando se olha para a vida de um menor, frágil e indefeso, a proteção e cuidado deve ser ainda maior e mais eficaz, pois é também através da família que o ser humano cresce e se desenvolve, formando seu caráter e personalidade. Por essa razão o presente estudo tem por objetivo analisar se o ordenamento jurídico brasileiro confere embasamento legal para as ações de reparação por danos morais nos casos de abandono afetivo, haja vista o dever dos pais em assegurar o direito à convivência familiar aos filhos.

É certo que quando se fala em contexto familiar aparece uma série de problemas relacionados à responsabilidade, cuidado, educação, entre outros. Porém, em relação ao abandono afetivo, as violações podem ser ainda mais graves. É necessário trazer à consciência de que os genitores exerçam a paternidade-maternidade de modo responsável, que é, além de prover a subsistência básica do filho, ter-lhes sob seu cuidado e convivência, cercados de uma relação de afetividade.

O abandono afetivo pode ser considerado mais grave que o ilícito patrimonial, porque o direito brasileiro faz previsão de institutos para minimizar os danos patrimoniais ocorridos, oferecendo mecanismos de cobrança e sanção aos pais que

deixam de cumprir com suas responsabilidades. Entretanto, não existe menção no direito brasileiro sobre o descaso dos pais em relação aos filhos no que concerne ao abandono afetivo, e este merece punição, não como ato de desamor, mas como a não observância dos pais quanto ao dever intrínseco de convivência.

Para responder a indagação, importa fazer um estudo aprofundado tomando como base o direito como integridade de Ronald Dworkin. Para tanto, me valerei do método histórico dialético, a fim de discorrer acerca do novo conceito de família, bem como os princípios constitucionais assegurados pela Constituição Federal de 1988 e outros diversos diplomas legais nacionais e internacionais.

Além do mais, será feito um estudo sobre os deveres fundamentais, destacando o dever de convivência familiar enquanto decorrente de uma paternidade/maternidade responsável, para analisar a questão da responsabilidade civil no direito de família e a aplicação do dano moral nessa esfera, haja vista a necessidade de responsabilização pelos ilícitos ocorridos no âmbito familiar, quando do descumprimento de deveres impostos.

É válido ressaltar a relevância deste tema no âmbito pessoal, pois existem vários relatos de pais e mães que abandonam os filhos e as consequências psíquicas trazidas por este abandono são inúmeras, influenciando diretamente na vida da criança, e trazem sérias consequências para este ser em desenvolvimento.

Este trabalho tem grande relevância para o âmbito acadêmico, uma vez que, pouco se tem falado e muito menos escrito sobre este tema, e importa salientar, que é dever dos pais cuidar dos filhos, e cuidar não é somente prover materialmente a subsistência do filho, vai muito além, deve ser dispensado o cuidado necessário e uma relação afetiva sadia, mesmo por que o filho não escolheu ser filho, mas o pai escolheu ser pai, seja de maneira prudente ou mesmo assumindo o risco.

Vale destacar a importância e contribuição deste trabalho no âmbito social, pois o abandono dos pais em relação aos filhos reflete a realidade social. Através deste trabalho, pode haver uma contribuição para os diversos filhos que sofrem deste

abandono, e para a sociedade como um todo, a partir do momento em que serão estudadas quais as possíveis medidas dispensadas ao caso de abandono afetivo.

Ainda cabe ressaltar que o trabalho também será de muito proveito para o âmbito profissional, ao se verificar que este não é um tema pacífico na doutrina e jurisprudência. Além do mais, pouco se fala sobre o assunto, poucos são os precedentes jurisprudenciais. Às vezes, aparecem casos isolados nos Tribunais, mas nenhuma decisão que vincule. Alguns Tribunais, que em determinado caso concreto decidem de uma maneira; em outros casos, decidem de maneira diversa. Com este trabalho, novas perspectivas podem ser abertas para os desafios da profissão.

Os direitos desses menores merecem respeito e proteção, e dentre as várias formas de se reparar um ilícito civil, existem meios que ensejem em indenização dos filhos e/ou perda do poder familiar pelos pais.

Por ser uma matéria muito polêmica, com escassez de decisões jurisprudenciais e muitas discussões doutrinárias, é inteiramente importante e necessário o estudo do tema em questão. Dessa forma, cumpre-nos inquirir: é possível indenização por dano moral aos filhos em decorrência do abandono afetivo?

1 O CONCEITO DE FAMÍLIA: ORIGEM E EVOLUÇÃO

A origem da família estende-se por um passado imensurável, e se perde no tempo por ser impossível definir sua extensão. No entanto, é singular a ideia de que os seres vivos se unem e criam vínculos uns com os outros desde sua origem, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pelo desejo de não viver só, a ponto de se ter por natural, muitas vezes, a ideia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois.

Segundo Morgan (1877, p. 49), partes da família humana existiram num estado de selvageria, outras partes em um estado de barbárie, e outras, ainda, no estado de civilização, por isso a história tende à conclusão de que a humanidade teve início na base da escala e seguiu um caminho ascendente, desde a selvageria até a civilização, através de acumulações de conhecimento e experimentos, invenções e descobertas.

As instituições modernas têm suas raízes plantadas no período da barbárie, que por sua vez tiveram suas origens transmitidas a partir do período anterior, o de selvageria. Ou seja, por meio de uma descendência linear, foi apresentado um desenvolvimento lógico das instituições, como é o caso da família.

Alguns estudiosos tentaram decifrar o enigma referente à origem da família, mas até hoje não se sabe com precisão, uma vez que a história é feita de sucessivas rupturas. Por ser uma realidade sociológica, para se falar em família, temos que falar em Estado.

Inúmeras são as teorias que tentam explicar a origem do Estado. Para muitos o Estado sempre existiu, pois desde que o homem vive sobre a Terra ele está integrado numa organização social; para outros, a sociedade humana existiu durante certo período sem o Estado; e há outros, ainda, que só admitem como Estado a sociedade política dotada de características bem definidas (DALLARI, 2010, p. 52-53).

Independente da teoria adotada para explicar a origem do Estado, fato é que há dois meios para sua formação: uma forma originária e outra derivada. No entanto, delimitaremos o presente estudo às causas originárias de surgimento do Estado.

Dallari afirma existirem dois grandes grupos que procuram explicar a formação originária do Estado. O primeiro se refere às teorias que sustentam a formação contratual dos Estados, apresentando em comum - apesar de também divergirem entre si quanto às causas -, a crença em que foi a vontade de alguns homens, ou então de todos os homens, que levou à criação do Estado (DALLARI, 2010, p. 54).

Já o segundo grupo, faz menção às teorias que afirmam pela formação natural ou espontânea do Estado, não havendo entre elas uma coincidência quanto à causa, mas tendo todas em comum a afirmação de que o Estado se formou naturalmente, e não por um ato puramente voluntário (DALLARI, 2010, p. 54).

A primeira teoria – contratualista - fora formulada por autores que pensaram a constituição do Estado Moderno a partir de um contrato, um pacto em que cada indivíduo cede parte de sua liberdade para sair de um estado de natureza, para um estado limitado por um poder central (o Soberano).

Hobbes (2000) preconizava a centralização do poder nas mãos de um único sujeito: o monarca. Para ele, sem soberania não há poder político e nenhuma constituição (acordo entre indivíduos) seria possível; o Estado, portanto, seria condição para a existência da sociedade.

Entretanto, não tardou para que se fizessem críticas a este pensamento. Um dos grandes críticos de Hobbes foi Locke (2001), que criticou a concepção de Estado fundado em um Estado Absolutista - compreendido pelo Leviatã -, e propôs a formação de um Estado baseado no respeito aos direitos naturais e políticos do cidadão. Locke, então, pensou o modelo do Estado Liberal como organização política de poder limitado e destinado a garantir a proteção de direitos naturais (liberdade e propriedade).

Além disso, formulou a distinção entre poder absoluto e poder moderado. O poder absoluto seria o exercício concentrado do poder legislativo e executivo em um único sujeito; já o poder moderado seria o exercício separado e distinto do poder legislativo e do poder executivo. Esses dois poderes são distintos e, assim, Locke estabeleceu a máxima do constitucionalismo: quem tem o poder de fazer a lei não pode e nem deve dispor dos recursos e dos meios de governo, como o poder de coerção sobre os indivíduos; e quem dispõe de todo esse poder não pode ser, por sua vez, titular do poder legislativo.

Montesquieu (2000) buscou estabelecer a construção de um regime político moderado instituído por uma Constituição. Para ele, o homem tende a naturalmente abusar do poder, por isso os direitos individuais de cada um somente estariam protegidos se houvesse a instituição de um regime político que assegurasse esses direitos. Além disso, propôs a separação entre os três poderes.

Assim, com a noção de poder concentrado nas mãos do monarca (Hobbes), a garantia e proteção de direitos naturais (Locke) e a separação dos poderes (Montesquieu) funda-se as bases do Estado Liberal Moderno, porém, a fundamentação e legitimação democráticas se dão com Rousseau.

Para Rousseau (2002), a soberania reside nas mãos do povo - democracia como governo da maioria. Rousseau não admitia a representação; além disso, a vontade geral expressada pelos cidadãos seria um ato de soberania, enquanto a vontade declarada por intermédio de um representante seria vontade particular, um decreto, e é somente a partir da compreensão da vontade geral, como expressão da soberania popular, que se podem fundar as bases da democracia como governo do povo.

Essas ideias gerais de autores contratualistas não serão adotadas na presente pesquisa, pois, antes de falarmos em Estado Moderno, constitucionalismo e democracia, é necessário nos transportarmos para a história antiga, e para tanto, a segunda teoria - natural e não contratualista - é a que nos interessa.

A teoria natural de formação do Estado pode ser classificada em: a) origem familiar ou patriarcal; b) origem em atos de força, de violência ou de conquista; c) origem em causas econômicas ou patrimoniais e, por último, d) origem no desenvolvimento interno da sociedade (DALLARI, 2010, p. 54-56); e dentre essas teorias, a de maior repercussão prática é a última, formulada por Friedrich Engels.¹

Por esta razão, tomando como base os estudos do antropólogo Lewis Henry Morgan, Engels em seu livro “A origem da família da propriedade privada e do Estado” (1984) pode concluir que existiu uma época primitiva, e identificou os tipos de família que existiram ao longo da história. Nesse sentido, alude que:

A família, diz Morgan, é o elemento ativo; nunca permanece estacionada, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado. Os sistemas de parentesco, pelo contrário, são passivos só depois de longos intervalos, registram os progressos feitos pela família, e não sofrem uma modificação radical senão quando a família já se modificou radicalmente (ENGELS, 1984, p. 30).

Por nunca permanecer estacionada, e sim, estar em constante evolução, diversos foram os modelos familiares existentes ao longo da história, cada qual com seus ditames, diretrizes, costumes e práticas. O homem percorreu um longo caminho de experimentos, e a cada estágio avançado, pouco a pouco descobertas eram alcançadas e a humanidade progredia.

É interessante consignar informações sobre este período para entendermos a evolução da família, e conseqüente evolução da sociedade. Morgan (1877) introduziu uma ordem precisa a respeito da pré-história da humanidade. Ele subdividiu em três épocas principais: estado selvagem, barbárie e civilização; subdividindo as duas primeiras fases em fase inferior, média e superior, de acordo com os progressos alcançados.

Na fase inferior do estado de selvageria, para que os homens existissem em meios às grandes feras selvagens, eles permaneciam nos bosques e viviam parcialmente

¹ A obra “A origem da família da propriedade privada e do Estado” (1984), de Friedrich Engels, foi usada no presente trabalho com o objetivo de discorrer sobre a origem da família, adotando a ideia de que esta decorre do desenvolvimento interno da sociedade.

nas árvores. Na fase média, com a descoberta do fogo, eles puderam se fazer independentes do clima e da localidade, espalhando-se pela superfície da Terra. Já na última fase, com a invenção do arco e da flecha, o desenvolvimento da caça para alimentação e ocupação se tornou bastante propício (MORGAN, 1877, p. 57-58).

Esse primeiro estágio é caracterizado principalmente pelo nomadismo, organização clânica ou tribal, desconhecimento dos metais, e a principal alimentação eram peixes. A partir de um processo de adaptação progressiva, chega-se ao período da barbárie.

A época da barbárie iniciou-se com a introdução da cerâmica, e com isso o desenvolvimento de todos os povos, inclusive com as diferenças entre os dois grandes continentes, por isso, em virtude de condições naturais diferentes, a população de cada hemisfério se desenvolveu de maneira particular. Na fase média, no leste, começou a domesticação dos animais, e no oeste, o cultivo, irrigação e construção. Já a última fase, teve como grande avanço a fundição do minério de ferro, e passou à fase da civilização com invenção da escrita (MORGAN, 1877, p. 58-59).

Com o crescimento demográfico, os povos também foram se desenvolvendo. O período da barbárie se caracteriza pelo surgimento do sistema de irrigação para cultivo de plantas, além da agricultura e pastoreio para diversificação na alimentação e o uso de ferramentas de metal.

As condições econômicas gerais na fase superior da barbárie e a organização da sociedade fizeram surgir a civilização. A sociedade se tornou mais complexa. Ainda que isso não signifique um processo contínuo de aperfeiçoamento, não podemos negar que a partir da invenção do alfabeto fonético e do uso da escrita houve um grande progresso, tanto é assim, que se estende até a atualidade.

Com o aumento da população, uma tribo começa a se dividir em outras, e assim sucessivamente, sendo essa organização totalmente adequada às condições sociais, que passam a não ser mais um agrupamento espontâneo capaz de dirimir

conflitos; agora, estes passam a serem resolvidos pela guerra (MORGAN, 1877, p. 52-63).

A divisão do trabalho se dava de modo espontâneo, o homem ia à guerra e ficava incumbido da caça e da pesca; já a mulher, cuidava da casa, preparava a comida e confeccionava as roupas – trazendo à tona a clara distinção entre o espaço público e o privado -, a esfera do comum (*koinon*) e a esfera da casa (*oikos*), consoante Arendt (2007).

O paradigma desta noção de espaço público e privado, que perpassa a obra de Arendt, não é outro senão a cidade-estado grega. O primeiro é o espaço da visibilidade, da aparência, da palavra, da política e retórica, era o domínio da vida política que se exercia através da *ação* (*praxis*) e do discurso (*léxis*) – ser visto e ser ouvido -; enquanto o segundo é o espaço da violência, em que só o chefe da família exercia o poder despótico sobre os seus subordinados, existindo a mais pura desigualdade.

Para a filósofa, nenhum homem pode escapar completamente desta vida ativa, porquanto é próprio da condição humana. Até mesmo a vida contemplativa depende do trabalho para produzir tudo o que é necessário para manter vivo o organismo humano. As atividades a que a autora se refere, o labor, o trabalho e a ação, e as atividades humanas fundamentais são sistematicamente centrais da obra de Arendt (2007).

O labor, expressão cujo significado está ligado etimologicamente a *ponein* (grego), *laborare* (latim), diz respeito à atividade relacionada ao *animal laborans*, correspondente ao processo biológico do corpo humano. Arendt (2007, p. 15) afirma que a “condição humana do labor é a própria vida”, ou seja, é a atividade da produção para o consumo, para satisfação das necessidades da casa (*oikós*). Para os gregos, este era um atributo dos escravos, porquanto, digno de desprezo, mas em condição de possibilidade da existência da *polis*.

O trabalho tem seu significado ligado etimologicamente a *ergazesthai* (grego), *facere* ou *fabricari* (latim), esta atividade estava intimamente ligada ao artificialismo do

mundo, na qual a condição humana é a mundanidade. Refere-se ao fazer (*facere*) humano do *homo faber*, à criação da artificialidade, à fabricação de coisas, que na Grécia Antiga, era atividade do artesão (ARENDDT, 2007, p. 15).

A terceira dimensão da vida ativa é a ação. Para Arendt, a ação era a única atividade exercida diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, correspondendo à condição humana da pluralidade. Na *polis*, era a atividade exclusiva dos cidadãos que, com palavras e atos, podiam se dedicar à vida livre, possível apenas na esfera pública. Esta era a atividade política, *par excellence*, e a sua respectiva condição – a pluralidade – seria a condição da vida política, isto porque, tomando como referência a ideia da *res publica romana*, viver é estar entre os homens: *inter homines* (ARENDDT, 2007, p. 15).

Entretanto, com o advento da civilização industrial a atividade do *homo faber* passou a ter lugar privilegiado. A chamada ascensão do social transformou preocupações privadas – como a manutenção da vida, a propriedade privada, a satisfação das necessidades – em preocupações públicas.

Os assuntos que na antiguidade grega diziam respeito a casa (*oikós*), tornam-se preocupações públicas. A antiga diferença entre as esferas privada e pública é submersa. Nesta sorte, Arendt (2007) coloca em voga os referenciais fundantes da noção de espaço público, este que, na era moderna, torna-se horizonte e é fundamentalmente desestruturado com as experiências totalitárias do século XX.

O desenvolvimento da produção tornou a força de trabalho do homem capaz de produzir o necessário para sua manutenção. Ocorre que, com o crescimento da família, se tornou necessário maior força de trabalho; desse modo, nas guerras eram alcançados muitos prisioneiros – o que Engels (1984, p. 181) considerou a primeira grande divisão social do trabalho: senhores e escravos. A diferença entre ricos e pobres somou-se às diferenças entre homens livres e escravos, culminando em uma nova divisão do trabalho, e conseqüentemente, nova divisão de classes (ENGELS, 1984, p. 184).

No período inferior da barbárie, o homem produzia apenas para suas necessidades diretas; as trocas eram isoladas. Na fase média, passou a existir a propriedade; já na fase superior, ocorreu uma divisão do trabalho entre agricultura e artesanato, e daí aumentou a produção e a troca de produtos, culminando na civilização, que carrega em si, como consequência, o aumento de todas as divisões de trabalho já existentes.

Engels, afirma então que ocorreram três formas principais de surgimento do Estado:

Atenas apresenta a forma que podemos considerar mais pura, mais clássica: ali, o Estado nasceu direta e fundamentalmente dos antagonismos de classes que se desenvolviam no seio mesmo da sociedade gentílica. Em Roma, a sociedade gentílica se converteu numa aristocracia fechada, em meio a uma plebe numerosa e mentida à parte, sem direitos mas com deveres; a vitória da plebe destruiu a antiga constituição da *gens*, e sobre os escombros instituiu o Estado, onde não tardaram a se confundir a aristocracia gentílica e a plebe. Entre os germanos, por fim, vencedores do império romano, o Estado surgiu em função direta da conquista de vastos territórios estrangeiros que o regime gentílico era impotente para dominar (ENGELS, 1984, p. 190-191).

Surgem os comerciantes, a riqueza em mercadorias, escravos e terra, a moeda, a propriedade e o trabalho como forma principal de produção. O Estado surge, assim, como um “produto da sociedade”, como um poder “nascido da sociedade, mas posto acima dela se distanciando cada vez mais” (ENGELS, 1984, p. 191). Nas palavras do filósofo, “a civilização é o estágio de desenvolvimento da sociedade em que a divisão do trabalho, a troca entre indivíduos dela resultante, e a produção mercantil – que compreende uma e outra – atingem seu pleno desenvolvimento e ocasionam uma revolução em toda a sociedade anterior” (ENGELS, 1984, p. 196).

Paralelo ao surgimento do estado é de grande importância o estudo dos sistemas de parentesco e as formas de famílias existentes em cada um destes períodos da história humana, como forma de compreender as causas que levaram a formação dos arranjos familiares existentes nos dias de hoje.

Considerada a primeira etapa da família, na família consanguínea os grupos conjugais classificavam-se por gerações, e as relações de matrimônio eram realizadas entre esses grupos, sendo considerados todos os avós e avôs, por exemplo, nos limites da família, maridos e mulheres entre si, e assim

sucessivamente. Os ascendentes e descendentes eram os únicos excluídos dessas relações, ou seja, irmãos, irmãs, primos, primas e demais colaterais - relações horizontais - eram considerados casais mutuamente, excluindo as relações entre pais e filhos - relações verticais (ENGELS, 1984, p. 37-39).

Com a evolução da família consanguínea, surge a punaluana. Esse modelo familiar manteve o casamento entre grupos, sendo entre eles considerados comuns maridos e mulheres, no entanto, passou a excluir as relações conjugais mantidas entre irmãos. Naturalmente, esse regime de matrimônio gerou uniões em que o homem tinha uma mulher “principal”, entre as outras várias mulheres, e vice-versa (ENGELS, 1984, p. 39-48).

Esses tipos de matrimônio por grupos são característicos do estado selvagem, e nesta etapa histórica da família era dada grande importância ao reconhecimento da filiação materna, pois por questões naturais, somente à mãe era possível distinguir a filiação.

