

CIBELLE LIMA ROSA

**DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO ABANDONO AFETIVO
FAMILIAR**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

CIBELLE LIMA ROSA

**DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO ABANDONO AFETIVO
FAMILIAR**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me. Rivaldo Jesus Rodrigues.

ANÁPOLIS – 2018

CIBELLE LIMA ROSA

**DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO ABANDONO AFETIVO
FAMILIAR**

Anápolis, ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

Dedico este trabalho ao meu filho Luís Felipe por me fazer experimentar a forma mais pura de afeto e acima de tudo ser a minha fonte de motivação diária para seguir meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus por ser essencial em todos os momentos da minha trajetória e por me permitir desempenhar este trabalho com êxito. À minha mãe Cleonice que não mediu esforços para que eu chegasse à essa etapa da minha vida, que sempre acreditou, apoiou e intercedeu pelos meus sonhos. Ao meu namorado Fellippe pelo companheirismo, respeito, incentivo e por todo cuidado e atenção ao nosso filho em minha ausência. Ao meu pai Clério e minha irmã Danielle por todo carinho, cuidado e amparo. Ao meu professor orientador Rivaldo Jesus Rodrigues, com quem tive o privilégio de aprender e que muito me auxiliou na execução deste trabalho. À todas pessoas que de alguma forma fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo estudar a responsabilidade civil em face do abandono familiar, sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia utilizada foi a de compilação bibliográfica e estudo dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais. O primeiro capítulo aborda, numa visão geral, o conceito de família e a sua evolução histórica na Antiguidade. Trata-se ainda das diferentes formações familiares perante a legislação brasileira e a relevância do princípio da afetividade. O segundo capítulo ocupa-se em analisar os direitos e deveres relacionados às relações familiares, ante ao estudo do instituto do Poder Familiar e da proteção aos direitos fundamentais da criança e do adolescente frente à separação dos pais e à divisão de guarda. Por fim, o terceiro capítulo trata da valorização do afeto, do abandono afetivo e dos danos causados por este, fazendo uma análise sobre a reparação civil decorrente do dano afetivo e observando o posicionamento doutrinário e jurisprudencial relacionado ao tema.

Palavras-chave: Família; Poder Familiar; Abandono Afetivo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – DA FAMÍLIA	03
1.1 Conceitos	03
1.2 Evolução histórica na Antiguidade	05
1.2.1 A família na Grécia	05
1.2.2 A família em Roma	06
1.2.3 A família na Idade Média	07
1.3 Família brasileira	08
1.4 A Afetividade nas relações familiares	12
CAPÍTULO II – DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS	14
2.1 Do Poder Familiar	14
2.1.1 Das atribuições	16
2.1.2 Da extinção e suspensão	19
2.2 Da separação dos pais	22
2.2.1 Guarda unilateral	23
2.2.2 Guarda compartilhada	24
CAPÍTULO III – DO ABANDONO AFETIVO	27
3.1 O afeto na relação paterno-filial	27
3.2 Do dano afetivo	29
3.3 Da reparação por danos morais	31
3.4 Do posicionamento dos Tribunais brasileiros	33
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico analisa o abandono afetivo nas relações familiares, evidenciando seus aspectos legais e doutrinários, com o propósito de discutir a possibilidade da responsabilização civil em razão do dano afetivo, sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro.

Para a realização deste trabalho monográfico, foram realizadas pesquisas por intermédio do método de compilação bibliográfica, com o auxílio de renomados doutrinadores, bem como jurisprudências e normas do sistema jurídico brasileiro. Foram empregados ainda, artigos e reportagens a fim de acrescentar e enriquecer a coleta de informações.

O primeiro capítulo aborda o conceito de família e relata a sua evolução histórica na Antiguidade, também é feita uma análise das diversas formatações familiares e a evolução deste instituto com base nas normas brasileiras. Além de abordar a relevância do princípio da afetividade na legislação brasileira.

O segundo capítulo expõe os direitos e deveres inerentes à relação paterno-filial, abordando o instituto do Poder Familiar e o seu amparo legislativo, que busca resguardar a criança e o adolescente. Ademais, é feita uma análise sobre a proteção dos filhos em face da separação dos pais e as viáveis modalidades de guarda.

O terceiro capítulo analisa a valorização do afeto nas relações familiares, bem como os efeitos causados pela sua ausência. Examina-se o abandono afetivo e a eventual responsabilização civil por dano moral em virtude deste. Em seguida,

busca-se as posições doutrinárias a respeito do tema e as perspectivas dos Tribunais brasileiros no que se refere a reparação do dano afetivo.

O presente trabalho, com pesquisa bibliográfica, analisa a família sob a ótica da sua relevância na formação do indivíduo, uma vez que esta é o primeiro espaço de convivência do ser humano, sendo referência fundamental para o desenvolvimento de ser valores morais, éticos, afetivos e psicológicos

O tema aborda questões atuais e relevantes, observando os prejuízos decorrentes da omissão da família na formação do indivíduo, a fim de que se busque o melhor interesse da criança e do adolescente, abordando ainda a cautela necessária ao tratamento do assunto pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois a relação familiar é fundamental não só para o desenvolvimento do menor, mas para a sociedade em geral

CAPÍTULO I – DA FAMÍLIA

A família, base da sociedade, é a instituição que recebe maior proteção Estado, e é por meio dela que o corpo social se organiza. É importante ressaltar que as relações familiares são preexistentes ao Estado e ao Direito, e por esta razão, de acordo com Silvio de Salvo Venosa (2012), a entidade familiar deve ser analisada primordialmente do ponto de vista sociológico antes de ser examinada como fenômeno jurídico. Neste capítulo serão abordados os aspectos gerais da família, a análise conceitual do termo e uma breve construção histórica dos marcos da evolução nas relações familiares.