Além disso, como era difícil distinguir quem traía quem, passou a ser condenado o adultério, e, entre alguns povos, fora proibido o matrimônio entre parentes consanguíneos, o que tornou ainda mais difícil as relações conjugais entre grupos, acabando por substituir a família punaluana pela família sindiásmica.

A família sindiásmica é característica do estado da barbárie, sendo marcada pela redução do círculo conjugal. A união conjugal deixou de se dar entre pares dentro de um grupo conjugal sem compromisso de permanência e passou a se dar entre pares singularizados. A exclusão progressiva, primeiro dos parentes próximos, depois dos parentes distantes, fez com que se tornasse impossível a prática de matrimônio por grupos (ENGELS, 1984, p. 48-66).

A mulher ainda era detentora de um grande apreço em virtude de ser certa apenas a filiação materna. Porém, é importante destacar que os bens e riquezas adquiridos eram do homem, e não poderiam ser passados aos filhos - justamente por não serem reconhecidos como tal -, por esta razão, o direito de filiação materno foi

abolido e ficou conhecido como “a grande derrota do sexo feminino em todo o mundo” (ENGELS, 1984, p. 61).

Como forma de garantir a paternidade e posterior direito à herança pela filiação paterna, ocorreu a transição para a família patriarcal, típica da civilização. Antes a mulher era o centro, agora, o homem passa a desempenhar papel fundamental na família, sendo conferido a ele o *pátrio poder* (poder de vida e de morte) sobre toda sua família.

A família patriarcal era hierarquizada, com o predomínio da figura do homem, era constituída essencialmente por laços biológicos e buscava o poder econômico, político e religioso, tendo como função primordial a manutenção do status social. Cláudia Maria da Silva (2004, p. 128-129), retrata com exímia propriedade a característica da estrutura familiar patriarcal, realçando seu caráter salutar:

O elo familiar era voltado apenas para a coexistência, sendo imperioso para o “chefe” a manutenção da família como espelho de seu poder, como condutor ao êxito nas esferas política e econômica. Os casamentos e as filiações não se fundavam no afeto, mas na necessidade de exteriorização do poder, ao lado – e com a mesma conotação e relevância – da propriedade. [...] Os vínculos jurídicos e os laços de sangue eram mais importantes e prevaleciam sobre os vínculos de amor. O afeto, na concepção da família patriarcal, era presumido, tanto na formação do vínculo matrimonial e na sua manutenção como nas relações entre pais e filhos. Quando presente, não era exteriorizado, o que levava a uma convivência formal, distante, solene, substanciada quase que unicamente numa coexistência diária.

Muitos estudiosos afirmam que a família como é conhecida atualmente teve sua origem na civilização romana, tomando como ponto de partida o modelo familiar patriarcal hierarquizado. Segundo Engels (1984, p. 61), a origem etimológica da palavra família, vem do latim *famulus*, quer dizer escravo doméstico, e então, família é o conjunto dos escravos pertencentes e dependentes de um chefe ou senhor. Assim era a família greco-romana, formada por um patriarca e seus *famulus*: esposa, filhos, servos livres e escravos.

No período do direito pré-clássico, na Roma antiga, as famílias viviam separadas segundo suas próprias regras e de acordo com seus próprios atos religiosos. A religião conferia ao verdadeiro sacerdote - representado pelo *pater familias* -, os

poderes de celebração do culto e preservação da família. Era essa força superior que influenciava a vida social, organizando-os de acordo com sua vontade e submetendo-os ao seu poder ilimitado. Fustel de Coulanges (2006, p. 56-58) traduz com clareza esse momento:

Se nos transportarmos em pensamento para o seio dessas antigas gerações de homens, encontraremos em cada casa um altar, e ao redor desse altar a família reunida. [...] Fora da casa, bem perto, no campo vizinho, há um túmulo. É a segunda morada da família. Lá repousam em comum várias gerações de antepassados; a morte não os separou. Nessa segunda existência permanecem juntos, e continuam a formar uma família indissolúvel. [...] O princípio da família não é mais o afeto natural [...] Ele pode existir no fundo dos corações, mas nada representa em direito. [...] Os historiadores do direito romano, tendo justamente notado que nem o afeto, nem o parentesco eram o fundamento da família romana, julgaram que tal fundamento devia residir no poder do pai ou do marido.

Como sacerdote do lar, o pai não reconhecia nenhuma autoridade superior, pois ele era o chefe supremo da religião doméstica – autoridade pontífice -, era simultaneamente unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Cabe ressaltar, porém, que este não era um poder arbitrário, tinha seu princípio e limites nas mesmas crenças.

Eram essas crenças que tornavam desnecessário um poder social como autoridade; não era necessário um governo para fixar o direito privado, a família antiga era mais “uma associação religiosa que uma associação natural” (COULANGES, 2006, p. 58), ou seja, era um corpo organizado, mas sua base não estava nas gerações e nem no afeto, o que os unia era a religião, pois todo sentimento dentro da família se resumia a uma só palavra: divino.

Ao nascimento do filho homem era dado grande valor, já que cumpriria a função do *pater familias*, dando continuidade ao seu culto. Ao contrário do nascimento da filha, que apenas auxiliaria na celebração religiosa, e que quando se casasse, renunciaria o culto de seu pai, passando a pertencer à família do marido e ao seu culto. Por essa razão o filho tinha direito a herança do pai e a filha não, já que o culto só se transmitia de pai para filho e a regra era que a herança estivesse em conformidade com o culto.

A religião doméstica proibia que duas famílias se unissem, já que cada lar tinha seu próprio deus; mas era possível que elas, sem nada sacrificar de sua religião particular, celebrassem um culto que lhes fosse comum, concebendo uma divindade superior a todos. Por isso, alguns grupos começaram a se formar – os gregos os chamavam de *fratria* ou *cúria*.

Cada *fratria* ou *cúria* tinha um chefe, era uma pequena sociedade formada sobre a família, e naturalmente essas associações começaram a crescer, e formaram-se tribos. Essas tribos tinham assembleias, promulgavam decretos, tinham um tribunal, e estavam constituídas para ser uma sociedade independente (COULANGES, 2006, p. 180-183). Ocorre que, com o decorrer do tempo, novas crenças começaram a surgir- os deuses de natureza física.

Os homens ainda viviam no estado de família, mas na medida em que a divindade de uma família ia adquirindo prestígio sobre a imaginação de outros homens, mostrando-se mais poderosa que a de sua própria, toda uma cidade desejava adotá-la e render-lhe culto público (COULANGES, 2006, p. 191). E à medida que essa segunda religião cresceu, a sociedade também cresceu.

Foi a partir dessa aliança que a sociedade começou a existir, a partir de pequenos grupos constituídos, que se agregavam uns aos outros, porém, sem perder a individualidade de cada família. Coulanges (2006, p. 197), chega a afirmar que “a cidade não é um ajuntamento de indivíduos: é uma confederação de vários grupos, constituídos antes dela, e que ela deixa subsistir”, e era essa associação religiosa e política a chamada cidade.

Várias gerações se passaram, e como a religião ordenava que o lar tivesse um sacerdote, a religião da cidade também deveria ter um pontífice, e a esse sacerdote do lar público, era dado o nome de rei (COULANGES, 2006, p. 270). Além disso, a lei, que a princípio era parte da religião, começou a ser aplicada tanto no culto quanto às relações da vida civil, pois a lei era consequência direta e necessária da crença, sendo aplicada a todas as relações humanas.

As leis nasceram na família, decorrente das crenças religiosas admitidas por aquele povo. Era o pai quem detinha autoridade sobre a família, ele era a religião doméstica - *lar familiae pater*. Pela religião doméstica a família se constituía em um pequeno corpo organizado, uma pequena sociedade, que tinha seu chefe e seu governo.

A família não recebeu as leis da cidade, não foi imaginada pelo Estado; o direito privado existiu antes dela. Quando as leis começaram a ser escritas, encontrou um direito já estabelecido, enraizado nos costumes por uma adesão universal, pois, “o antigo direito não é obra de um legislador; pelo contrário, foi imposto ao legislador” (COULANGES, 2006, p. 127).

O rei era o chefe religioso da cidade e todo poder estava reunido em suas mãos. Porém, o rei não era único, cada *pater* também era rei. Então, o rei da cidade não exercia poder sobre toda a população; logo, travou-se uma revolução e a realeza foi vencida. No entanto, por ser uma figura sagrada, foi-lhe retirada autoridade política, mas não a sacerdotal e o governo ficou nas mãos da aristocracia, que se baseava no nascimento e constituição religiosa das famílias (COULANGES, 2006, p. 378-380). A fonte das leis continuou a se dar no culto doméstico e no direito privado, que conservavam o regime patriarcal.

Como a aristocracia não fez uma revolução política, tomando o poder nas mãos pelo simples prazer de dominar, isso representou um perigo para a sociedade. Então, mudanças começaram a se introduzir dentro das famílias. Ao mesmo tempo em que o homem é soberano em sua casa, ele é membro da comunidade; logo, também tem que atender aos interesses gerais, sacrificando seus próprios interesses (COULANGES, 2006, p. 397-403).

Modificações ocorreram no direito privado, sendo introduzido o código das doze tábuas, que sinalizava o direito evoluindo conforme a sociedade, em suas instituições, costumes e crenças. Antes, a lei era decreto da religião, agora, tem por princípio o interesse dos homens, e por fundamento o consentimento da maioria. Conservou-se o poder do pai, porém, a tradição não tinha mais força e a religião não governava mais.

Não demorou muito para que a democracia sucedesse à dominação da aristocracia religiosa. Roma se destacou por seu caráter particular na política e o papel que tinha entre as outras cidades. Lá se encontravam todo tipo de raça associada e mesclada, a língua era um composto de diversos elementos, os nomes das famílias atestavam a grande diversidade de origem; e desse misto, não teria outro resultado, senão a conquista de um império.

Enquanto Roma crescia, transformações sociais e políticas também iam acontecendo. E em meio a estas mudanças, surgiam instituições nos costumes, nas crenças e no direito. Pouco a pouco o direito e o governo se transformaram, ao mesmo tempo em que a religião, sendo o cristianismo, considerado a grande mudança que marca o fim da sociedade antiga (COULANGES, 2006, p. 628).

Com o cristianismo, o sentimento religioso foi reavivado, ganhando uma expressão mais alta e menos material; começou a se conceber Deus como verdadeiramente estranho à natureza humana, e o divino foi definitivamente colocado fora da natureza visível e acima de tudo e todos.

O direito romano se libertou da religião; assim, tornaram-se inconciliáveis as antigas leis despóticas, e o pai perdeu a autoridade absoluta que seu sacerdócio lhe outorgava, conservando apenas aquela que a natureza lhe conferia, que era cuidar das necessidades do seu filho. Além disso, a mulher tornou-se moralmente igual ao marido, e o direito de propriedade foi mudado em sua essência, passando a derivar do trabalho, não mais da religião. Coulanges (2006, p. 641) aduz que:

Assim, apenas porque a família não possuía mais sua religião doméstica, sua constituição e seu direito foram modificados, do mesmo modo que, só porque o Estado não tinha mais sua religião oficial, as regras do governo dos homens foram modificadas para sempre.

Com a restrição da autoridade do *pater familias*, o Estado passou a ter maior presença nas relações familiares, dando maior autonomia à mulher e aos filhos. Através de regulamentações criadas, a mulher passou a gozar de plena autonomia, sendo possível a ela, por exemplo, a participação na vida social e política, a

possibilidade de se divorciar mediante consenso mútuo, e a autorização para ter a guarda dos filhos.

O regime patriarcal ainda imperava, porém, havia grande intervenção estatal por meio de legislações. O pai ainda era tido como chefe da família, no entanto, mães e filhos passaram a ter direitos assegurados pelas legislações. Segundo Maria Berenice Dias (2016, p. 59),

Historicamente, a família sempre esteve ligada à ideia de instituição sacralizada e indissolúvel. A ideologia patriarcal somente reconhecia a família matrimonialista, hierarquizada, patrimonialista e heterossexual, atendendo à moral conservadora de outra época, há muito superada pelo tempo. [...] A ideologia patriarcal converteu-se na ideologia do Estado, levando-o a invadir a liberdade individual, para impor condições que constroem as relações de afeto.

O fundamento e razão dessa transformação ocorreram pelas necessidades do capitalismo. Com a industrialização da economia, o trabalho se tornou a principal forma de produção. Junto à urbanização da população, explosão demográfica, bem como o aumento da população e sua miscigenação, pouco a pouco o papel da família foi se perdendo, conseqüentemente, mitigou a dependência de cada indivíduo em relação ao seu núcleo familiar, e, portanto, declinando o patriarcalismo.

É óbvio que o patriarcalismo ainda não está superado, porém, é latente a despatrimonialização da família, tendo agora como enfoque o sujeito de direitos. Desse modo, desenvolveu-se a família monogâmica e nuclear, e a partir desse momento, as famílias deixaram de ser grandes extensões e passaram a constituir-se cada uma em seu próprio núcleo.

A sociedade do século XXI é uma sociedade plural, complexa, diferenciada; logo, é evidente que para haver família não é preciso haver homem e mulher, pai e mãe, apenas pessoas conjugando suas vidas intimamente, por um afeto que as enlaça. Sérgio Resende de Barros (2002, p. 09), chega a afirmar que:

O afeto é que conjuga. Apesar da ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, o fato é que não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, nem pai e mãe. Há famílias só de homens ou só de mulheres, como também sem pai ou mãe. Ideologicamente, a atual Constituição brasileira, mesmo superando o

patriarcalismo, ainda exige o parentalismo: o biparentalismo ou o monoparentalismo. Porém, no mundo dos fatos, uma entidade familiar forma-se por um afeto tal – tão forte e estreito, tão nítido e persistente – que hoje independe do sexo e até das relações sexuais, ainda que na origem histórica tenha sido assim. Ao mundo atual, tão absurdo é negar que, mortos os pais, continua existindo entre os irmãos o afeto que define a família, quão absurdo seria exigir a prática de relações sexuais como condição *sine qua non* para existir família. Portanto, é preciso corrigir ou, dizendo com eufemismo, atualizar o texto da Constituição brasileira vigente [...].

A matrimonialização e a patrimonialização são fenômenos muito antigos na história da humanidade e surgiram naturalmente. Como fenômeno biológico e social, a família é estrutura básica e terreno fértil, onde o indivíduo cresce e se desenvolve física e psicologicamente, construindo seu caráter e desenvolvendo sua personalidade.

Por não ser um todo igual, cada estrutura familiar se apresenta de um modo distinto, e são essas variantes que levam o indivíduo a escolher o modelo familiar que lhe parecer melhor, e esse é um aspecto central, a adequação com o LAR: lugar de afeto e respeito (DIAS, 2016, p. 33).

Na sociedade contemporânea, novos valores inspiram a sociedade. Funda-se uma nova ordem social rompendo com a concepção tradicional de família. A característica fundamental da família passa a ser o afeto. Desse modo, pouco importa a “espécie” ou “tipo” de família na qual o indivíduo está inserido, o que deve ser levado em consideração é o seu fundamento, que deve ser a plena realização do ser humano, a fim de concretizar o bem-estar de seus membros.

1.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO E FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

Com a queda do império romano e expansão portuguesa no Brasil Colônia, o arcabouço legislativo *Corpus Juris Civilis* foi introduzido em diversos ordenamentos jurídicos, e passou a vigorar as Ordenações Filipinas até 1916, quando nasce então o primeiro Código Civil brasileiro.

O Código Civil de 1916 foi produzido tendo como seu pilar o patrimonialismo e o individualismo. A família era caracterizada pela figura do pai detentor do poder patriarcal - semelhante ao do *pater familias* no direito romano -, como consequência, as relações familiares eram baseadas nos mesmos princípios, em que pai, mãe e filhos tinham papéis específicos.

O modelo familiar foi construído para atender aos interesses do Estado, uma vez que, fortalecendo a família, o Estado conseqüentemente estaria mais forte. Sérgio Resende de Barros (2002, p. 07) assevera que:

Com o patriarcalismo principiou a asfixia do afeto. Os patriarcas deram início à prática dos casamentos por conveniência, que com o passar do tempo proliferaram ainda mais, quando se somaram aos motivos patrimoniais os motivos políticos. Nessa evolução histórica, do primitivo casamento afetivo, passou-se ao casamento institucional, com o qual se buscou assegurar o patrimônio, dando origem à ideologia da família parental, patriarcal, senhorial, patrimonial. Esta se define pela existência de um pai e uma mãe com seus filhos sob o poder pátrio, fruindo de um patrimônio familiar, que deve ser mantido como base física e para segurança econômica da família. A família assim concebida e praticada acabou por revestir e mascarar interesses meramente patrimoniais, que muitas vezes deslocam, degeneram, sufocam ou até substituem as relações de afeto.

Assim, o interesse do Estado pela família fez com que ela se situasse para mais perto do direito público do que do direito privado (RODRIGUES, 2002, p. 12). Logo, o indivíduo deveria agir segundo os interesses do Estado, estar inserido no grupo familiar, e não deixar de cumprir seu papel em nome da continuidade da família e conseqüente desenvolvimento organizado do Estado.

Herkenhoff (2005, p. 232) chega a afirmar que ainda que fôssemos um país despovoado e incivilizado, o século XIX encontrou a sociedade brasileira apegada à concepção de família como “pequeno Estado”, não como um núcleo socioafetivo, mas como unidade de produção e acumulação de riquezas e de geração da prole.

Foram produzidas diversas regras a fim de que fosse mantida a conservação da família formalmente constituída, através, por exemplo, da proibição do divórcio. Tudo tinha como objetivo ter um chefe (homem) que concedia poderes aos demais membros da família. Não havia apenas a preponderância do cônjuge varão na sua

estrutura de poder, mas principalmente a falta de identidade dos outros membros, e isso justificava a preponderância dos interesses do Estado sobre o indivíduo.

Com base nessas circunstâncias, a Constituição de 1824 - primeira e única do período imperial -, seguiu o modelo estabelecido na época e não fez nenhuma menção à família, tratou apenas da família imperial e seus aspectos de dotação (capítulo III). Já a Constituição de 1891 - primeira republicana -, apesar de não abordar nada específico em relação à família, dispôs acerca do reconhecimento do casamento civil (§ 4º do artigo 72).

O Código Civil de 1916, sob grande influência do código napoleônico, fora elaborado a partir da Constituição de 1891. Desse modo, tinha como característica o patrimonialismo e matrimônio civil, com subordinação da mulher e filhos ao pai, e diferença entre os filhos nascidos dentro e fora do casamento (respectivamente legítimos e ilegítimos).

Guerras, golpes políticos, movimentos, revoluções, entre outras situações ocorridas no século XX impulsionaram novos valores e ensejaram transformações na entidade familiar. Exemplo disso foi a inserção da mulher no mercado de trabalho e sua independência financeira frente a uma cultura patriarcal, além do mais, a dita família “legítima” confrontava com os valores da sociedade, consubstanciada em desigualdades e discriminações.

Por esta razão, a Constituição de 1934 dispôs acerca da família. O modelo familiar permaneceu patriarcal, porém, passou a ter proteção jurídica (artigos 144 a 147), sendo estabelecidas regras, por exemplo, do casamento indissolúvel. Já a Carta Magna de 1937, trouxe pela primeira vez o direito da mulher casada em ter direitos iguais aos dos homens, o regime de separação obrigatória de bens, o direito aos alimentos da mulher desquitada, à dissolução do casamento, além de conferir tratamento igualitário entre os filhos naturais e legítimos, prevendo ainda a observância do dever de cuidado e garantias especiais à criança e ao adolescente, assegurando aos mesmos uma vida digna.

A Constituição promulgada em 1946 trouxe a possibilidade de estender os efeitos civis ao casamento religioso celebrado. A constituição de 1967, não trouxe inovações, apenas garantiu o exercício do poder político e sua perpetuação. Ocorre que, durante o regime militar foi promulgada a constituição de 1969, com origem na Emenda Constitucional nº 1, e na vigência de seu texto, foi promulgada a Lei do Divórcio (lei nº 6. 515/77), trazendo de modo inovador a possibilidade de separação dos cônjuges.

Por conta dos sintomas de decadência acentuada do patriarcalismo, somada a progressiva industrialização da economia, urbanização da população, universalização e aumento da escolaridade média, ocupação de todo o território e explosão demográfica, bem como o aumento da população e sua miscigenação, foram diluídos paulatinamente o papel da família, contribuindo, também, para que minguasse a dependência de cada indivíduo em relação ao seu núcleo familiar, e, portanto, ao seu chefe (HERKENHOFF, 2005, p. 234).

A promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988 começou a desconstituir a ideologia patriarcal, edificada em uma família monogâmica, parental, centralizada na figura paterna e patrimonial, e trouxe em seu texto princípios importantes relacionados à família, como a dignidade da pessoa humana, bem como o valor jurídico dado à afetividade e à solidariedade familiar. Somado a isso, cuidou de capítulos específicos relacionados à família, à criança, ao adolescente, além da igualdade entre homens e mulheres em direitos e deveres.

Diretrizes começaram a serem traçadas para proteção da criança e do adolescente. O poder familiar passou a ser uma imposição pelo artigo 227 da Constituição Federal brasileira. Quando do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, a redação original do artigo 21 se referia ao *pátrio poder*; ocorre que, o Código Civil de 2002 optou pelo *nomen iuris* poder familiar (artigos 1.630 a 1.638), para designar o complexo de direitos e deveres que compete aos pais frente a seus filhos menores.

A nova expressão deixa clara a ideia de que compete a ambos os cônjuges o exercício de guarda e cuidado em relação a seus filhos, ao passo em que o *pátrio poder* se refere etimologicamente à figura do pai. Portanto, os pais deixam de

exercer “poder” sobre os filhos, para assumirem “um dever natural e legal de proteção da sua prole, acompanhando seus filhos durante o natural processo de amadurecimento e formação de sua personalidade” (MADALENO, 2017, p. 688).

Vejamos:

A expressão *pátrio poder* induzia à noção de um poder do pai sobre os filhos, afigurando-se incoerente com a igualdade dos cônjuges, indo de encontro à doutrina da proteção integral dos filhos como sujeitos de direitos, daí evoluindo para a denominação de *poder familiar*, a traduzir uma noção de autoridade pessoal e patrimonial dos pais na condução dos prioritários interesses dos filhos, embora melhor exemplo advém do tratamento direcionado pelo Direito argentino de atribuir aos pais responsabilidade e não apenas poder, pois os filhos, diante dos novos conceitos constitucionais, são pessoas que participam ativamente neste processo de sua educação e, de acordo com cada etapa de sua evolução, passando pais e filhos a interagirem (MADALENO, 2017, p. 689).

O vocábulo “poder” advém de posse, domínio, hierarquia, palavras típicas do regime patriarcal, contrapondo-se ao regime democrático, que pressupõe responsabilidade, cuidado e compromisso. Dentro deste novo conteúdo, o poder familiar compreende diversos deveres inerentes aos pais; como de sustento, guarda e educação, e o descumprimento destes deveres pode acarretar perda ou suspensão deste poder.

Desse modo, o artigo 3º da Lei n. 12.010/2009, extirpou definitivamente a expressão *pátrio poder*, substituindo por poder familiar, designando um conjunto de direitos e deveres tendo por finalidade o interesse da criança (LÔBO, 2005, p. 149).

A Emenda Constitucional n. 65/2010 e o Estatuto da Juventude (Lei n. 12.852/2013) trouxeram 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 comunitária como uma imposição de ordem pública aos pais. Assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente, declarou princípios fundamentais, com a finalidade de pôr a salvo os direitos dos menores, consubstanciando-se com os princípios constitucionais trazidos pela Constituição de 1988.

O Estado brasileiro como República Federativa, anunciou em seu artigo 1º um Estado democrático de direito, assumindo, então, a democracia como elemento intrínseco a ele. Fato é que a democracia só se realiza se determinadas condições jurídicas estiverem presentes, que são os princípios e as regras estabelecidas pela

Constituição. Ao mesmo tempo, a Constituição só adquire um sentido perene se estiver situada em um ambiente democrático.

São os direitos e deveres fundamentais que possibilitam o exercício dos cidadãos; e, para isso, as constituições devem permanecer abertas à interpretação, tendo em vista as diferentes mudanças sociais e temporais, além de outros fatores determinantes, que se tornam inevitável por conta do pluralismo inerente ao constitucionalismo.

É preciso levar em consideração as transformações da sociedade diante do tempo para que a Constituição possa promover novos direitos, a fim de que atrocidades não sejam repetidas. Diante desse novo texto constitucional, ocorre a reinterpretção do direito civil, com força normativa não apenas para se adaptar a uma nova realidade, e sim, com força ativa para impor tarefas. O direito civil constitucionalizou-se, afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora das outras codificações, culminando na universalização e humanização do direito das famílias (DIAS, 2016, p. 46).

Inspirado pela Constituição de 1988 nasce o novo Código Civil de 2002, que se contrapondo ao modelo familiar estruturado pelo Código Civil de 1916, trouxe expressos direitos e deveres como igualdade entre cônjuges, no exercício do poder familiar, bem como na administração dos bens da família; ocorrendo assim, a repersonalização da família.

A família sofreu nas últimas décadas profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção. O patriarcalismo que outrora havia feito com que a sociedade esquecesse a atração natural entre os seres humanos - *affectus* -, abriu-se a novas formas de constituição, mais flexíveis e plurais, baseadas nos laços de afetividade entre seus membros. A família, que antes existia apenas para ser transmissora de bens, passa a ser local de relacionamento.

Tal mudança determinou novas feições principiológicas da norma constitucional e infraconstitucional, e o Direito passou a incorporar valores sociais, como um reflexo dessa mudança de paradigmas, voltando os olhos para o novo.

Por essa razão a função social da família é tão importante, pois é mecanismo que permite a incorporação desses novos valores sociais para dentro do ordenamento jurídico, a fim de que possamos interpretar o direito a partir do reconhecimento do atual conceito de família, inferido na Constituição Federal de 1988, a fim de tornar coerente as normas do ordenamento jurídico – direito como integridade.

Alguns autores preferem denominá-la de princípio; outros utilizam-se das expressões atributo, diretriz ou cláusula-geral; e outros autores, ainda, denominam-na de doutrina da função social ou ideia-princípio (GAMA; ANDRIOTTI, 2007, p. 4). Não obstante isso, para os fins deste trabalho, o termo função social é utilizado tanto no sentido de princípio, como no de cláusula geral, tendo em vista, sobretudo, que muitos autores consideram inexistir qualquer distinção entre ambas as categorias.²

O que importa é conseguir compreender o seu real conteúdo e operacionalidade, de modo que, "a tutela da propriedade, do contrato, da empresa e da família passa a se vincular indissolúvelmente à noção de função social na perspectiva da legitimação do título dominial, contratual, empresarial e familiar, respectivamente" (GAMA; ANDRIOTTI, 2007, p. 4).

A mais antiga ideia de função social de que se tem notícia era aplicada à propriedade da terra. O Código de Napoleão (1804), fruto e veículo dessa ideologia, representou a afirmação máxima da função individual do direito de propriedade. Por outro lado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, considerou a propriedade um direito inviolável e sagrado, mas já em um contexto histórico diferente, o do pós-guerra, sob a égide da perspectiva social que o Direito haveria de adquirir cada vez mais a partir de meados do século XX.

No Brasil, o legislador atuou de forma a intervir na economia, para produzir as desigualdades sociais e econômicas e atender os interesses básicos da população excluída, impondo sérias restrições às liberdades contratuais e de utilização da propriedade (GAMA; ANDRIOTTI, 2007, p. 7-8). Ao contrário da função social da

² Judith Martins-Costa, em sua obra "A Boa-fé no Direito Privado", estabeleceu a distinção entre princípio e cláusula geral. No entanto, na mesma obra, refere a autora que há respeitável doutrina entendendo não existir tal diferenciação, a exemplo do jurista Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

empresa e do contrato, a função social da família, segundo esclarecem Gama e Guerra (2007, p. 36), não deriva da função social da propriedade, mas da inclusão desse grupo como base formativa da sociedade, como consta do art. 226, *caput*, da Constituição Federal.

Impossível imaginar que hoje seria possível, juridicamente, união estável entre pessoas do mesmo sexo³, prestação de alimentos ao cônjuge culpado pela separação⁴, ou a afetividade como sendo princípio que enseja a validação de fatos em direitos, como é o caso, exemplificativamente, da mãe ou do pai socioafetivo, contrariando o tão seguro exame de DNA ou a manutenção do nome de dois pais, para que não haja conflito entre o pai biológico e o pai afetivo.⁵

Tudo vem mudando. Antes, a mulher era a única responsável pela criação e educação dos filhos, além de cuidar das atividades domésticas; aos poucos, passou a ser incumbido também ao homem a participação nas questões familiares.

O próprio formato da família mudou e agora se fala em Direito das Famílias, pois passou a ser reconhecida a união estável, bem como união homoafetiva como entidades familiares. Além disso, mãe e pai passaram a gozar de licença maternidade/paternidade, e não mais, escassos cinco dias para os pais, também passando a ser possível a adoção por casais homossexuais.

Múltiplos arranjos familiares sempre existiram e novas formas de amor têm sido experimentadas pela sociedade e ainda não são reconhecidas pelo direito. A jurisprudência tem se dividido quanto a considerar lícita ou ilícita esta simultaneidade

³ Decisão disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf>> e <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206647>>. Acesso em: 02 de out. de 2017

⁴ Art. 1.694 - Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive ...para atender às necessidades de sua educação. [...] § 2º - Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

⁵ Tribunal de Justiça do Paraná decide pela manutenção de dois pais em registro de nascimento “[...] Penso que o adolescente estava numa situação terrível de ter que optar entre um pai ou outro. Escolheu aquele que lhe era mais próximo, mas isso não significava que não tinha relação afetiva, que amasse também o pai biológico. O pai biológico também estava numa situação muito difícil. Ama o filho, e talvez por isso mesmo, como fez a mãe do julgamento de Salomão, para o bem do filho, inclusive, para não perdê-lo, acabou por concordar com a adoção em favor do pai socioafetivo, já que o pedido inicial era de adoção, com a exclusão do pai biológico [...]”. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4967/novosite>>. Acesso em: 02 de out. de 2017.

de relacionamentos familiares. O STJ e STF não reconhecem as famílias paralelas, tratando-as como concubinato e excluindo qualquer direito. Contudo, alguns julgados, mormente oriundos do TJRS⁶, têm reconhecido e tutelado situações de simultaneidade conjugal, voltando os olhos para o novo e conferindo efeitos familiares às relações concubinárias.

Apesar de hoje existirem diferentes tipos familiares, não podendo se falar em um modelo de pai, mãe e filhos; a família mantém importante função de manutenção da propriedade privada e de transmissão de valores. Não se vislumbra nos dias atuais a rigidez de outrora. Hoje, pai e mãe estão equiparados em um mesmo nível, assumindo uma mesma posição de educadores e formadores de novos sujeitos.

Neste mosaico da diversidade, a única finalidade é a realização pessoal de cada um de seus membros, o respeito ao outro e a proteção de suas individualidades, por isso o afeto passou a ser parâmetro dentro das relações familiares, não sendo mais o biológico que impera, pois o ser humano é mais que isso.

Ocorre que, muitas das vezes a plena realização pessoal não é encontrada na família. Para alguns, é na própria família que o homem encontra um espaço de desconstrução, vitimização e agressão do sujeito.

Culturalmente, desde a antiguidade, a mulher foi valorizada por sua função reprodutiva, dessa forma, moças férteis eram apreciadas pelo “dom” da gestação, e moças inférteis, castigadas por sua própria condição (ALVARENGA; TANAKA, 1999). Contudo, segundo relatos da própria história, as mulheres sempre se utilizaram de métodos de barreira para o controle sobre sua fecundidade (KALCKMANN, 1999).

De acordo com Joan Scott (1989), as teóricas do patriarcado concentraram sua atenção na subordinação das mulheres e encontraram a explicação na “necessidade” do macho dominar as mulheres. A dominação masculina pode ser vista como um efeito do desejo dos homens de transcender a sua privação dos meios de reprodução da espécie, logo, a fonte da libertação das mulheres viria das

⁶ TJRS, Apelação Cível nº 70015693476, Rel. Des. José S. Trindade, Julgado em 20/07/2006; TJRS, Apelação Cível nº 70022775605. Rel. Des. Rui Portanova, Julgado em 19/08/2008.

transformações da tecnologia de reprodução, que poderia no futuro próximo eliminar a necessidade do corpo das mulheres como agentes de reprodução da espécie.

A subordinação feminina pode ser pensada como algo universal, na medida em que ocorre em todas as partes e períodos, no entanto, deve ser vista como algo que varia de acordo com a época e lugar (PISCITELLI, 2009, p. 133), o corpo e a sexualidade da mulher sempre foram objetos de controle.

Com a evolução da sociedade e a vitória da revolução feminista, principalmente depois da Constituição Federal ter consagrado a igualdade entre os sexos, a mulher passou a reivindicar mais os seus direitos. Por outro lado, quer pelo surgimento dos métodos contraceptivos, quer por sua inserção no mercado de trabalho, ela adquiriu maior liberdade financeira e até mesmo emocional na escolha de seus parceiros e de decidir sobre seu corpo.

Ocorre que, casos de agressão verbal e física, assédio de menores, estupro de menor, estupro da(o) companheira(o), dentre outros, são uma realidade de muitas famílias. O lugar que deveria ser do bem-estar comum de todos os membros, paradoxalmente é permeado de atitudes odiosas e repulsivas, que não podem ser toleradas.

Não podemos fechar os olhos para uma realidade que é latente. Os números de crimes sexuais, crimes que acontecem dentro do lar, crimes cometidos contra crianças por pais, padrastos, tios ou avós, são alarmantes. Segundo Maria Berenice Dias (2010), 90% dos delitos são cometidos por homens que as vítimas amavam, respeitavam, neles confiando; 69,6% dos agressores é o próprio pai; 29,8% é o padrasto; 0,6% é o pai adotivo; não há registro de abuso por parte de pais homossexuais.⁷

Esses números revelam que, muitas das vezes, o maior perigo está dentro de casa. Evidentemente a solução não é fácil. Essas contradições acompanham a história da

⁷ Dados extraídos do artigo “A violência que ninguém quer ver”. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

humanidade. Algo precisa ser feito. No entanto, por não ser objeto do presente estudo, nos delimitaremos a outros aspectos da relação familiar, que é a afetividade.

Diante do atual conceito de família, filiação, parentalidade, e como o fator que agora impera é a presença do vínculo afetivo, não há outro modo de melhor contemplar a realidade da vida, que abrindo caminho aos princípios norteadores das relações familiares.

Por isso, com base na teoria de Dworkin de direito como integridade, se faz necessário um estudo acerca dos princípios norteadores do direito de família, a fim de entender, no plano jurídico, os valores introduzidos pela Constituição de 1988, que explicam a atual função da família e como deve se dar a interpretação e aplicação do princípio jurídico na resposta ao caso concreto.

2 DIREITO COMO INTEGRIDADE E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM AS FAMÍLIAS

É a partir do conceito de Dworkin de direito como integridade que podemos compreender a aplicação de princípios ao caso concreto, de modo a integrar as lacunas existentes na norma, para que exista uma decisão justa e equânime.

Apesar da afetividade ser um princípio implícito na Constituição Federal de 1988, o dever de convivência é um dever explícito, que engloba as relações afetivas entre os genitores e os menores. Por não existir uma norma explícita quanto à indenização nos casos de abandono afetivo, tendo em vista a não observância a este dever, é necessário trazer os ensaios de Ronald Dworkin, a fim de nos apoderarmos de suas ideias.

A teoria de Dworkin, segundo o mesmo, pretende ser uma teoria geral do direito e, para isso, deve articular uma parte normativa e conceitual (DWORKIN, 2002, p. 81). A parte normativa deve envolver não apenas o que as normas jurídicas postas

significam, mas uma teoria moral, uma teoria filosófica, uma teoria da legitimidade das atuações dos poderes políticos.

A pretensão de explicar o Direito apenas através do Direito não se sustenta (DWORKIN, 2002, p. 8-9). Quanto à possibilidade de uma teoria jurídica que consiga explicar universalmente o Direito, Dworkin simplesmente afirma que sua teoria é uma teoria específica do Direito (DWORKIN, 2002, p. 19).

As proposições jurídicas, na visão do autor, seriam interpretativas, por isso, Dworkin (2005) parte de uma difícil indagação: o que é o Direito? Para ele Direito é princípio. Corroborando com tal afirmação, em sua obra mais recente, afirma textualmente:

Na verdade, quero contrapor-me à idéia de que 'o direito' seja um conjunto fixo de padrões de qualquer espécie. Em vez disso, pretendi afirmar que uma síntese acurada das ponderações que os juristas devem levar em conta ao decidirem uma questão específica de direitos e deveres legais incluiria proposições dotadas da forma e da força dos princípios, e que os próprios juízes e juristas, ao justificarem suas conclusões, empregam frequentemente proposições que devem ser entendidas dessa maneira. (DWORKIN, 2010, p. 331)

Partindo deste conceito, é necessário fazer uma diferenciação entre dois termos que se encontram presentes em toda a sua obra, quais sejam: princípio e política. Princípio seria, de forma objetiva, os direitos individuais que cada um possui. Já política, é o conjunto de metas utilizadas para se alcançarem estes princípios (leia-se direitos individuais). Com base nessas premissas, ele afirma que toda decisão, seja ela judicial ou não, será necessariamente política (DWORKIN, 2005, p.105).

Tal afirmativa parte do pressuposto de que o juiz, assim como qualquer indivíduo, é formado por uma gama de pré-conceitos e pré-compreensões. Desse modo, o juiz, ao proferir uma sentença, realiza uma tarefa política, tendo em vista não existir decisão neutra, e sim, uma decisão imparcial. Por isso, para ele, o conceito deste instituto jurídico deve ser visto numa concepção de integridade.

Dworkin expõe uma questão: "Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos?"(DWORKIN, 2005, p.175). Para ele existe uma resposta certa para uma questão de Direito, e conseqüentemente, existe também uma resposta errada.

Entretanto, esta resposta certa ou errada não é única, pois varia conforme o caso concreto.

Para o autor, não existe necessariamente um caso fácil ou um caso difícil. Dependendo da maneira como o caso concreto é colocado, um caso fácil pode vir a se tornar um caso difícil, e vice-versa. Vivemos em uma sociedade complexa, não há como ter um livro de regras que abarque todas as situações sociais, por isso o juiz deve ultrapassar o legalismo, flexibilizando e adaptando-o ao direito.

O filósofo deixa claro que o direito, enquanto princípio, somente se realizará se o aplicador do Direito fornecer uma decisão pela análise daquele caso concreto, de maneira que todos os indivíduos sejam tratados em relação de igualdade.

Ele afirma que é a lei e o Direito que governam a vida de todos, sendo estes, constituídos súditos do império do direito, porém, questiona como pode o direito governar a vida dos cidadãos quando seus comandos são dúbios, ambíguos, ou muito abstratos – os chamados *hard case*, ou casos difíceis.

Afirma que é possível construir uma resposta certa dentro desses “casos difíceis”, pois, como já dito, para o autor, em todos os casos há uma única resposta correta, que pode estar ou não na lei, mas sempre estará ligada à moral e aos valores de determinada comunidade. Assim, principalmente nos casos difíceis, o judiciário dirá qual é o direito:

É inquestionável que os juízes ‘criam novo direito’ toda vez que decidem um caso importante. Em geral, porém, apresentam essas ‘novas’ formulações jurídicas como relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é, se devidamente compreendido (DWORKIN, 2003, p. 09).

Frequentemente, o direito torna-se aquilo que o juiz afirma ser. Por esta razão, segundo o filósofo, na construção de uma decisão correta, é necessário percorrer três etapas: a primeira fase seria a identificação das questões fáticas; a segunda de identificação das questões jurídicas, do direito que se aplica ao caso concreto; e a terceira de verificação de fundamentos ligados a questões de moralidade e fidelidade, ou seja, a procura de um direito justo.

Para o autor, o juiz decidirá as questões a ele submetidas, a partir da prática argumentativa. Em casos difíceis, por existirem muitas divergências quanto às questões fáticas, a melhor saída seria a construção da melhor interpretação por via dos princípios aplicáveis ao caso, extraídos do todo do direito, como uma questão de coerência do sistema jurídico.

Para ele, a questão central da interpretação é da concepção de direito como integridade, visando tornar coerente o sistema como um todo (convenções jurídicas, precedentes e valores da comunidade), dentro de um caso concreto. Assim, sempre haverá uma única resposta correta para cada caso concreto, baseada em fundamentos de justiça, de equidade e de devido processo legal (DWORKIN, 2003, p. 291).

Dworkin (2003, p. 492) acrescenta que a atitude do direito é construtiva, ou seja, sua finalidade é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. E o que o direito representa para nós? As pessoas que queremos ser e a comunidade que pretendemos ter.

Nesta tarefa de percorrer todo esse caminho para construir a interpretação correta para uma decisão justa, esse juiz será, certamente, um super-homem, um superjuiz; por isso ele o denomina de juiz “Hércules”, a fim de manter a integridade e coerência do sistema jurídico como um todo.

Além disso, o juiz Hércules deve pautar-se basicamente em quatro etapas, a saber: no caso das leis aplicáveis, caso sejam obscuras ou discrimináveis, deve-se fazer a verificação do que diz o resto das leis. Após, deve-se verificar o que os princípios dizem sobre o caso e, no caso das leis obscuras, também deve ser verificada a política adotada - buscar a integridade do direito.

O juiz Hércules deve conhecer toda a história institucional do Direito, pois o Direito não é apenas uma questão de fato, mas é principalmente uma questão interpretativa.

O segundo ponto seria verificar a equidade, ou seja, não é o que o juiz acha que é a melhor decisão para a comunidade, o mais justo, mas sim, o que a comunidade pensa sobre o caso. Após, o juiz Hércules deveria verificar o histórico legislativo da comunidade até o momento da decisão. E, finalmente, verificar o devido processo legal aplicável ao caso, ou seja, se foram adotados os procedimentos corretos para aplicação das normas e regras.

Mesmo após passar pela busca da integridade do direito, o juiz Hércules pode achar contradições até entre esses métodos, mas isso pode ser resolvido por princípios dominantes - aqueles que são a vontade personificada da comunidade.

O ideal do Direito como integridade exige dos juízes e dos aplicadores que haja uma coerência entre as decisões passadas e as decisões presentes, a partir dos princípios da igualdade e liberdade, como se os juízes prosseguissem uma obra coletiva, por isso afirma que:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.[...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção (DWORKIN, 2000, p. 238).

Dworkin (2002) destacou as falhas do positivismo em reconhecer os argumentos de princípio, então ele propõe uma teoria de justiça, na qual todos os juízos a respeito de direitos e políticas públicas devem estar embasados na ideia de igualdade entre todos os seres humanos participantes de uma comunidade.

Para o autor, justiça seria todos os integrantes da comunidade terem igual direito às liberdades básicas. Vejamos:

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo

tal teoria, o 'poder discricionário' para decidir o caso de uma mentira ou de outra. [...] mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. [...] alguns desses casos colocam problemas tão novos que não depõem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Portanto, os juízes devem as vezes criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita (DWORKIN, 2002, p. 127-128).

Sua teoria se opera com base na seleção de argumentos jurídicos adequados, aqueles que detêm a melhor interpretação moral possível para as práticas da comunidade. Para ele, considerar que os princípios integram o direito tanto quanto as regras é de suma importância para a efetivação dos direitos fundamentais.

A ideia de integridade no Direito não significa uma mera repetição do Direito anterior pelos juízes atuais, pois, para ele, o direito como integridade começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine, ou seja, o sentido atual do texto deve ser contextualizado a partir da história, pois como já mencionado, para Dworkin a interpretação jurídica é sempre construtiva e nunca criativa.

Além do mais, segundo o filósofo, não há nada que impeça um princípio de ser vinculante, pois ele sempre aponta uma direção, mesmo sem prever situações específicas. É possível, por exemplo, que um juiz altere uma regra em nome de um princípio, abrindo-se novas possibilidades de imputação de determinada obrigação por princípios e não por determinada regra.

Como as normas jurídicas tem o objetivo de descrever o “dever ser”, podemos conceituá-las como prescrições, mandamentos, determinações que, idealmente, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social, que tem características de garantia (meios coesivos para fazer cumprir) e imperatividade (caráter obrigatório da norma).

De acordo com Julio Faro (2014, p. 546) “é comum dizer: o Direito é um instrumento que se propõe organizar a vida social. Como o Direito é essencialmente linguagem, ele se revela em texto prescritivo”. Por isso conclui afirmando que:

[...] normas jurídicas são regras, uma estrutura sintático-condicional, dotada de um antecedente (causa, hipótese, descritor) e de um conseqüente (efeito, resultado, prescritor): o primeiro descreve uma situação hipotética, o segundo prescreve o efeito esperado com a ocorrência da hipótese.

Segundo a classificação proposta por José Afonso da Silva (1998), as normas constitucionais produzem diferentes efeitos jurídicos, conforme a necessidade da atuação integradora do legislador infraconstitucional. Estas podem ser divididas em: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida; e c) normas constitucionais de eficácia limitada.

As primeiras são auto-executáveis, auto-aplicáveis, produzindo plenos efeitos jurídicos sem depender da edição de instrumentos normativos infraconstitucionais integradores, ou seja, reúnem todos os elementos necessários. As segundas, no momento que conferem um dado direito, autorizam o legislador ordinário a limitá-lo. Já as últimas, são aquelas que necessitam de promulgação de norma infraconstitucional integradora (SILVA, 1998, p. 81-82).

Estas podem atuar enquanto princípios ou regras. O reconhecimento da distinção qualitativa entre essas duas categorias e a atribuição de normatividade aos princípios são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo (BARROSO, 2009, p. 203).

A percepção do fenômeno, todavia, não foi suficiente, por si só, para tornar operacional e efetiva a distinção entre princípios e regras. Foi somente a partir da teoria de Ronald Dworkin, difundida no Brasil a partir do final da década de 80 e ao longo da década de 90, que a doutrina começou a estabelecer critérios de distinção entre os mesmos.

Esses critérios não são contidos em rol taxativo, além de não poderem ser analisados de forma isolada, uma vez que entre eles há uma intrínseca relação de interdependência. Segundo elementos de distinção formulados por Barroso (2009), os princípios são diferentes das regras pelo fato de serem mais abstratos, possuem uma abertura semântica, da qual permite que eles irradiem sua influência por sobre

todo o corpo constitucional, possibilitando sua incidência sobre um número indefinido de hipóteses fáticas concretas.

Ademais, as regras se operam na lógica do tudo ou nada (possibilidade de subsunção), se manifestam sob a forma de imperativos categóricos, enquanto os princípios se manifestam sob a forma de comandos normativos que devem ser observados na medida do possível (comandos de otimização).

Os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, axiologicamente precedentes as regras, já que traduzem os valores considerados como determinantes nos processos de criação e aplicação das regras. Mas isso, essa precedência axiológica não autoriza dizer que os princípios são hierarquicamente superiores às regras, eles estão no mesmo patamar hierárquico.

Se houver algum conflito de regras, uma delas deverá ser afastada pelo uso de um dos critérios, a saber: hierárquico, cronológico ou especial; se a colisão for entre princípios, será utilizada a técnica da ponderação, no qual o de maior peso prevalece (BARROSO, 2009, p. 182-183).

A Constituição brasileira de 1988 veio fortalecida de princípios que impõe eficácia imediata às suas normas. A operação hermenêutica encontrava-se muito rígida e era vista como uma moldura, cujo conteúdo era preenchido por leis, negando força normativa aos princípios que eram apenas tidos apenas como meios de sanar uma anomia.

Foram levadas a efeito muitas transformações. Princípios constitucionais deixaram de serem apenas orientações que carecem de força normativa; ao contrário, Paulo Bonavides (2003, p. 587-588), inspirado na chamada “hipertrofia dos direitos fundamentais”, afirma que os direitos fundamentais, ao extrapolarem aquela relação cidadão-Estado, adquirem uma validade universal que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas compõe todo o arcabouço jurídico enquanto cúpula do direito constitucional.

Os princípios são a diretriz fundamental à configuração do Estado, determinando o modo e a forma de ser. Daniel Sarmiento (2006, p. 185) chega a firmar que “a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados”, como a família, por exemplo.

Estes são enunciados científicos que constituem verdadeiro vetor de interpretação (ÁVILA, 2005, p. 27) em todos os campos do direito. A Constituição de 1988 tem princípios e regras, cada qual com funções diferentes, e por isso, não podemos falar em primazia de uma norma sobre a outra, mas, tão somente de funções e eficácias diferentes e complementares (ÁVILA, 2008, p. 104).

As regras permitem, proíbem ou obrigam ao invés de deixar à arbitrariedade do aplicador do direito a solução a partir de uma ponderação de princípios. Consoante Humberto Ávila (2005, p. 129):

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência [...] Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisa a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

É possível observar de maneira clara o reflexo desses princípios no direito de família, que são capazes de se desdobrar e serem reconhecidos como princípios constitucionais implícitos, uma vez que possuem fundamentação ética diante do ordenamento jurídico e em face do caso concreto.

Em uma relação familiar, que envolve sentimentos tão sensíveis, desamores e frustrações, é de suma importância a observância e aplicação de princípios constitucionais em prol de um bem maior, que representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados (SARMENTO, 2003, p. 55).

A partir do conceito de Dworkin, de direito como integridade, podemos entender pela aplicação dos princípios no caso concreto, enxergando o ordenamento jurídico como um todo, em sua completude, capaz de abarcar princípios constitucionais que irradiam valores por todas as normas por ele compreendidas.

Existem princípios gerais, que se aplicam a todos os ramos do direito – como dignidade, igualdade e liberdade -, assim como existem princípios específicos das relações familiares. É difícil quantificar ou nominar todos esses princípios, cada autor traz números diferenciados e específicos de princípios, não nos possibilitando encontrar um denominador comum. Logo, serão destacados alguns dos princípios norteadores sem a pretensão de delimitá-los, qualificá-los e quantificá-los.

2.1 PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A criança e o adolescente têm direito a ser criada por uma família. Conviver em família pressupõe conviver em um ambiente familiar biológico ou sócio afetivo. Dada a sua importância, a convivência familiar é um direito constitucionalmente assegurado à criança e ao adolescente (artigo 227, CF/88 e artigo 19, ECA), a fim de direcionar as atitudes dos pais em relação aos filhos.

Conviver em família é pertencer ao seu âmago, trocar sentimentos, emoções e valores. Por essa razão, quando ocorrem falhas no ato de convivência familiar, podem ser desenvolvidos sérios problemas de relacionamento envolvendo o menor. Maria Berenice Dias (2012), com exímia propriedade afirma que:

Viver em família é conviver com ambos os pais. O fim do relacionamento deles não pode prejudicar em nada o direito do filho ao cuidado de quem o ama. É necessário assegurar a formação da identidade e a construção da sua personalidade de forma plena. Certamente estes são os ingredientes indispensáveis para assegurar o direito fundamental à felicidade. Um direito de todos e de cada um!

É importante destacar a presença dos pais na formação dos filhos, pois ao nascer, o primeiro contato que a criança tem é com seus pais, sendo extremamente dependente deles, necessitando de cuidados especiais, amor, afeto e carinho. É na

infância que surge a mais importante e radical ocorrência no processo evolutivo: a autoconsciência. É a primeira oportunidade em que se encontra com o “eu”, justamente porque no ventre materno, fazia parte do ‘nós original’ com sua mãe e, próximo aos três anos de idade, a criança toma “consciência de sua liberdade”, sentindo-se no “relacionamento com os pais”, e “a si mesma como um indivíduo independente, capaz de opor-se a eles, se necessário. Esta notável ocorrência constitui o nascimento da pessoa no animal humano” (MAY, 2004, p. 69-70).

Quando crescem, o papel dos pais no desenvolvimento dos filhos também se torna determinante, pois é neste momento que a criança formará a sua personalidade e se conduzirá mais tarde na fase adulta. Este fluxo de expansão da vida, que se inicia nos primeiros anos e se prolonga durante toda a vida, é diferente para cada um, e pode causar problemas emocionais, psicológicos, e até mesmo físicos.

Cláudia Maria da Silva (2004, p. 132) evidencia o caráter de dependência dos filhos em relação aos pais e como a omissão pode refletir na formação de sua personalidade:

Do nascimento à fase adulta, os filhos crescem e se desenvolvem em torno da auto-estima [sic], do senso de moralidade, responsabilidade, empatia e de outros tantos aspectos ligados à formação da personalidade. [...] A criança precisa e depende de seu criador. Se ela é negligenciada, maltratada, rejeitada ou abandonada, não desenvolve suas capacidades básicas e sofre prejuízos em sua personalidade.

Este é um direito do menor e um dever dos pais, não uma mera faculdade, mas um dever jurídico, e o descumprimento do dever de convivência familiar fere a dignidade da criança, acarretando-lhe sérios danos que seguirão por toda a vida.

Diante do quadro de valorização de todos os membros da família, o menor ganhou destaque em razão de não ter ainda alcançado maturidade suficiente para conduzir sua vida sozinho. Em face disso, a ordem jurídica não poderia ficar alheia, por isso a Constituição Federal de 1988 fez previsão no artigo 227.⁸

⁸ 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.

Salienta-se que apesar do dispositivo não trazer explicitamente em seu texto a expressão “melhor interesse”, garante o respeito à absoluta prioridade do menor. O legislador se preocupou em dar garantias capazes de efetivar os direitos assegurados à criança e adolescente, como a vida, saúde, educação, dignidade, lazer, entre outros.

O “melhor interesse” guarda íntima relação com o princípio da proteção integral, traduzindo a ideia de que, na análise do caso concreto, o aplicador do direito deve buscar a solução que proporcione o maior benefício possível para a criança ou adolescente, priorizando o atendimento a estes.

No plano internacional, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente encontra previsão em convenções e declarações aprovadas pela Organização das Nações Unidas (ONU), algumas delas ratificadas pelo Brasil. A partir da Declaração de Genebra, aprovada em 1924, começaram a haver uma maior preocupação com a tutela dos direitos das crianças e dos adolescentes, de tal modo que diversas regras foram editadas. Contudo, passou despercebida por alguns países, e acabou por não produzir o efeito esperado.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, reconheceu a dignidade em seu preâmbulo, de modo que, os direitos das crianças e dos adolescentes passaram a estar implicitamente incluídos, tendo em vista que a dignidade é inerente a todos os membros da família humana.

Já a Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1959, estabeleceu expressamente que a criança gozará de proteção especial (princípio 2º). Além do mais, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica de 1969) estabeleceu que toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado (artigo 19).

Soma-se a isso a previsão da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, aprovada em 21 de junho de

1999, que prevê que a convenção tem por objetivo estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas segundo o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais que lhe reconhece o direito internacional (artigo 1º, a).

Em face da valorização da pessoa humana, deve preservar ao máximo aqueles que se encontram em situação de fragilidade (PEREIRA, 2012, p. 149), e reconhecer a vulnerabilidade da criança e do adolescente perante os adultos é inevitável para evitar a possibilidade de ocorrência de um mal maior, e, até mesmo, danos irreversíveis. O critério sócio afetivo é a base para se assegurar a primazia da tutela aos filhos, resguardando seus direitos fundamentais, especialmente, o direito à convivência familiar.

À família, à sociedade e ao Estado foi conferido o dever de assegurar direitos e proteger crianças e adolescentes contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Para atender a determinação de proteção especial (§3º do artigo 227, CF/88), foi elaborado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), no qual crianças e adolescentes passaram a serem vistos como titulares de direitos e deveres.

O ECA é formado por um conjunto de princípios e regras que regem diversos aspectos da vida, desde o nascimento até a maioridade, tudo amparado no princípio da proteção integral (artigo 1º). O Código Civil de 2002 garante ao nascituro proteção integral, pondo-o a salvo de quaisquer influências que impeçam seu nascimento e usurpação de direitos, mesmo sem ter ainda adquirido personalidade civil (artigo 2º). Do mesmo modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a proteção integral aos direitos da criança e do adolescente (artigo 3º).

Esta legislação tem por objetivo tutelar a criança e o adolescente, para tanto, elenca um rol de direitos fundamentais atribuídos à criança e ao adolescente; a saber: direito à vida e à saúde; direito à liberdade, ao respeito e à dignidade; direito à convivência familiar comunitária, direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; direito à profissionalização e proteção no trabalho; bem como dispõe de formas de auxiliar a família na tutela.

Como forma de assegurar esses direitos, o artigo 5º do ECA, em referência ao artigo 227 da CF/88, prevê que nenhuma criança ou adolescente será alvo de discriminação, negligência ou qualquer outra forma de maus-tratos que impliquem infração aos seus direitos fundamentais. Tais comportamentos proibidos não se referem apenas aos pais, mas a qualquer pessoa que tenha contato com a criança ou adolescente.

O ECA, em seu artigo 15, dispõe acerca do direito conferido à criança e ao adolescente quanto à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento, e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais, garantidos na Constituição e nas leis; sendo dever dos pais velar por essa dignidade (artigo 18, do ECA). O legislador previu essas medidas de proteção, atentando ao caráter de vulnerabilidade que a criança tem em relação aos adultos.

O Estatuto prevê sanções de natureza civil, como a suspensão e a perda do poder familiar, penal e administrativa (título VII, do livro II). Maria Helena Diniz (2002) preleciona que:

O poder familiar consiste num conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos.

Por meio do exercício do poder familiar, é que o indivíduo também cresce e se desenvolve, construindo sua própria dignidade humana. À luz do antigo Código de Menores, crianças e adolescentes eram vistos como objeto de proteção, porém, hoje, crianças e adolescentes são sujeitos de direito, e por isso, esses direitos devem ser respeitados.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira (2003) está se tornando cada vez mais comum, histórias de pais que abandonam os filhos em virtude de separação, divórcio ou por qualquer outro motivo, deixando de se comprometer com o seu papel familiar que é importantíssimo no desenvolvimento da criança e do adolescente, realçando que não há justificativas para deixar de dar amor e afeto, diferente do que ocorre com a ausência de prestação material.

Independente de qual seja a forma de constituição da família, em situações de desmembramento, ou ruptura dos laços familiares que determinam uma alteração no contexto familiar, seja através da separação no casamento e da dissolução da união estável, um ponto é comum: o dever de guarda dos pais com os seus filhos. Isto significa dizer que os filhos menores permanecem sujeitos ao poder familiar independente da existência de relação afetiva entre os pais.

Quando há uma ruptura nos laços familiares se fica diante de uma situação nova, que é a impossibilidade dos filhos estarem na convivência contínua e diária de ambos os genitores. Rolf Madaleno (2009, p. 266) destaca a importância de fixar a guarda em atenção aos interesses dos filhos, e não dos pais, ao afirmar que “o mote da guarda é o interesse do filho, sua integral felicidade”.

A perda do direito de guarda dos filhos, não pode acarretar o abandono por parte deste genitor, que deve continuar exercendo a orientação e fiscalização, próprias do poder familiar. A propósito, Rolf Madaleno (2004, p. 347) destaca:

A simples destituição da guarda física de filho pela separação dos pais não implica, sob nenhum aspecto a perda do poder familiar, e talvez até reforce o seu exercício pela redução do contato do genitor não-guardião com o seu filho que ficou sob a guarda do outro ascendente. Nem significa admitir sob qualquer pretexto, pudesse a cisão da guarda prejudicar por alguma forma o direito-dever dos genitores manterem uma sadia convivência familiar.

Esses dispositivos estão em consonância com as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988 (artigo 1º, inciso III, e artigo 5º, caput), a fim de que sejam assegurados os direitos da criança a ter o devido desenvolvimento mental, moral e social, para que se torne um adulto fazendo valer sua dignidade.

A família, portanto, não deve mais ser entendida como uma relação de dominação e imposições, mas sim como um liame afetivo, a ser concretizado entre seus membros por meio da convivência.

2.2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A afetividade é princípio fundamental implícito na Constituição Federal de 1988, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, considerado o mais universal de todos os princípios, sendo considerado esteio de sustentação de todo ordenamento jurídico, e fundamento primeiro da ordem constitucional em que se funda o Estado Democrático de Direito.

Insculpida em uma nova ordem e fundada no Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana é vetor que irradia seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, representando o epicentro axiológico da ordem constitucional (SARMENTO, 2003, p. 59-60). Dignidade é pressuposto da ideia de justiça humana, pois ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento.

Como vimos no primeiro capítulo, antes o homem era visto como objeto e não sujeito de direito, porém, hoje, coisificar o ser humano é justamente retirar-lhe a dignidade. Por essa razão, Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 34-35) assevera que:

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana, dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais ou menos dignas. Por outro lado, já no pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo [...], bem como a ideia [*sic*] de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade.

A origem etimológica da palavra dignidade deriva do latim *dignitas*, e significa “honra, virtude, consideração, em regra se entende a qualidade moral, que possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida” (SILVA, 1973, p. 526). Neste sentido, a dignidade da pessoa humana é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições

existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2002. p. 60).

Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos. O homem passou a ser centro de proteção do direito. Este valor é norte de interpretação e aplicação de normas jurídicas, na proteção e tutela dos direitos da personalidade, no sentido de proporcionar a realização dos objetivos do estado democrático brasileiro.

Por tal expressão, entendemos que o homem não deve jamais ser transformado em um instrumento para a ação de outro, pois o homem é dotado de consciência moral, o que o põe acima de qualquer especulação material. O homem é um ser superior na ordem da natureza e das coisas por conter essa dignidade, que faz dele pessoa dotada de consciência racional e moral, e por isso mesmo capaz de responsabilidade e liberdade (PEREIRA, 2012, p. 116-117).

O princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado a fundamento da ordem jurídica (artigo 1º, inciso III, CF/88), e por essa razão o Estado deve se abster de praticar atos atentatórios contra a pessoa humana e, ao mesmo tempo, garantir o mínimo existencial para o ser humano. Por conseguinte, a dignidade da pessoa humana protege todos os sujeitos envolvidos na relação familiar, a fim de que sejam completamente felizes.

É na seara do direito de família que esse princípio ganha maior expressividade, pois consagra de modo implícito o princípio da afetividade, significando igual dignidade para todas as entidades familiares e todos os membros desta família. Desta maneira, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2008, p. 221) dispõe que:

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

A Constituição Federal de 1988 conferiu às crianças e adolescentes titulares dos direitos fundamentais à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Em harmonia, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069/90) substituiu o antigo modelo da “situação irregular” pelo da “proteção integral”, no qual crianças e adolescentes passam a serem vistos como titulares de direitos e deveres.

Por esta razão, o ECA dispõe que criança e adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhes assegurada todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, com condições de liberdade e de dignidade (artigo 3º).

Antes, a família se resumia a funções econômicas, políticas, religiosas e procracionais; hoje, os laços de afeto são resultantes de uma convivência familiar capaz de garantir a felicidade de seus integrantes. Por ser princípio jurídico, a afetividade não se confunde com o afeto enquanto fator psicológico; porquanto pode ser presumido quando este faltar nas relações, assim, a afetividade é um dever imposto aos pais em relação aos filhos (LÔBO, 2011, p. 71).

Por essa razão, podemos concluir que independente da existência de afeto entre pais e filhos, a Constituição orienta que as relações familiares seja regida pela afetividade, construindo a base familiar, dando origem a relacionamentos baseados ou não em vínculos biológicos, a fim de promover o bem estar de seus membros.

O modelo até então desigual, formal e patrimonial, abre vista para uma nova concepção de família. O direito passou a reconhecer a família estruturada por laços afetivos. Pais são aqueles que cuidam, acompanham o crescimento, se apropriam de mudanças e fases dessas crianças e adolescentes, e mesmo que não tenha proximidade não física, se importa e se preocupa com os filhos, dando-lhes toda a assistência necessária, ou seja, mesmo de longe estabelece vínculo de afeto.

Dias (2016, p. 55) afirma que o afeto está ligado ao direito fundamental à felicidade, além do mais, afirma que é a partir da valorização do afeto entre os membros

familiares que o modelo familiar foi transformado e até hoje despontam novos modelos de família. O que vale é a vontade de estar e permanecer junto a quem se ama, prevalecendo o sentimento e não a imposição, ou seja, onde houver afeto, haverá família (DIAS, 2012).

Este é um resultado de mudanças e transformações ocorridas na sociedade, principalmente nas famílias brasileiras, tendo como base a Constituição de 1988. Flávio Tartuce (2012, p. 28-29) afirma que:

De início, para os devidos fins de delimitação conceitual, deve ficar claro que o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares. [...] não resta a menor dúvida de que a afetividade constitui um princípio jurídico aplicado ao âmbito familiar. [...] apesar da falta de sua previsão expressa na legislação, percebe-se que a sensibilidade dos juristas é capaz de demonstrar que a afetividade é um princípio do nosso sistema.

Como vimos no item acima, os princípios jurídicos são concebidos pelo intérprete em um nível de abstração a partir de uma orientação retirada do ordenamento jurídico, sendo assim, não resta dúvidas de que a afetividade é uma forte estrutura do ordenamento jurídico contemporâneo. É com base em tal entendimento que passou a ser possível a união homoafetiva, bem como a parentalidade socioafetiva, e uma demonstração de evolução do tema é a admissão da reparação civil em decorrência do abandono afetivo.

Na presente pesquisa, não tratamos do “dever de afeto” ligado a um direito fundamental à felicidade, e sim do princípio da afetividade, implícito na Constituição de 1988 e constituidor da família contemporânea.

Maluf (2012, p. 18) alerta ser a afetividade uma relação de carinho ou cuidado, um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outrem. Ainda complementa afirmando que:

A afeição ligada à vinda de afeto é representada por um apego a alguém ou a alguma coisa, gerando carinho, saudade, confiança ou intimidade. [...] Pode, ainda, ser definido como um conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, de satisfação ou

insatisfação, de agrado ou desagrado, de alegria ou tristeza. [...] De um modo geral, o afeto pode ser compreendido como um aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano que atribui significado e sentido à sua existência, que constrói o seu psiquismo a partir das relações com outros indivíduos (MALUF, 2012, p. 19).

Neste mesmo sentido, a psicanalista Giselle Câmara Groeninga (2009) complementa que amor não deve ser confundido com afeto. A afetividade seria o conjunto de fenômenos afetivos, tais como emoções, sentimentos e paixões. Para a supracitada autora, “várias são as combinações dos afetos, e enquanto o amor prevalecer as famílias continuam a se constituir, por meio da solidariedade e da cooperação” (GROENINGA, 2009, p. 204).

É na família que o indivíduo se constrói e se desenvolve. Por sua inegável importância, a família exerce influência na sociedade, sendo considerada base da sociedade (artigo 226, CF/88). A família sempre foi, é, e continuará sendo núcleo básico de qualquer sociedade. Sem família não é possível organização social; é ela que estrutura os sujeitos e onde esses encontram amparo (SILVA, 2004, p. 144), cabendo à esta, estimular os filhos a fim de transformá-los em seres capazes de se integrar ao meio social e capazes de responder às exigências sociais.

O modo de ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano, pois sem cuidado ele desestrutura-se, define, perde sentido e morre. Com fundamento na paternidade responsável, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores (REsp 110. 663-7/SP).

O princípio da afetividade possui caráter político e social, não interessando apenas as relações privadas, mas também ao Estado, na medida em que a irresponsabilidade dos pais tem resultado em grandes desastres de cunho político, econômico e social, como crianças em situação de rua, criminalidade de menor, gravidez na adolescência, dentre outros.

Seguindo os ditames da Constituição Federal de 1988, é dever dos pais assistir, criar e educar os filhos menores e, aos filhos maiores, cabe ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, traduzindo a essência da solidariedade (art. 229 e 230). Além disso, o exercício do poder familiar não é uma opção de cada um

dos genitores, mas sim, um dever dos pais que, também, se revela como sendo um direito dos filhos. Não é por outra razão que a Constituição Federal prevê a paternidade responsável, sendo ônus e bônus da criação dos filhos, e o Código Civil, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente traduzem regras e desdobramentos dessa responsabilidade (artigo 1.566 e 1.634, CC e artigo 3 e 22, ECA).

Assistência moral e afetiva é, portanto, um dever jurídico, devendo ser observada e respeitada em todas as relações jurídicas, especialmente àquelas entre pais e filhos. Teixeira (2005, p. 139-140) explicita a importância dos aspectos afetivos e de solidariedade no ambiente familiar:

A estrutura familiar atual caracteriza-se, principalmente, pela afetividade e solidariedade entre seus membros, e as relações de convivência e coexistência assumem essas características. Numa perspectiva dialógica, é neste relacionamento intrafamiliar que seus componentes fincam seus valores, se moldam, se transformam e edificam sua personalidade e sua dignidade em bases novas e mutantes. [...] É exatamente essa espécie de relação que se cria e se estabelece no seio de um núcleo familiar. Nesse sentido, os laços familiares ganham especial relevo pela grande influência exercida na vida de cada membro da família, sejam adultos, adolescentes ou crianças. Eles atuam na edificação da dignidade de cada um.

A família passou a ser alicerçada por laços de afetividade, garantindo, assim, o primado básico da Constituição Federal que é a dignidade da pessoa humana. Os responsáveis, os são, não apenas pelo provimento de subsistência biológica, como pelo desenvolvimento intelectual, social, psicológico, afetivo, profissional, dentre outros, assumindo publicamente a paternidade/maternidade em respeito ao princípio da afetividade.

Diante de novos valores incorporados à família brasileira, o princípio da afetividade constitui um novo paradigma. Portanto, é necessário observar as crescentes mutações ocorridas no interesses das famílias, garantindo a dignidade da pessoa humana e que a afetividade seja realizada de maneira plena e satisfatória no ambiente familiar.

Onde existia uma família hierarquizada e patriarcal, agora passa a existir um ambiente pautado no interesse pelo desenvolvimento do indivíduo, de tal maneira

que, perceba-se um redirecionamento de papéis até então impostos a cada membro familiar.

Fomentar o respeito pelo princípio da afetividade é fomentar uma família feliz, em consequência, uma sociedade mais feliz; estes plantados nas relações familiares e colhidos em uma sociedade que por ordem constitucional deve ser justa e igualitária.

3 DEVER DE CONVIVÊNCIA E ABANDONO AFETIVO

Com base no estudo feito no capítulo anterior, a respeito dos princípios que norteiam as relações familiares, verificamos que a partir da não observância de seus preceitos, como o descumprimento de alguns princípios que pressupõe o dever de “conviver com”, de “cuidar de”, pode-se recair em situações de abandono afetivo. Por essa razão é que o estudo dos deveres fundamentais ganha repercussão.

É a partir desta discussão que adentramos na existência de um dever de convivência dos pais com os filhos, em observância aos princípios acima mencionados, a partir da ideia do direito como integridade, trazido por Dworkin, pois a partir do reconhecimento deste dever, decorrente dos princípios da convivência familiar e do princípio da afetividade, que conseguimos garantir a eficácia de seu cumprimento.

A questão central é da concepção de direito como integridade, visando tornar coerente o sistema como um todo, a fim de que, com base nos fundamentos dos princípios acima mencionados, chegar a uma única resposta correta para o caso concreto. Um juiz que segue a concepção do Estado de Direito centrado nos direitos, tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso (DWORKIN, 2001, p. 15).

É de total relevância a participação do juiz no Estado democrático de direito para análise do caso concreto, pois é dele a tarefa de decidir do modo mais justo e

equânime, mesmo que aquele caso ainda não tenha uma “resposta correta”. Não obstante direitos e deveres estarem presentes nas relações jurídicas, os sistemas jurídicos em geral costumam conferir maior ênfase aos direitos do que aos deveres. Vejamos:

O avanço doutrinário referente aos deveres fundamentais, portanto, tem caminho extremamente penoso, o que por si só demonstra desperdício de demais alternativas jurídicas de efetividade na tutela e promoção constitucional à pessoa humana (especialmente as vulneráveis), bem como desprezo à melhor hermenêutica de comprovação da coerência do sistema jurídico. Inicialmente há de se atentar à inexistência de acessoriedade dos deveres fundamentais com direitos fundamentais. Mesmo que possam se atracar, não trazem entre si relação de dependência [...], senão posições dialógicas em busca da análise da situação jurídica complexa e em consequência a aplicação do direito. Em outras palavras: tanto podem ser reflexos, comogarantidores ou autônomos aos direitos fundamentais. Iguamente os deveres fundamentais não se reduzem à manifestação de poder estatal (soberania). Representam figura jurídica com arrimo na fundamentabilidade das normas constitucionais de promoção da pessoa (próprio das constituições democráticas) e, por conseguinte, na ordem de composição da chamada constituição polifacética, fazem-se inserir no elemento de ordem limitativa, ao lado dos direitos fundamentais. Anote-se com tranquilidade que mesmo não havendo exclusivamente relação reflexiva entre direitos fundamentais e deveres fundamentais, consoante já se viu, na relação pessoa-sociedade, a existência de direitos somente se legitima a partir da distribuição de deveres [...] (MARTINS, 2014, p. 62).

Os deveres fundamentais são figura elementar na realização da dignidade da pessoa humana. Eles existem em decorrência de um direito fundamental contrário, e na medida em que a Constituição assegura uma série de direitos fundamentais, em contrapartida, nos origina uma série de deveres.

O esquecimento da problemática dos deveres tem, nos dias de hoje, outro suporte, que é o desprezo pelos deveres estar presentemente ancorado por discurso quantitativo dos direitos fundamentais, que é mais amplo e perturba ou domina mesmo a nossa visão da sociedade e da vida (NABAIS, 2007, p. 4-5).

As discussões acerca da configuração jurídica dos deveres fundamentais é um campo arenoso. São vastas as teorias que tentam reconhecer ou dar normatividade a estes. Há teorias que não reconhecem o caráter normativo dos deveres fundamentais, nesse sentido, aponta Llorente (2001, p. 16):

Os enunciados de deveres não tem efeitos jurídicos algum, mas apenas, e se houver, uma função política, embora tampouco haja unanimidade em

discernir qual função, se existir alguma, esses enunciados desempenham: para uns, tem, simplesmente, a função de servir de sustento ideológico ao poder, na tentativa de lhe dar uma fundamentação ética; para outros, ao contrário, a função dos deveres, tal como a dos direitos, é a de impor limites materiais a potestade normativa do poder público.⁹

Para alguns autores, a garantia de um direito depende do reconhecimento de um respectivo dever dos demais. Já para outros, não há necessariamente correspondência entre direitos e deveres (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 68). José Canotilho (2003, p. 533), aponta para essa desvinculação entre os direitos e deveres, denominando-a de “assinalagmaticidade ou assimetria”.

Acreditamos que ambos integram o mesmo plano, que é o estatuto constitucional do indivíduo. Há liberdade, e também há responsabilidade. O direito à convivência familiar, por exemplo, é um direito da criança que só será plenamente atendido com o devido cumprimento do dever dos pais ou responsáveis para com esta; o que se dará com atuações como de cuidado, zelo, assistência, educação, dentre outras.

Mas, afinal, o que são deveres fundamentais? “É uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais”.¹⁰ Neste prisma, “falar em dever fundamental é falar em alteridade”, pois na concretização de direitos existe a íntima ligação entre o agir e o ônus imposto aos demais indivíduos que são obrigados pela Carta Constitucional a reconhecer tais direitos (PEDRA e PEDRA, 2012, p. 68).

Esse aspecto explicita a importância da solidariedade, ou seja, um esforço de um em favor do outro. Não por ato de caridade ou benevolência, mas como uma

⁹ No original: “Los enunciados de deberes no tienen efectos jurídicos alguno, sino sólo, si caso, una función política, aunque tampoco hay unanimidade a la hora de discernir cual sea (si alguna), la que estas nromas desempeñan: para unos, simplemente la de servir de sustento ideológico al poder, la de intentar dotarlo de una fundamentación ética; para otros, más bien al contrario, la función de los deberes, como la de los derechos, es la imponer limites materiales a la potestade normativa del poder público”.

¹⁰ O conceito de deveres fundamentais foi construído coletivamente pelos membros do grupo de pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, no 1º semestre de 2013, coordenado pelos professores Dr. Daury Cesar Fabríz e Dr. Adriano Sant’Ana Pedra, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado– em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

imposição em prol de alguém, imprescindível para a realização de direitos fundamentais, encontrando-se amplamente anotado como escopo da República Federal do Brasil na formatação da sociedade (presente e futura), pressupondo a dignidade compartilhada e não isolada (art. 3º, inciso I, CF/88).

Não podemos negar que a sociedade é titular de deveres fundamentais, especialmente pelo axioma da solidariedade, pois todos têm parcelas de responsabilidade com a existência, estruturação e funcionamento da comunidade (NABAIS, 2007, p. 296), mas, são ainda, titularizados a agentes constitucionalmente identificados (MARQUES, 2002, p. 776) e que apresentam exigências especiais, por exemplo, no caso da criança e do adolescente (CF, art. 227), cabe diretamente à família e ao Estado o dever de proteção geral. Idêntica titularização corre a favor do idoso (CF, art. 230), do índio (CF, art. 231) e do consumidor (CF, art. 5º, inc. XXXII). Neste caso, trata-se de direito-dever de livre desenvolvimento da personalidade.

Em contrapartida, os destinatários dos deveres fundamentais são aqueles obrigados a cumpri-los. Por isso, geralmente são todos os indivíduos, o que indica deveres fundamentais gerais. A fim de fixar características que nos permitam identificá-los, destacamos nas palavras de Martinez (1986, p. 335) três aspectos principais, são eles:

a) o dever jurídico existe com independência de que o dever trabalhado tenha tido previamente, ou não, uma dimensão moral; b) o dever jurídico tem que estar reconhecido por uma norma pertencente ao Ordenamento; c) normalmente os deveres jurídicos trazem consigo uma sanção para os casos onde houver o seu inadimplemento.¹¹

Ora, são os deveres que perfazem o código moral da sociedade; sem esta vinculação não seria efetivada a máxima da dignidade da pessoa humana. Além do mais, não se pode olvidar que a satisfação das necessidades essenciais das pessoas depende de atuações de outras pessoas e/ou do Estado. Assim, possuem o papel de proteger e promover direitos fundamentais. Destarte, os deveres fundamentais

¹¹ No original: a) “El deber jurídico existe con independencia de que el deber de que se trata haya tenido previamente o no una dimensión moral [...]”; b) El deber jurídico tiene que estar reconocido por una norma perteneciente ao Ordenamiento; c) normalmente los deberes jurídicos llevan aparejada una sanción en caso de incumplimiento [...]”.

são deveres jurídicos que se referem a dimensões básicas da vida do homem em sociedade, a bens de primordial importância, à satisfação de necessidades básicas ou que afetem a setores especialmente importantes para a organização e o funcionamento das instituições públicas, ou ao exercício de direitos fundamentais, geralmente em âmbito constitucional. (MARTÍNEZ PECES-BARBA, 1987, p. 336).

Neste desiderato, destacamos a importância dos pais na construção da personalidade dos filhos durante seu desenvolvimento, a partir da existência de um dever de convivência. Como já vimos no primeiro capítulo, o pai era responsável pelo sustento de sua prole, era ele quem tinha o poder de vida e de morte (*pátrio poder*), sobre toda sua prole. Por uma questão cultural do patriarcado, a relação do filho com o pai sempre foi marcada pela ausência de afeto.

Durante muitos anos foi assim, até que com as transformações da sociedade e da entidade familiar o afeto começou a ser vista nas relações familiares, o sustento da casa deixou de ser tarefa exclusiva do pai, e dessa forma, em igualdade de gênero, pai e mãe começaram a cuidar dos filhos.

A família patriarcal que nossa legislação civil tomou como modelo entrou em crise, culminando em novos valores introduzidos pela Constituição de 1988. Como crise é sempre perda de fundamentos, a família atual está matizada em um fundamento que explica sua função atual: a afetividade (LÔBO, 2004, p. 137-138).

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade é a função básica da família de nossa época. Sua antiga função econômica, política, religiosa e procracional, desapareceram, ou mesmo passou a desempenhar papel secundário, pois, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua (LÔBO, 2004, p. 155).

A família passou por mudanças consideráveis ao longo da história. Hoje, já não podemos mais falar em um modelo de pai e mãe, e o papel que deve ser desempenhado por cada um deles. Quando falamos em ambiente familiar, estamos falando sobre o espaço do afeto, e para tanto, a responsabilidade é igualmente destinada ao pai e a mãe pela criação dos filhos.

Desde a concepção do filho no ventre materno, é fundamental o carinho, a convivência e o cuidado dispensados ao feto. Por nascer em condições de profunda dependência, é essencial a participação dos pais para com os filhos (COMEL, 2003, p. 80). Esta transmissão de sentimentos saudáveis deve se dar dia após dia, e conforme os filhos vão crescendo, eles esperam continuar a receber esse amor e carinho.

A necessidade desta presença não se encerra na fase infantil, mas se prolonga pela adolescência, pois os filhos sentem a falta e necessidade de terem os pais por perto. Vejamos:

A ausência das funções paternas já se apresenta hoje, como um fenômeno social alarmante que tem gerado péssimas consequências conhecidas por todos nós, como o aumento da delinquência juvenil: Essa ausência paterna e o declínio do pater-viril está acima da questão da estratificação social. É um fenômeno e consequência das transformações sociais iniciadas na revolução feminista, a partir da redivisão sexual do trabalho e a consequente queda do patriarcalismo (PEREIRA, 1999, p. 582).

Desse modo, pai e mãe devem juntos arcar com todos os encargos que um filho gera, tanto econômicos quanto emocionais, contribuindo assim para o crescimento e desenvolvimento do filho, na contínua busca pelo melhor interesse da criança, cumprindo a função social da família.

Sob a égide jurídica da Constituição Federal de 1988, é preconizado o dever do Estado, da família e da sociedade proporcionar a convivência familiar (artigo 227). Além do mais, o Código Civil dispõe que compete aos pais ter os filhos menores em sua companhia e guarda (artigo 1.634, inciso II). Em consonância, o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura o direito à convivência familiar à criança e ao adolescente (artigos 4º e 19).

Estes princípios já foram expostos no capítulo anterior, porém, convém destacar um ponto relevante acerca da existência de deveres positivos gerais, que segundo Valdés (1986, p. 17):

[...] são aqueles cujo conteúdo é uma ação de assistência ao próximo que requer um sacrifício trivial e cuja existência não depende da identidade do

obrigado nem a do(s) destinatário(s) e tampouco é o resultado de algum tipo de relação contratual previa.¹²

Percebe-se, então, que qualquer pessoa poderia, em estado de necessidade, obrigar o outro a lhe prestar assistência. A nossa legislação exige dos pais ou responsáveis pelos menores, certas condutas que se constituem em direitos-deveres indelegáveis e fiscalizados pelo Estado.

É atribuído aos pais os deveres de criação e educação dos filhos, além do dever de tê-los em sua companhia e guarda. Deixar de conviver com o filho, negar o amparo afetivo, é violar direito fundamental do filho e um dever fundamental imposto aos pais (COSTA, 2005, p. 32-33). Este é um dever atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, enriquecido por uma convivência que alimenta o corpo, mas também alimenta a alma, a moral, e o psíquico (SILVA, 2004, p. 123).

A instituição familiar é o primeiro grupo do qual o ser humano participa, sendo considerada uma entidade fundamental para a formação e desenvolvimento de seus membros. Como podemos observar, a convivência familiar é um dever explícito, e violar esse dever de convivência familiar, além de ser considerada uma conduta ilícita (artigo 227, CF/88), acarreta sérios danos à vida do menor.

Abandonar, deixando em desamparo o menor, renunciando o lugar em que o dever o obriga a estar, pode acarretar sérias consequências. A responsabilidade dos pais pelos filhos menores de idade não está somente no dever de prover alimentos, mas também no dever de cuidar, de conviver e garantir seu desenvolvimento. Com o nascimento, surge o poder familiar, decorrente da relação entre pais e filhos. Da literalidade do artigo 1.634 do Código Civil, podemos mencionar:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

¹² No original: “Deberes positivos generales son aquéllos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere um sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatário (s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación constructual previa”.

- 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.

O poder familiar é atribuído aos pais independentemente de eles viverem juntos, tanto é assim que o abandono é penalizado, levando à perda do poder familiar e configura delito penal (art. 133, CP). De nada adiantariam todas essas regras, normas, e princípios já mencionados, se a postura omissiva ou discriminatória dos pais não estivessem sujeitas a consequências. Por isso cabe a seguinte reflexão:

Trazer à vida um novo ser, para deliberadamente o abandonar enquanto dura o processo de seu desenvolvimento [...] é incompatível com o respeito devido ao valor absoluto da pessoa (CAHALI, 2012, p. 332).

Através das relações afetivas familiares que se desenvolvem indivíduos dotados de proteção, onde o princípio da dignidade da pessoa humana é valor primordial, superando interesses patrimoniais, institucionais, matrimoniais, ou qualquer outro que pudesse se sobrepor.

No entanto, a convivência não se resume a manter os filhos na companhia ou guarda dos pais, seja na constância da sociedade ou conjugal, ou após o fim do matrimônio. É obrigação dos pais estarem presentes no desenvolvimento e na formação dos filhos, pois a ausência desse comprometimento com relação aos descendentes pode provocar lesão aos direitos fundamentais do menor.

Muitas das vezes, em uma separação, devido a desentendimentos e mágoas, muitos genitores entram em uma disputa, na qual o maior atingido será o filho. Como bem escreve Rolf Madaleno (2017):

Não é nada incomum deparar com casais apartados, usando os filhos como moeda de troca, agindo na contramão de sua função parental e pouco se importando com os nefastos efeitos de suas ausências; suas omissões e propositadas inadimplências dos seus deveres. Terminam os filhos experimentando vivências de abandono, mutilações psíquicas e emocionais causadas pela rejeição de um dos pais, refletindo na auto-estima e o amor próprio do filho enjeitado pela incompreensão dos pais.

Antes da lei n. 11.698/2008, que instituiu e disciplinou a guarda compartilhada no Brasil, era aconselhável a aplicação da guarda compartilhada sempre que possível, mas esta só deveria ser aplicada se houvesse consenso entre os pais. Com a lei n. 12.058/2014, que alterou alguns artigos da referida lei, e estabeleceu o significado de guarda compartilhada, bem como sua aplicação, dispõe que mesmo que não haja o consenso, deve-se buscar a aplicação da guarda compartilhada, sempre objetivando o melhor interesse do menor.

O direito não pode impor a obrigação de afeto, mas a partir do momento em que essa criança se torna “vítima” da não observância de um dever imposto aos pais, o Estado-juiz deve intervir na proteção de seus direitos, em nome dos princípios da convivência familiar e da afetividade que regem as relações familiares.

A partir de uma análise interdisciplinar, trazendo construções psicanalíticas, conforme expõe Antonio Imbasciati (1998, p. 116), nos dois primeiros anos de vida que se encontram a origem de toda psicopatia humana – caráter, inteligência, atitudes, personalidade -, àquilo que nele se estruturou. Ademais, se constrói “outra ordem de acontecimentos psicológicos, denominados, afetivos” (IMBASCIATI, 1998, p. 122).

Imbasciati afirma que “o afeto, é um esquema funcional adquirido nas experiências precoces, ou então na vida psíquica primária: o fato de cada indivíduo ter a sua específica estrutura afetiva depõe para uma aquisição pessoal desta; e já que o afeto é comunicável a aquisição deve ser relacional” (1998, p. 129).

Partindo dessas premissas, concluímos que o afeto advém de relações interpessoais, logo, a paternidade/maternidade não se resume a assistência material. O afeto – conduta de cuidado e convivência – é alimento indispensável, e sua ausência não exclui a necessidade e obrigação de condutas paternas/maternas. Sendo uma conduta ativa, é dever imposto aos pais. Giselda Hironaka (2005, p. 4) chega a afirmar que:

A ausência injustificada do pai, como se observa, origina evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção – função psicopedagógica –

que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade. Além da inquestionável concretização do dano, também se configura, na conduta omissiva do pai, a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar.

A omissão dos pais quanto ao dever de educação deve ser entendido em seu sentido mais amplo. A fundamentação jurídica para tal dever reside na exigência de afeto, carinho, atenção e desvelo (HIRONAKA, 2006, p. 136). A assistência afetiva é, portanto, um dever jurídico, não uma mera faculdade para os pais.

É um direito dos filhos a convivência com os pais. O Poder Judiciário não obriga ninguém a receber o título de pai ou mãe; essa opção é feita por cada um, em sua individualidade, e uma vez feita essa opção, esta deve ser assumida de maneira responsável.

Utilizando também a contribuição de Honneth (2003), nos dá vista o fato de que o bebê humano desenvolve, já em seus primeiros dias de vida, uma disposição em estabelecer relações interpessoais que oferecerão a base para todas as demais ligações emotivas, ou seja, a relação, principalmente com os pais, é considerada um dos componentes do processo de amadurecimento da personalidade do ser humano (HONNETH, 2003, p. 162-163).

Convém destacar os problemas que a falta de afeto em seus primeiros anos de vida pode causar, como sintomas de borderline¹³ e de narcisismo¹⁴. Neste sentido, percebemos que a ligação afetiva é um “processo cujo êxito depende da preservação recíproca de uma tensão entre o autoabandono simbiótico e a

¹³ Síndrome de Borderline, ou Transtorno de Personalidade Limítrofe é uma expressão utilizada há mais de um século pelos pesquisadores do campo mental, que dela se valem para apontar uma modificação no limite entre neurose e a psicose ou, como diriam alguns, na linha de demarcação entre a razão e a loucura. A pessoa atingida por esta síndrome apresenta uma série de distúrbios psíquicos, principalmente na esfera afetiva, no domínio dos impulsos, nas interações com o outro, na sua auto-imagem. SANTANA, Ana Lúcia. **Síndrome de Boerderline**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/psicologia/sindrome-de-borderline/>>. Acesso em: 23 de maio de 2017.

¹⁴ O termo narcisismo provém da Mitologia Grega, que narra a história de Narciso, um jovem muito bonito que desprezou o amor da ninfa Eco e por isso foi condenado a apaixonar-se por sua própria imagem espelhada na água. Este amor impossível levou Narciso à morte, afogado em seu reflexo. O narcisismo, portanto, retrata a tendência do indivíduo de alimentar uma paixão por si mesmo. Segundo Freud, isso acontece com todos até um certo ponto, a partir do qual deixa de ser saudável e se torna doentio, conforme os parâmetros psicológicos e psiquiátricos. SANTANA, Ana Lúcia. **Narcisismo**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/psicologia/narcisismo/>>. Acesso em: 23 de maio de 2017.

autoafirmação individual”, ou seja, o afeto passa a ser entendido como um padrão de reconhecimento recíproco que demonstra a primeira etapa para Honneth (2003, p. 160), da luta por reconhecimento.

Assim como em qualquer outro meio, no seio familiar nem sempre se conquista ou se consegue fazer com que os cuidados decorrentes do poder familiar alcancem os pais de modo a suprir efetivamente as necessidades dos filhos, por isso mudanças que são inerentes à sociedade, também devem ser acompanhadas pelo direito.

Por ser a afetividade um princípio implícito, entendemos por não ser possível tutelá-lo especificamente, a não ser por meio do dever explícito de convivência, decorrente do exercício do poder familiar. Logo, considerando a afetividade decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, e o afeto enquanto constituidor do dever de convivência familiar, entendemos que a relação paterno-filial deve estar sempre em conjugação com a responsabilidade.

Há um projeto de lei do Senado, em tramitação, de n. 700/2007, proposto pelo senador Marcelo Crivella, que pretende modificar o ECA, a fim de que se possa caracterizar o abandono moral dos filhos como ilícito civil e penal. A Comissão de Direitos Humanos (CDH), no dia 9 de setembro de 2015, por meio do parecer do senador Paulo Paim, aprovou o projeto de lei, pretendendo a modificação do ECA.

O projeto foi enviado para a Câmara dos Deputados, e o texto define a assistência moral devida pelos pais aos filhos menores de 18 anos, além de estabelecer os deveres de sustento, guarda e de educação dos filhos menores, estabelece o apoio em suas escolhas e a presença física do genitor. Acrescenta que os §§ 2º e 3º, do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, passarão a ter a seguinte redação:

§ 2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.

§ 3º. Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência moral devida aos filhos menores de dezoito anos:

I – a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;

- II – a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;
- III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.

O descuido do pai ou da mãe em relação aos seus filhos menores também será incluído entre as hipóteses que permitirão a um juiz determinar, como medida cautelar, o afastamento do denunciado da moradia.

O texto estabelece que o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente passa a vigorar acrescido do artigo 232-A, que prevê pena de detenção de um a seis meses para “quem deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de 18 anos, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social”.

Essa modificação de destina também a atribuir aos pais os deveres de convivência e assistência material e moral. Por essa razão, a possibilidade de reparação pelo abandono afetivo vem expresso no parágrafo único do artigo 5º, nos seguintes termos:

Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral.

Já o crime de abandono afetivo será disciplinado pelo artigo 232-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 232-A. Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social. Pena – detenção, de um a seis meses.

Não sabemos se este projeto de lei será aprovado, para tanto, é interessante estar atento a essas inovações legislativas que estão sendo trazidas à tona, como fruto de uma realidade social latente. É necessário nos atermos às regras já existentes em nosso ordenamento jurídico capazes de coibir esta prática, o que passaremos a fazer na análise do próximo item.

3.1 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DANO MORAL

O convívio em sociedade pressupõe o dever geral de não lesar o outro; essa é uma regra elementar. Qualquer atuação do homem na esfera de sua liberdade, não permite que ele exceda seu limite causando dano a outrem. Logo, a responsabilidade está presente em todos os momentos da vida do homem.

De início, cabe apontar a clara diferença entre responsabilidade, obrigação e dever. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 14-15):

[...] responsabilidade é um dever jurídico sucessivo [...]. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda **obrigação** há um **dever jurídico originário**, enquanto que na **responsabilidade** há um **dever jurídico sucessivo**. (grifo nosso)

A partir dessa citação, podemos concluir que a responsabilidade surge, em regra, quando alguém se compromete a fazer algo, tomando para si uma obrigação, e acaba por violar este dever, gerando uma responsabilidade, e conseqüentemente, a obrigação de reparar. Julio Faro (2014, p. 545-546), identifica alguns pontos claros que diferem dever de obrigação:

(a) a diferença depende do uso dos termos, que podem assumir formas jurídicas ou morais; (b) **deveres se referem a situações jurídicas pessoais**, ao passo que as **obrigações dizem respeito a relações patrimoniais**, determinando o comportamento apenas dos contratantes e de seus herdeiros; (c) o termo dever não tem, em sua origem, significado moral, mas jurídico, estabelecendo uma relação pela qual alguém detém algo de outrem, quer dizer, um *debitum*, diferenciando-se do significado moral, que advém do latim *officia*, que se refere àquilo que as pessoas devem fazer, ou como devem se comportar, distinguindo-se, também, de obrigação, derivado do latim *obligatio*, que tem significado jurídico apenas; (d) **deveres são apenas morais**, enquanto as **obrigações podem ser jurídicas ou morais**; (e) os deveres assumem sentido amplo, circunscrevendo deveres em sentido estrito, que levam em consideração interesses gerais e objetivos, e as obrigações, que dizem respeito a interesses individuais e subjetivos, sendo possível existir deveres para cujo cumprimento se estabeleça obrigações. [...] há deveres jurídicos e deveres morais, e há obrigações jurídicas e obrigações morais. A diferença é como essas obrigações e esses deveres são determinados: ou por normas jurídicas, ou por normas morais. (grifo nosso)

Como responsabilidade é um dever jurídico sucessivo não prestado, entendemos que o não cumprimento do dever de convivência gera responsabilidade. Existem normas de conduta com e sem sanção, e essa dualidade permite distinguir deveres jurídicos e obrigações jurídicas. Como bem aduz Faro (2014, p. 548-549):

Embora a prescrição de sanção não seja elemento essencial da norma jurídica, pode-se afirmar o seguinte: em geral, as normas imperativas contam com a previsão de uma sanção para o descumprimento da conduta por elas prescrita, enquanto as normas permissivas e as potestativas não contam com esse tipo de previsão, salvo quando esbarram em alguma limitação, que é estabelecida por uma norma imperativa.

Disso resulta que, as normas imperativas, se descumpridas, resultam na aplicação de uma sanção; de outro lado, as normas permissivas/potestativas, se descumpridas, resultam em um ônus para o sujeito. Por essa razão que uma relação jurídica baseada em obrigação pode ser diferente das relações jurídicas baseadas em dever. Julio Faro (2014, p. 549) conclui que:

O critério de distinção é este: **quando ao dever jurídico se contrapuser um direito subjetivo, a relação jurídica será obrigacional**, já que o descumprimento do dever resultará na violação do direito (subjetivo), cuja proteção poderá ser objeto de uma pretensão e poderá ensejar na aplicação de sanção. De outro modo, quando não há essa contraposição, mas, sim, a existência de um poder (potestade) ou de uma faculdade (permissão), o indivíduo tem dever apenas em relação a si próprio, pois no caso de não exercê-lo, abre mão de um possível direito (subjetivo) que teria, não violando direito algum, apenas suportando um ônus que ele próprio escolheu; esse fato não gera, então, uma pretensão. (grifo nosso)

Quando tratamos de abandono afetivo, tratamos de obrigações jurídicas que se relacionam com normas imperativas, que determinam que o indivíduo se conduza de acordo com o ordenamento jurídico, suportando uma sanção se esta não for cumprida. Ou seja, o dever de convivência, como abordado no presente estudo, deve ser lido como dever fundamental em sentido amplo, advertindo-se que esse dever de convivência é uma obrigação, tendo em vista ser um dever jurídico que se contrapõe a um direito subjetivo do menor, e por isso podemos falar em responsabilidade.

Fala-se, pois, na existência de dois tipos de responsabilidade: civil e penal. Caso o ilícito seja praticado por alguém, quer seja na esfera cível ou quer seja na esfera penal, o causador do dano encontra-se na obrigação de reparar àquele que foi

lesionado. Porém, a reparação do dano a ser feito pelo sujeito que lesionou é feita de maneira diferente entre as esferas.

Para aprofundarmos essa questão, delimitaremos nosso estudo ao instituto da responsabilidade civil. Nesse passo, na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização ou de uma compensação. Já na responsabilidade penal, deve o agente sofrer a aplicação de uma cominação legal, que pode ser privativa de liberdade, restritiva de direito, ou mesmo pecuniária (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 48).

O Código Civil estabelece que, aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (artigo 927), ou seja, a violação de qualquer dever jurídico configura ato ilícito, que acarreta um novo dever: o de indenizar. Além do mais, dispõe que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (artigo 186).

A reparação está assentada sobre o primado de que o agente causador do dano tem a obrigação de repará-lo, voltando ao *status quo ante*. As obrigações derivadas dos atos ilícitos surgem em virtude de ações ou omissões praticadas de maneira culposa ou dolosa por um agente que causa dano a outrem, resultando no dever de indenizar o prejuízo causado.

O fato gerador da responsabilidade civil é o ato ilícito, que pressupõe a noção de culpa, intencional ou não, mas contrário ao Direito (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 20). Em seu aspecto objetivo, corresponde à conduta humana contrária à norma jurídica; já em seu aspecto subjetivo, requer um juízo de valor sobre o comportamento do agente, qualificando-o como culposos em sentido lato. No entanto, ainda que não exista uma vontade livre e consciente, a conduta pode ser considerada ilícita por ser contrária à norma jurídica.

Ato ilícito é aquele praticado com infração a um dever e do qual resulta dano para outrem (RODRIGUES, 2003, p. 308), ou seja, um comportamento voluntário que infringe um dever jurídico e que não cria direitos para o agente, mas deveres, em função da correlata obrigatoriedade da reparação, que se impõe àquele que, transgredindo a norma, causa dano a outrem (PEREIRA, 2005, p. 37).

Tomando como base os estudos do professor Sergio Cavaliere Filho (2014), para a configuração do ato ilícito, urge a presença de três elementos, quais sejam: a conduta humana, o nexo de causalidade e o dano. O primeiro elemento diz respeito a uma vontade manifestada em uma ação ou omissão culpável, que pode acabar por gerar um dano. Já o segundo elemento consiste no nexo causal entre o comportamento do agente e o dano, cabendo aos lesados prová-lo (exceto na responsabilidade civil objetiva). Por último, tem-se o dano, elemento fundamental para que seja possível o reparo, figurado pela culpa (em sentido amplo).

Independente se a conduta foi intencional ou não, ocorrida de maneira omissiva ou comissiva, por descuido ou negligência, a iliceidade está no agir contrário a um dever jurídico preexistente. Comete-o comissivamente quando sua ação é contrária à lei, e pratica-o por omissão quando se abstém de praticar determinado ato, sendo inerte, transgredindo a lei.

Ocorre que nem todo ato ilícito gera responsabilidade civil, ou seja, a responsabilidade civil não surge somente através do ato ilícito, é possível seu surgimento mesmo em decorrência de condutas lícitas, na hipótese, por exemplo, de responsabilidade objetiva, nas quais não se discute a licitude da conduta (FARIAS, 2016, p. 165).

O mero descumprimento do dever jurídico de convivência é passível de responsabilização civil.¹⁵ O que enseja toda e qualquer reparação civil é o dano e, especialmente, o nexo de causalidade que se configura com a omissão no dever de convivência que é decorrência do exercício do poder familiar.

¹⁵ Recurso Especial nº 1.159.242-SP.

A suspensão ou perda do poder familiar não afasta, de forma alguma, as indenizações decorrentes do dano moral e, inclusive, a responsabilidade criminal. Bem observou a Ministra Nancy Andriahi, que:

[...] a perda do pátrio poder¹⁶ não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malculdado recebido pelos filhos (Recurso Especial nº 1.159.242-SP).

Como toda manifestação da atividade que provoca prejuízo a outro acarreta responsabilidade, o Código Civil possibilitou a tutela jurisdicional não só reparatoria como também a tutela preventiva. Não é necessário que o ilícito ocorra para recorrer ao Poder Judiciário, é permitido ao juiz adotar quaisquer providências que achar necessária à obtenção do resultado prático equivalente para eliminar o ilícito ocorrido, é a chamada tutela específica (artigo 536, parágrafo 1º, CPC).

A palavra “dano” deriva etimologicamente de *demere*, que significa diminuir, logo, é consequência da diminuição ou perda de bens, sejam eles patrimoniais (materiais) ou extrapatrimoniais (morais). Já a palavra “moral”, significa em uma definição ampla “conjunto das regras de condutas admitidas em um determinado espaço e tempo históricos, por determinados agrupamentos humanos” (FABRIZ, 2012, p. 42).

O dano é entendido como lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não – causado por ação ou omissão de sujeito infrator (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 82), e se divide em duas espécies: danos patrimoniais e extrapatrimoniais (mais conhecidos como danos morais). Os danos extrapatrimoniais, interessante ao nosso estudo, possui muitos conceitos que devem ser mencionados.

Segundo Cahali (1998, p. 20) são a privação ou diminuição de bens cujo valor é precípuo na vida do homem, as lesões sofridas pela pessoa natural em seu conjunto de atributos não suscetível de valor econômico. Já nas palavras de Silva (1983, p. 1) danos morais são:

¹⁶ Esclarecemos que a expressão “pátrio poder” foi substituída pelo Código Civil de 2002 para “poder familiar”.

[...] lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. Jamais afetam o patrimônio material [...]. E para que facilmente os reconheçamos, basta que se atente, não para o bem sobre que incidiram, mas, sobretudo, para a natureza do prejuízo final. Seu elemento característico é a dor, tomado o termo em seu sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, quanto os morais propriamente ditos. Danos morais, pois, seriam, exemplificada-mente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal.

A dor não é componente primordial do dano extrapatrimonial, mas, conforme explica Severo (1996, p. 36), quando este se fizer presente, o modo de aferição dos danos morais deve ser estabelecido pelo critério objetivo do homem médio; assim, nas situações em que qualquer pessoa sofreria consideravelmente, há uma presunção relativa de que houve aí um dano extrapatrimonial.

Sabendo que seria impossível enumerar todas as conjecturas passíveis de causar tal dano, Cahali (1998, p. 20-21) lista de forma exemplificativa algumas situações que podem ser enquadradas como precursoras de danos morais:

[...] Na dor, na angústia, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.

Como vimos, o dano é elemento necessário à configuração da responsabilidade civil e muito se relaciona com a lesão aos direitos da personalidade. A teoria brasileira sempre revelou grandes preocupações com o dano moral a partir de sua reparação, de tal modo que o Supremo Tribunal Federal por anos manteve o entendimento do não cabimento de reparação nos casos de danos extrapatrimoniais.

Os ministros avaliavam ser impossível medir a extensão do dano moral devido a não incidência de danos materiais. Esse entendimento encontrava seu fundamento na ideia de que a reparação de danos só era admissível mediante a possibilidade de restituir ao lesado a situação em que ele se encontrava antes da ocorrência da lesão.

No entanto, não há como escapar da indenização, pois a reparação é regra geral para o dano moral, “por ser algo subjetivo, íntimo, pessoal, interior, a indenização em pecúnia é a única via possível, no contexto de uma sociedade capitalista, de se minorar o *pretium doloris*” (FABRIZ, 2012, p. 135). Logo, cumpre ressaltar que a Constituição Federal de 1988 encerrou o debate sobre esse tema, uma vez que o artigo 5º, incisos V e X, fez menção a essas garantias. Assim, houve a pacificação desse assunto na ordem jurídica, tornando-se possível a indenização por danos morais.

Com isso, o Código Civil de 2002, acompanhando a inovação, estipulou que o dano moral é ato ilícito (artigo 186) e, que é devida sua reparação (artigo 927), dando a devida importância ao instituto dos danos morais. Porém, para respondermos a pergunta problema objeto dessa pesquisa, teremos que estudar como se dá a aplicabilidade deste instituto no direito de família, o que passo a fazer.

O direito de família pode ser considerado o mais humano dos direitos, exatamente porque lida com as mais íntimas relações humanas. No entanto, muito pouco se tem tratado de correlacionar o direito de família com os direitos humanos. Sérgio de Barros (2017), com exímia propriedade afirma que os direitos humanos são poderes-deveres de todos para com cada um e de cada um para com todos, visando realizar a essência humana em todas as existências humanas, concretizar o ser humano em todos os indivíduos humanos, segundo os padrões de dignidade do momento histórico.

Como muitos desses poderes-deveres se exercem no seio familiar, a família é o lar dos direitos humanos. Por essa razão o direito fundamental à família e os seus direitos operacionais devem ser garantidos, a fim de que o direito de família seja não só o mais humano dos direitos, como também o mais humano dos direitos humanos (BARROS, 2017).

É necessário ser estudado a aplicabilidade do dano moral no direito de família, tendo em vista que existem muitas divergências quanto a este tema, e em contrapartida, um parente nuclear que provoca danos a outro membro familiar, no exercício de

funções típicas - que só podem ser praticadas pelos mesmos -, deve responder por seus atos.

A responsabilidade civil no Direito de Família tem como objetivo principal imputar a obrigação indenizatória ao membro que, por uma conduta culposa (em sentido lato), provoca danos a um parente nuclear quando do exercício das relações típicas familiares (PARODI, 2007, p. 27). As posições são conflitantes nessa ceara do direito, há aqueles que não admitem que as relações familiares ensejem em responsabilidade civil, outros aceitam com ressalvas, e há ainda aqueles que aceitam totalmente a aplicação.

Os defensores da primeira corrente que não aceitam a aplicabilidade da responsabilidade civil no direito de família, tomam como base a falta de previsão legal para tal imputação. Além do mais, afirmam que a violação de deveres conjugais gera sanções específicas a esse ramo do direito (VIANA, 2008, p. 462-463).

Ademais, afirma que a especialidade desse ramo do direito impediria a aplicação da regra geral de responsabilização, sendo improdutiva e acabaria por contribuir para novos conflitos familiares, na medida em que existem penalidades exclusivas à seara familiarista, a responsabilização civil poderia ser considerada bis in idem (LAGE, 2008, p. 491).

A posição intermediária aceita a aplicabilidade da responsabilidade civil de maneira comedida, levando em consideração que o Direito de Família lida com a proteção da família, da intimidade de seus membros, e, portanto, somente será cabível quando demonstrada a gravidade da ofensa, o dano injusto, visando à conservação desses valores (VIANA, 2008, p. 463), ou seja, a responsabilidade civil deve ser aplicada apenas quando a lesão à personalidade não puder ser reparada de outra forma.

Já os adeptos à corrente que aceita a aplicabilidade do instituto nas relações familiares, baseiam-se nos argumentos de que os membros da entidade familiar não ocupam posição privilegiada frente aos demais ofensores, e o foco do direito

moderno é a proteção da pessoa humana, sendo que a falta de previsão genérica do instituto em Direito de Família não impede sua aplicação (VIANA, 2008, p. 463).

Para estes, a possibilidade de caracterização de um ato ilícito em uma relação familiar é certa e incontroversa, por isso não se pode negar que as regras da responsabilidade civil invadem todos os domínios da ciência jurídica (FARIAS, 2016, p. 134). A ofensa à dignidade da pessoa humana não se dá em virtude da função que o indivíduo ocupa na família, não se tratando de situação existencial, mas está ligada diretamente a tutela dos direitos da personalidade.

O receio pela aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares se dá em virtude do aumento que pode ter de ações que pretendam grandes indenizações decorrentes de dano moral. Cabe, portanto, ponderação por parte do magistrado para não reforçar o desvirtuamento do instituto da responsabilidade.

Pode-se alegar que, por serem as relações familiares regidas por afeto, mais graves seriam as ofensas à dignidade dos envolvidos, pois tais ilícitos, quando verificados no seio do lar, têm reflexos sobremodo danosos para o lesado, decorrente da tendência maior à perpetuidade da violação havida (BOMFIM, 2009, p. 418). Na família que deveriam preponderar ainda mais os sentimentos positivos e a defesa da dignidade do outro, mais reprovável seria a conduta do ofensor.

A lógica da responsabilidade civil vem migrando da ênfase na culpa do agente causador para a facilitação da indenização da vítima, reparação do dano e prevenção dos atos ilícitos ou danosos. Nesse contexto, se insere a responsabilização por danos morais decorrentes das relações familiares, que apesar de possuir peculiaridades próprias (sentimentos, afeto, entre outros), não se excepcionam à sistemática geral da responsabilização civil (MENDES 2016, p. 151).

Contudo, as peculiaridades devem ser respeitadas, considerando o caráter excepcional dessa possibilidade de responsabilização, pois são exatamente estas, que fazem com que a noção clássica de culpa seja insuficiente para o deslinde do caso e para a pacificação social a ser obtido no seio do ambiente familiar; devendo

ser este, o objetivo último que o magistrado e dos advogados que fazem parte da solução da lide.

Em última instância, em se tratando de relações de família, são todos culpados e ninguém tem culpa, devendo ser aferido, no caso concreto, com muita ponderação e razoabilidade, se realmente há a existência de um dano e se esse dano pode e deve ser reparado mediante compensação pecuniária (MENDES, 2016, p. 152).

A efetividade do princípio da dignidade humana é de suma importância, pois a família contemporânea é construída e valorizada pelo respeito à plena liberdade, igualdade e felicidade de seus membros. Sendo assim, a Constituição Federal assegura a eficácia deste princípio nas relações familiares, ao dispor no artigo 226, § 7º, que o planejamento familiar encontra-se fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade/maternidade responsável.

Ainda assim, prevê sua aplicação, no artigo 227 da CF/88 ao proteger os direitos do menor, através de garantias e fundamentos mínimos de uma vida tutelada sob o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que este exige maior atenção e proteção, pois encontra-se em fase de formação da sua personalidade, crescimento e desenvolvimento físico e mental.

Ao ser reconhecido como princípio orientador do sistema jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana, base nas relações familiares, passou a se preocupar com a valorização do indivíduo como ser individual dentro da família, como vimos no primeiro capítulo, buscando o pleno desenvolvimento da sua personalidade.

Este aperfeiçoamento, muito depende da manutenção de um intenso e saudável convívio familiar. Neste propósito, os deveres dos pais devem sofrer limitações, sob pena de se configurar o abuso de direito. Essas limitações nada mais são do que os interesses dos filhos, sob a ótica dos princípios do melhor interesse do menor e da proteção integral da criança, ou seja, proposições jurídicas interpretativas, segundo Dworkin.

O instituto jurídico deve ser visto numa concepção de integridade. E é com base nesta perspectiva, que se torna grande a tendência em ampliar a utilização do instituto da responsabilidade civil no direito de família. Entretanto, cabe-nos indagar a respeito da possibilidade de indenização dos pais pelo abandono afetivo, por essa razão, passamos ao estudo do próximo capítulo.

4 INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO NA PERSPECTIVA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

Primeiramente, deve-se esclarecer que aqui não estamos tratando de valoração do sentimento de amor. É certo que ninguém é obrigado a amar outro, porém, não pode ocorrer uma violação do dever de convivência dos pais em relação aos seus filhos e nada fazer.

Como bem salienta Maria Berenice Dias (2012), “filhos que os pais não querem ou não podem cuidar sempre existem”, legiões de crianças sempre foram abandonadas, jogadas no lixo, maltratadas, violadas e violentadas, enquanto milhões estão nas filas da adoção esperando ter um filho.

Denota-se o viés naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de buscar uma indenização compensatória em face de danos que os pais possam causar a seus filhos, especialmente quando a eles são negados a convivência e o amparo afetivo, o que acarretaria a violação de direitos próprios da personalidade.

Embora não há positivado este direito à felicidade, não há qualquer justificativa para se negar a crianças e adolescentes a possibilidade de serem felizes. Ainda que não seja objeto de estudo da presente dissertação discorrer sobre um possível direito à felicidade, não se pode olvidar que o reconhecimento do afeto nas relações, é a melhor definição de família.

Como já mencionado nas primeiras linhas da presente dissertação, os seres vivos se unem e criam vínculos uns com os outros desde sua origem, a ponto de se ter

por natural que a felicidade só pode ser encontrada a dois, e apesar de o direito à felicidade ser um direito individual, sempre esteve muito ligado à indispensabilidade de se ter um par, ao passo em que parece que a plenitude de alguém está condicionada ao encontro do outro, ou seja, uma pessoa é apenas uma meia pessoa, a complementariedade do “eu”, depende do “nós” (DIAS, 2012).

Como bem observamos no capítulo anterior, existem inúmeras críticas doutrinárias e diversos precedentes jurisprudenciais no que diz respeito à aplicação da reparação por danos morais nos casos de abandono afetivo, trazendo à tona a problemática da aplicabilidade ou não da indenização cível no âmbito de família. No entanto, observamos de modo claro que, uma vez praticados os atos ilícitos, os danos gerados são inúmeros, e na esfera familiar os prejuízos são ainda maiores, afetando diretamente no direito da personalidade do menor.

No caso dos direitos da personalidade, a equivalência entre o direito à indenização pelo dano e o direito lesado da personalidade não corresponde exatamente ao valor do bem lesado, pois tais, não tem preço. Em contrapartida, possibilita ao lesado obter outros bens que o direito da personalidade ferido estaria em condições de lhe obter se não houvesse lesão (MENDES, 2016, p. 135).

Existem muitas objeções no que diz respeito à reparação do dano exclusivamente moral. O principal argumento é de que seria imoral reparação pecuniária à dor, e que não seria possível precisar a quantidade de pessoas atingidas (pais, irmãos, noivas, etc.), assim como medir a dor. Ocorre que,

A carência afetiva, tão essencial na formação do caráter e do espírito do infante, justifica a reparação pelo irrecuperável agravo moral que a falta consciente desse suporte psicológico causa ao rebento, sendo muito comum escutar o argumento de não ser possível forçar a convivência e o desenvolvimento do amor, que deve ser espontâneo e nunca compulsório como justificativa para a negativa da reparação civil pelo abandono afetivo. [...] Diferentemente a compreensão dos adultos, os filhos são incapazes de entenderem a imotivada ausência física do pai e cuja falta muito mais se acentua em datas singulares, como o aniversário do menor, o Dia dos Pais, os festejos de Natal e de Ano Novo, ou o simples gozo de um período de férias na companhia do genitor. [...] E, embora possa ser até dito que não há como o Judiciário obrigar a amar, também deve ser considerado que o Judiciário não pode se omitir de tentar, buscando de uma vez por todas acabar com essa cultura da impunidade que grassa no sistema jurídico brasileiro desde os tempos em que as visitas configuravam um direito do adulto e não como um evidente e incontestável dever que tem os pais de

assegurar aos filhos a convivência familiar [...] (MADALENO, 2013, p. 383-385).

Além do mais, a paternidade-maternidade é uma escolha livre e deve ser feita de modo responsável, pois ninguém é obrigado a amar o outro, porém, devem ser responsáveis, agindo corretamente no desempenho de suas funções:

O ordenamento jurídico não pode exigir de ninguém demonstrações de amor e carinho, porquanto não seja disto que se trate, mas sim, de uma situação em que o que se cobra dos pais é o correto desempenho de suas funções para o pleno desenvolvimento da pessoa humana. 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 (HIRONAKA, 2006, p. 141).

Deve salientar que o dever de reparação não advém da falta ou inexistência de manifestação de amor dos pais para com seus filhos, e sim pela violação ao dever de convivência familiar, que corresponde à paternidade-maternidade responsável, por isso a perda do poder familiar não interfere em outras possibilidades de indenização ou compensação (Recurso Especial nº 1.159.242-SP).

Contudo, hodiernamente, esse entendimento vem sendo superado, passando a ser compreendido que a indenização por dano moral é a uma pequena compensação pelo sofrimento de forma injusta, sofrido por alguém. Nesses casos de abandono afetivo não se fala em restituição do *statu quo ante*, o que ocorre é apenas uma compensação monetária pelo grande sofrimento vivido, tendo em vista haver outros prejuízos (como vexames, perda de prestígio e reputação, estéticos, dentre outros insuscetíveis de avaliação pecuniária).

Sempre que ocorrer ofensa injusta à dignidade da pessoa humana restará configurado o dano moral, não sendo necessária a comprovação de dor e sofrimento. Trata-se de dano moral *in re ipsa* - dano moral presumido (STJ. 3ª Turma. REsp 1.292.141-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012).

Cumprido ressaltar que o dano moral, exceto em casos especiais em que é necessário provar a perturbação da esfera anímica da vítima, há a dispensa da

prova no caso concreto, visto que essa perturbação ocorre no íntimo da personalidade.

No caso do abandono afetivo, o lesado não tem o dever de provar que sofreu danos decorrentes do desamparo emocional. Basta restar comprovado que o abandono afetivo realmente ocorreu por parte do demandado e que isso causou grande dor no demandante. Sendo assim, percebe-se que ao requerer indenização por danos morais referentes ao abandono afetivo, o autor deverá provar apenas o grande sofrimento que experimentou.

Além da ausência de afeto, é necessária a avaliação do grau de culpabilidade pela omissão de afeto (COSTA, 2005, p. 35), e ponderar que a culpa, no exercício do poder familiar, pode ocorrer em qualquer das modalidades, seja ela *in vigilando* (dever de vigiar) ou *in elegendo* (dever de escolher), pois a visita e a convivência harmônica e afetiva são direitos-deveres dos pais (COSTA, 2005, p. 36).

Como a estrutura afetiva é uma memória, não é possível reconstruir a estrutura afetiva a partir de eventos externos do seu passado remoto, e sim reconstruir o sentido da história interior do ser em função das progressivas vivências do seu desenvolvimento (IMBASCIATI, 1998, p. 187).

Sabemos que a formação da personalidade e efetivação da dignidade humana passa pela relação afetiva dos pais para com os filhos, e a falta dessa relação causa prejuízo sem possibilidade de reconfiguração. Portanto, entendemos ser possível a condenação dos pais ao pagamento de indenização por danos morais ao filho que foi vítima de abandono afetivo, pois a punição do autor não se dá em virtude de valoração do afeto, e sim, visando que essas práticas cessem. Rolf Madaleno (2006, p. 165) escreve:

Não se trata de “dar preço ao amor” – como defendem os que resistem ao tema em foco, tampouco de “compensar a dor” propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e para outros, que esta conduta deve ser cessada e evitada, por ser reprovável e grave. [...] a punição pecuniária pelo dano imaterial tem um caráter nitidamente propedêutico e, portanto, não objetiva propriamente satisfazer a vítima da ofensa, mas, sim, castigar o culpado

pelo agravo moral e, inclusive, estimular os demais integrantes da comunidade a cumprirem os deveres éticos impostos pelas relações familiares.

Além do mais, como bem assevera Duque e Pedra (2013, p. 153):

O direito não tem o condão de impor condutas ao psiquismo humano e não pode obrigar o indivíduo a pensar, agir ou nutrir sentimentos dessa ou daquela maneira; mas pode corrigir distorções nas relações jurídicas e vincular os atores sociais ao respeito à norma jurídica.

A reparação do dano moral, como já observado no capítulo anterior, engloba aspecto duplo, qual seja: um caráter compensatório que conforta a vítima, ajudando-a diminuir as aflições e sofrimentos advindos do dano injusto, e há também um caráter punitivo, que imputa uma pena exemplar ao ofensor, ocasionando a diminuição de seu patrimônio material e a conseqüente transferência deste para o patrimônio da vítima (MORAES, 2003, p. 219).

A punição monetária pelo dano moral não tem como finalidade satisfazer a vítima da ofensa, e sim punir o culpado pelo sofrido moralmente. Com isso, por meio do dano moral imposto ao causador do dano, almeja-se coibir que as práticas do descumprimento das obrigações filiais ocorram e continuem causando prejuízo aos filhos.

Desse modo, não prospera os argumentos levantados contra a responsabilização por danos morais no âmbito familiar. Não admitir a aplicação da reparação seja ela da ordem que for, é dizer sim à violação de um direito lesado, dando continuidade, permitindo que outros atos também sejam praticados.

No entanto, cumpre ressaltar que, a reparação não serve para desestruturação da família, afastando ainda mais os pais dos filhos, e muito menos para obtenção de vantagem econômica; ao contrário, este é um elemento educativo e preventivo, capaz de compensar a ausência dos pais na vida dos filhos, porém, jamais suprir. Vejamos:

Havendo violação dos direitos da personalidade, mesmo no âmbito da família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação por dano moral, não atuando esta como fator desagregador daquela instituição,

mas de proteção da dignidade dos seus membros. A reparação, embora expressa em pecúnia, não busca, nesse caso, qualquer vantagem patrimonial em benefício da vítima, revelando-se na verdade como forma de compensação diante da ofensa recebida, que em sua essência é de fato irreparável, atuando ao mesmo tempo em seu sentido educativo, na medida em que representa uma sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí seu efeito preventivo (BRANCO, 2006, p. 116).

Com a notável revolução que a Constituição Federal de 1988 fez - onde diferentemente do antigo modelo patriarcal as famílias hoje se unem por laços de afeto -, é pela amplitude do princípio da afetividade que deve ser admitido a reparação por danos morais, pois é inadmissível que os pais deixem de observar o dever jurídico explícito pela Constituição que é o dever de convivência, além dos princípios já estudados, que são norteadores das relações familiares, a fim de que exerçam a paternidade-maternidade responsável, que é além de oferecer sustento material, oferecer sustento emocional à formação e desenvolvimento do filho:

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 (HIRONAKA, 2006, p. 141).

É a família que garante o desenvolvimento completo do filho, portanto, a falta ou até mesmo a deficiência dessa relação, resultante de uma negligência por parte dos pais em relação aos seus filhos constitui ilícito civil, recaindo, pois, em responsabilidade civil, passível, portanto, de reparação moral, além da perda do poder familiar (artigo 1.638 do Código Civil).

O que se pleiteia não é o amor dos pais pelos filhos, mas o exercício de uma responsável autoridade paterno-materna, que caso não seja exercida, pode constituir-se em abandono afetivo.

A ação ou omissão se faz presente no comportamento adotado pelos pais que, voluntariamente abandonam seus filhos, seja por descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, seja pela negligência ao não observar o dever de convivência. O nexo de causalidade pode ser observado por haver entre pais e filhos

(partes), relação de parentesco. O dano, por sua vez, é aferido por laudos psicológicos e psiquiátricos, que determina o comprometimento psicofísico do filho causado pelo abandono afetivo.

Sendo assim, não estando a ação ou comportamento dos pais respaldado pelas exceções previstas no artigo 188 do Código Civil, resta claro que o ato de abandonar o filho, configura um ilícito civil, passível de reparação. Por isso, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado o entendimento de que é cabível na falta de convivência afetiva dos pais para com o filho ensejando em abandono afetivo, pleitear indenização, não como forma de “dar preço ao amor”¹⁷ e minimizar o trauma sofrido pelo filho, mas sim como forma de se punir os genitores pela falta de consciência de um dever maculado.

É neste sentido que vem ganhando repercussão os casos de abandono afetivo no Poder Judiciário brasileiro. Inicialmente, os Tribunais consideraram inexistente o dano moral por abandono afetivo.¹⁸ Porém, mais recentemente, o abandono afetivo decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole passou a ser considerado elemento suficiente para caracterizar o dano moral indenizável.¹⁹ Ou seja, passou a ser reconhecido que a ausência de afeto gera dano, que cabe indenização. Não se tratando apenas de um dano moral, mas um dano afetivo que pode ser mensurado economicamente.

No mês de junho de 2017, a 4ª turma do STJ, manifestamente no julgamento do REsp 1.087.561-RS, o Min. Raul Araújo, assim como a Min. Maria Isabel Gallotti, deixaram claro que são contrários à tese da responsabilidade civil por abandono afetivo, afirmando que a “omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material do filho gera danos morais, passíveis de compensação pecuniária”, ou seja, afirmou-se que a falta de afeto, por si só, não constitui ato ilícito, *in verbis*:

A convivência e o afeto devem corresponder a sentimentos naturais, espontâneos, genuínos, com todas as características positivas e negativas de cada indivíduo e de cada família. Não é - nem deve ser - o cumprimento

¹⁷ Termo utilizado no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242 – SP pela Ministra Relatora Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁸ STJ, REsp 514.350/SP; REsp 1.159.242/SP; STF, RE 567.164/MG.

¹⁹ STJ, REsp 1.159.242/SP.

de dever jurídico, imposto pelo Estado, sob pena de punição (ou indenização punitiva). (STJ. REsp 1.087.561-RS).

O STJ concedeu a indenização por danos morais em razão do pai não ter dado amparo material ao filho, afirmando que o dever de convivência familiar, compreendendo a obrigação dos pais de prestar auxílio afetivo, moral e psíquico aos filhos, além de assistência material, é direito fundamental da criança e do adolescente, e o descumprimento voluntário do dever de prestar assistência material, afeta a integridade física, moral, intelectual e psicológica do filho e atenta contra a sua dignidade, configurando ilícito civil e, portanto, os danos morais e materiais causados são passíveis de compensação pecuniária (REsp 1.087.561-RS).

No entanto, existem alguns julgados, inclusive do STJ, reconhecendo a responsabilidade civil por abandono afetivo e não apenas abandono material. O primeiro julgado, que confirma os argumentos levantados no presente estudo, vem da Comarca de Capão da Canoa no Rio Grande do Sul, proferido pelo juiz Mário Romano Maggioni do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) nos autos da ação indenizatória n. 141/1030012032-0, em 15 de setembro de 2003.

Os fundamentos dados pelo Juiz ao proferir a sentença que condenou o pai a indenizar a filha por abandono afetivo no valor de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais), foram baseadas na norma inserida na Constituição Federal do Brasil, artigo 5º, inciso X, e no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O magistrado considerou que a ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho viola sua honra. Asseverou ainda que o Poder Judiciário não incumbe coagir ninguém a ser pai, mas aquele que optou por sê-lo tem o dever de desempenhar bem a sua função, não bastando ser pai e prestar alimentos, mas incumbindo-lhes amar os filhos. O trecho da sentença versa o seguinte:

De se salientar que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22 da Lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, o carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança. Concluindo que a ausência, o descaso e a

rejeição do pai em relação ao filho recém nascido, ou no desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos (GROENINGA, 2005, p. 427).

Também foi proferida decisão proveniente do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais (TAMG), através do voto proferido pelo relator Unias Silva, nos autos da apelação cível de nº 408.550-5, de 01 de abril de 2004, condenando o pai ao pagamento de uma indenização correspondente ao valor de 200 salários mínimos.

O magistrado afirmou que quando é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico dos pais em relação aos filhos, há violação de direitos da personalidade humana, magoando os mais sublimes valores e garantias.

Desse julgamento, sobreveio o recurso especial impetrado pelo pai do menor para o Superior Tribunal de Justiça, de número 757.411/MG, o qual foi conhecido e provido pelo ministro relator Fernando Gonçalves e acompanhado pelos ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e César Asfor Rocha, julgando improcedente a ação, reformando a sentença. Entretanto, houve o voto dissidente do ministro Barros Monteiro do Superior Tribunal de Justiça em 2005, que não conheceu do recurso, por entender cabível a reparação por danos morais decorrente do abandono afetivo.

Da decisão do recurso especial provido pelo Superior Tribunal de Justiça, foi interposto recurso extraordinário em 15 de outubro de 2007, sob o número 567.114. Todavia, o mérito sequer foi analisado, tendo sido determinado seu arquivamento pela Ministra Ellen Grace, que alegou inexistência de ofensa direta à Constituição Federal, ficando mantida a decisão denegatória do Superior Tribunal de Justiça.

O julgado emblemático foi o Recurso Especial nº 1.159.242 – SP, em que a Turma condenou o pai ao pagamento de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para a filha, cuja relatora foi a Ministra Relatora Nancy Andrichi, do Superior Tribunal de Justiça.

Neste caso, a autora entrou com ação contra o pai, por ter sofrido abandono material e afetivo durante a infância e adolescência após ter sido reconhecida a paternidade do mesmo. Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente, porém o

Tribunal de Justiça do estado de São Paulo reformou a sentença em apelação, reconhecendo o abandono afetivo, afirmando que o pai era abastado e próspero.

Em sua análise, a ministra Nanci Andrichi, afirmou que o vínculo não apenas afetivo, mas legal que une pais e filhos, importa em deveres inerentes ao poder familiar, dentre eles, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, entre outros, e não pode o julgador olvidar que deve existir um mínimo de cuidado parental que garanta a formação e desenvolvimento do filho, não se discutindo o amor, e sim, a “imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”.

Recentemente, o juiz substituto da 1ª Vara Cível de Ceilândia/DF, julgou improcedente ação de indenização por danos morais, ajuizada por um homem contra seu pai, sob a alegação de abandono afetivo. O Magistrado assim afirmou: “em casos de abandono afetivo, se o sujeito que se sente abandonado busca [...] a demonstração do afeto [...], dificilmente, esta aproximação ocorrerá no decurso de um processo judicial”. Acrescentou ainda dizendo: “o pai não pode ser obrigado a amar e demonstrar afeto ao filho”.²⁰

Ora, entendemos que a reparação por danos morais advindos de ações cujo objeto é o abandono afetivo, fundamenta-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, direito a convivência familiar do filho e dever de convivência dos pais em relação aos filhos, além do dever de cuidado, de criação, de educação, dentre outros.

Houve uma significativa mudança quando foi inserido o afeto como traço identificador dos vínculos familiares. A finalidade da lei não é imobilizar a vida, mas segui-la em sua evolução. Em uma sociedade plural como a nossa, não há como criar regras que abarquem todas as situações. Dworkin afirma de modo claro que, o direito enquanto princípio, somente se realizará de forma efetiva a partir do momento

²⁰ Decisão referente ao Processo n. 0005966-41.2015.8.07.0003 da 1ª Vara Cível de Ceilândia/DF. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/2/art20170220-10.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2017.

em que o aplicador do Direito fornecer uma decisão pautada pela análise daquele caso concreto.

O juiz precisa estar atento às transformações do mundo moderno, porque, ao aplicar o direito, não pode desconhecer os aspectos sociais, políticos, econômicos e éticos dos dados que lhes são submetidos. Não enxergar fatos que estão diante dos olhos é manter a imagem de justiça cega. Condenar à invisibilidade situações existentes é produzir irresponsabilidades, é olvidar que a ética condiciona todo o direito (DIAS, 2016, p. 61).

É através de uma estrutura formal de raciocínio, que será possível construir uma resposta certa dentro desses chamados “casos difíceis”, que pode estar, ou não na lei, mas sempre estará ligada à moral e aos valores daquela comunidade. Dessa forma, a melhor saída não seria a interpretação literal ou teleológica, mas sim, por via dos princípios aplicáveis ao caso, extraídos do todo do direito, assim, seria uma questão de coerência do próprio sistema jurídico.

A questão central da interpretação é da concepção de direito como integridade, visando tornar coerente todo sistema jurídico. Baseada em fundamentos de justiça, de equidade e de devido processo legal, casos como este podem ser resolvidos em termos de princípios dominantes, pois são eles que exprimem a vontade personificada da comunidade.

Assim, da mesma forma que não se pode valorar o amor, não se pode “calar diante da omissão dos pais que insistem em gerar filhos sem reconhecer que se trata de uma criança-cidadã, devendo ser oriunda de uma família-cidadã, salvaguardada por uma constituição-cidadã” (SCHUH, 2006, p. 76).

A não observância do dever de convivência acaba por roubar o afeto, e esta é a mais severa forma abusiva de direito. Trata-se de verdadeiro dever jurídico de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, pois, como já dito, aqui não se discute o amor ou a falta deste, e sim a imposição legal do dever de convivência, a fim de que os pais exerçam de modo efetivo a participação na vida

dos filhos, pois a negligência dos pais caracterizada pela desatenção, ausência ou omissão é causa de abandono afetivo.

Não impor deveres e não cobrar o cumprimento de obrigações a quem exerce funções parentais é fomentar a irresponsabilidade, e a justiça começou a enxergar esta realidade, a jurisprudência tem evoluído e não tem se calado diante de casos tão terríveis para o crescimento e desenvolvimento do menor, capazes de acarretar sérios danos físicos e psicológicos.

É importante que tais casos sejam levados a conhecimento da justiça para que vidas de menores não continuem sendo destruídas pelo descaso ou negligência dos pais, abrindo caminho para que os arranjos familiares se legitimem enquanto detentores de direitos e deveres, fazendo da sociedade um lugar mais plural e igualitário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A procura pela resposta correta, bem como o fundamento para responder acerca da possibilidade dos genitores serem responsabilizados civilmente - e por isso, condenados a indenização - pelo abandono afetivo, desagua no dever de convivência.

A responsabilidade paternofilial não se resume ao dever de sustento, ao provimento material necessário ou imprescindível para manter a prole, ele vai além dessa singela fronteira. Por situar-se no campo do dever de convívio, significa uma participação integral dos pais na vida e na criação dos filhos, de forma a contribuir em sua formação física, psíquica e emocional.

A família contemporânea veio revestida de inovações. Novos arranjos familiares, igualdade entre os membros, liberdade de união e respeito ao homem enquanto ser dotado de dignidade. No entanto, existem direitos e deveres que precisam ser observados e respeitados.

Aos pais incube o dever de convivência, e descumprir esta norma é abandonar afetivamente seu filho. Este é um ilícito civil passível de reparação, que necessita apenas da comprovação da culpa ou dolo do agente causador. A dor do abandono, em si mesma, não é indenizável, mas sim, a ausência dos pais, por meio do descumprimento do dever de convivência deve ser passível de reparação.

O filho não escolheu ser filho, mas os pais escolheram serem pais, ainda que de forma negligente ou assumindo o risco. Proteger o princípio da afetividade e da convivência familiar é proteger a própria dignidade da pessoa humana, assegurando direitos básicos do menor.

É certo que não se pode obrigar ninguém a amar o outro, mas na ceara familiar, principalmente, entendemos ser possível a condenação dos pais à reparação civil por danos morais ante ao descumprimento de um dos deveres intrínsecos à paternidade-maternidade responsável, que é o dever de convivência.

Chegamos à conclusão de que o ordenamento jurídico brasileiro confere embasamento para ações de reparação por danos morais nos casos de abandono afetivo ante a não observância ao dever de convivência, a partir da concepção do direito como integridade de Dworkin.

Vimos que os princípios integram o direito assim como as regras, e, portanto, deve haver responsabilidade civil aos pais que abandonam afetivamente seus filhos a fim de que cessem esses ilícitos ocorridos no âmbito familiar.

É claro que a indenização não é a única forma de punição, mas, como não podemos nos calar diante de tal violação, este pode ser sim, um dos meios de inibir que essas práticas continuem ocorrendo.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Augusta Thereza; TANAKA, Ana Cristina D. Tecnologia e Medicalização na Concepção e Anticoncepção. In: DÍAZ, Juan; GALVÃO, Loren. (Orgs.). **Saúde Sexual e Reprodutiva no Brasil**. São Paulo: Hucitec; Population Council, 1999.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. _____. 8. ed. rev. 2008.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 5-10, jul./set. 2002.

_____. **A constituição e o afeto**. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/5816/mod_resource/content/1/Semin%C3%A1rio%201/semin%C3%A1rio%201A.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2017.

_____. **Direitos humanos e direito de família**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

_____. **Direitos humanos da família: principais e operacionais**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia--principais-e-operacionais.cont>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

_____. **Trajetória da família**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/trajetoria-da-familia.cont>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BARROSO, Roberto Luís. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASSO, Joaquim. Notas sobre o regime jurídico dos deveres fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista: DIREITO UFMS**. Mato Grosso do Sul: Campo Grande, v. 1, n. 2, p. 87-108, jan./jun. 2016.

BASTOS, Eliene Ferreira. A responsabilidade civil pelo vazio do abandono. In: BASTOS, Eliane Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da. (Coord.). **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

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

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Constituição política do império do brasil de 25 de março de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Constituição da república dos estados unidos do brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Constituição da república dos estados unidos do brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Constituição dos estados unidos do brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Constituição dos estados unidos do brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Constituição da república federativa do brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Emenda constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc65.htm>. Acesso em: 02 set. 2017.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. **Lei nº 6.515/77, de 26 de dezembro de 1977.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12852.htm>. Acesso em: 02 set. 2017.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Declaração Universal dos Direitos da Criança.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Decreto n. 3.087, de 21 de junho de 1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Projeto de Lei no Senado 700/2007.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1486751.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** RE 567.164-MG.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** 3ª Turma. REsp nº 1.159.242-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/4/2012. 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: 20 out. 2017.

_____. _____. 3ª Turma. REsp nº 1.292.141-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23027511/recurso-especial-resp-1292141-sp-2011-0265264-3-stj/inteiro-teor-23027512?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. _____. 4ª Turma. REsp nº 1.087.561-RS, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 13/6/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/490422303/recurso-especial-resp-1087561-rs-2008-0201328-0/relatorio-e-voto-490422327?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. _____. 4ª Turma. REsp 514.350/SP. Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4138163/recurso-especial-resp-514350-sp-2003-0020955-3/inteiro-teor-12209310>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. _____. REsp nº 757.411 – MG. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3-stj/relatorio-e-voto-12899600>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** 2ª Vara Cível. Ação Indenizatória nº 141/1030012032-0. Capão da Canoa. Autora: D.J.A. Réu: D.V. A. Juiz Mário Romano Maggioni. 15 set. 2003. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 6, n. 25, p.149, ago-set. 2004.

_____. _____. Apelação Cível nº 70015693476. Rel. Des. José S. Trindade, Julgado em 20/07/2006. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112619545/apelacao-civel-ac-70047754296-rs/inteiro-teor-112619555>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. _____. Apelação Cível nº 70022775605. Rel. Des. Rui Portanova, Julgado em 19/08/2008. Disponível em: <<https://www.26notas.com.br/blog/?p=8234>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. 1ª Vara Cível. Ação Indenizatória nº 0005966-41.2015.8.07.0003. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/2/art20170220-10.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOMFIM, Silvano de Andrade do. A aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Ensaios sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, v. 2, p. 409-442, 2009.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Dos alimentos**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COMEL, Nelsinha Elizena Damo. **Paternidade Responsável**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto com quem e a quem indenizar a omissão do afeto? **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 7, n. 32, p. 20-40, out./nov. 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Adoção e o direito constitucional à convivência familiar**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. **Adoção e o direito constitucional ao afeto**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. **O direito à felicidade**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. **O direito dos filhos a seus pais**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 147-161, jul./dez. 2013.

DWORKIN, Ronald. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **A Justiça de Toga.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado.** Trad. Leandro Konder. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira. (Coleção Perspectivas do homem, v. 99, série ciências sociais), 1984.

FABRIZ, Daury Cesar. **Direitos fundamentais, dano moral e sua reparabilidade.** Curitiba: CRV, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias.** 8. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 6.

_____. **Curso de direito civil: responsabilidade civil.** 3. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.

FARO, Julio Pinheiro. Deveres fundamentais: uma revisão de literatura. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. **A cidade antiga.** Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. – EDAMERIS, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil.** 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. Função social da família. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no Direito Civil.** São Paulo: Atlas, 2007.

GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo: a interdisciplinar sintoniza o direito de família como o direito à família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.) **A outra face do poder judiciário – decisões inovadoras e mudanças de paradigma.** Belo Horizonte: Del Rey; São Paulo: Escola Paulista de Direito, v. 1, 2005.

_____. A função do afeto nos “contratos” familiares. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. Do patriarcalismo à democracia: evolução dos princípios constitucionais do Direito de Família. *Revista EDP*, n. 1, p. 231-255, maio/ago. 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **A outra face do Poder Judiciário: Decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. São Paulo: Del Rey, 2005.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ícone, 2000.

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

IMBASCATI, Antônio. **Afeto e Representação: para uma psicanálise dos processos cognitivos**. Trad. Neide Luiza de Resende. São Paulo: Editora 34, 1998.

KALCKMANN, Suzana. Métodos de Barreira Controlados pela Mulher. In: GIFFIN, Karen; COSTA, Sarah H. (Orgs.). **Questões da Saúde Reprodutiva**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999.

LAGE, Juliana Gomes de Sousa. Responsabilidade civil nas relações conjugais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Org.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey e Mandamentos, v. 1, 2008.

LLÓRENTE, Francismo Rubio. Los deberes constitucionales. **Revista Española de derecho constitucional**. Año 21, n. 62, p. 11-56, may./ago. 2001.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004.

_____. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 7. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais. In, WELTER. Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (Coord). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **O custo do abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943>>. Acesso em: 11 de jan. 2017.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no CDC: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. **Los Deberes Fundamentales**. Doxa, n. 4, 1987.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. **Revista de Direito do Consumidor: RDC**, v. 23, n. 94, p. 215-257, jul./ago. 2014.

MAY, Rollo. **O homem à procura de si mesmo**. Trad. Áurea Brito Weissenberg. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

MENDES, Giulliano Caçula. A evolução da responsabilidade civil e suas implicações atuais no direito de família: análise da possibilidade de indenização por abandono afetivo. **Revista AGU**. Brasília: Fórum, v. 15, n. 02, p. 127–154, abr./jun. 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORGAN, Lewis Henry. **A sociedade antiga**. 1877.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, v. 5, n. 20, out. 2007.

PARODI, Ana Cecília. **Responsabilidade civil nos relacionamentos afetivos pós-modernos**. Campinas: Russell, 2007.

PEDRA, Anderson Sant'Ana; PEDRA, Adriano Santa'Ana. Dever fundamental de pagar tributos, omissão Legislativa Inconstitucional de deslocamento provisório da Competência Legislativa. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). **Direitos e deveres fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, p. 67-78, 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Pai Porque me abandonaste?. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 575-586, 1999.

PISCITELLI, Adriana. **Gênero: a história de um conceito**. In: ALMEIDA, Heloísa Buarque de; SZWAKO, José (Orgs.). **Diferenças e igualdade**. São Paulo: Berlendis & Vertecch, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

_____. _____. 33. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios do direito político**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SCHUH, L. P. X. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 35, p. 53-77, abr./maio 2006.

SCOTT, Joan. Gender: a useful category of historical analyses. **Gender and the politics of history**. New York, Columbia University Press. 1989.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao filho: descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 6, n. 25, p. 122-147, ago./set. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998.

TARTUCE, Flávio. O Princípio da afetividade no direito de família. **Revista Consulex**. Brasília. ano 16, n. 378, p. 28-29, out. 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDFAM, v. 7, n. 32, p. 139-140, out./nov. 2005.

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

VIANA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade civil parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey e Mandamentos, p. 453-484, 2008.