1.1 Conceitos

A família é o vínculo natural do ser humano, é a primeira ligação interpessoal do homem, e referência fundamental na formação de qualquer indivíduo. Pode ser definida pela associação de pessoas ligadas pelo casamento, parentesco, afinidade e adoção. Entretanto, o termo família tem múltiplos conceitos, visto que, se encontra permanentemente em mudança buscando atender uma sociedade em contínua evolução.

A legislação brasileira não aponta uma definição de família e não há conceito idêntico para o Direito, para a Sociologia e para a Antropologia, uma vez que há oscilação conceitual de acordo com o tempo, espaço e fenômenos sociais. Portanto, não é possível uma única descrição sobre o que é a família e sobre como ela é composta. O Direito Civil apresenta interpretação mais limitada, considerando família apenas as pessoas unidas pelo matrimônio ou relação de parentesco. Enquanto o Direito de família entende que a família se inicia de relações unidas ou não pelo casamento. (VENOSA, 2012)

Carlos Roberto Gonçalves aponta que o termo família compreende tanto as pessoas ligadas por vínculo sanguíneo, como as pessoas unidas pela afinidade e adoção. Incluindo ao núcleo familiar, os cônjuges, companheiros, parentes e afins. Entretanto, o autor assevera que, as leis reportam-se em sua grande maioria, à família constituída apenas por seu núcleo essencial, formada apenas pelos pais e filhos. Quanto a definição e a relevância da família, explanou que:

[...] em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem, no entanto, defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. Dentro do próprio direito a sua natureza e sua extensão variam, conforme o ramo. (2013, p.17)

É possível, em vista disso, observar o conceito de família sob duas perspectivas: uma sob o ponto de vista amplo, em que a família é formada por um conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum e são unidas pelo vínculo jurídico familiar. Acrescentando à composição familiar o cônjuge e conseqüentemente os enteados, genros, noras e cunhados. E outra em sentido restrito, na qual a formação familiar se estreita apenas pelos pais e filhos que vivem sob o poder familiar. Nesta senda, a Constituição Federal de 1988 também concedeu sua proteção, como entidade familiar, à denominada família monoparental, formada por apenas um dos pais e seus filhos (VENOSA, 2012)

Existem inúmeras formatações de famílias, o que torna sua definição cada vez mais abrangente. Em consequência das transformações sociais, o conjunto familiar passou a ser definido não só pelas relações entre pais e filhos, mas também, por pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, afinidade ou afetividade. Havendo assim, de acordo com Maria Berenice Dias uma “repersonalização das relações familiares”, que atualmente busca atender interesses, que nas famílias remotas eram considerados triviais e descartáveis, como o afeto, solidariedade, confiança, respeito e amor. (DIAS, 2015, p.35)

Além disso, a família não tem suas normas e conceitos formados exclusivamente no Direito, mas também na religião, na moral e nos costumes. Alguns autores identificam uma nova estrutura jurídica em torno da família, à qual

pode ser denominada como família sociológica, onde se caracteriza independentemente dos laços naturais e civis, e é identificada sobretudo pelo vínculo afetivo entre seus membros. (PEREIRA, 2015)

1.2 Evolução histórica na Antiguidade

A existência de agrupamento de pessoas nos primórdios, demonstra que a família é anterior ao direito, fazendo-se necessário maior compreensão das diferentes formações familiares durante a evolução histórica. É importante ressaltar que o homem é um ser que está em constante evolução, e que o instituto da família foi o que mais sofreu alterações na história, devido à esta mutabilidade natural do homem. (GAIOTTO FILHO, 2013)

Existem várias teorias acerca da família em épocas primitivas, entretanto, não é possível encontrar provas diretas dos fatos ocorridos neste período, havendo apenas indícios de que se formaram com base no instinto sexual. Além disso, existem rastros de que havia a prática da poligamia e endogamia e a existência do matrimônio em grupo, de modo que, os filhos descendentes desta relação pertenciam a este agrupamento. (ENGELS, 1884)

Há também, a suposição de que a família tenha passado por um regime matriarcal, pois a certeza da maternidade foi essencial na formação de relações de parentesco. Contudo, nos registros históricos os fatos realmente comprovados demonstram que, a família na maior parte de sua história viveu e foi organizada sob a forma patriarcal. (PEREIRA, 2015)

1.2.1 A Família na Grécia

Na antiga civilização grega, a família era severamente monogâmica e o casamento era arranjado pelos os pais. A relação matrimonial tinha a finalidade expressa de procriar, para que os filhos se tornassem herdeiros diretos dos bens de seu pai. A figura masculina claramente predominava sobre a mulher, ao homem era reservado o direito à infidelidade e somente ele poderia romper o casamento, enquanto sua esposa deveria servi-lo de forma submissa e guardar fidelidade sob pena de ser repudiada por seu marido. (SILVA, 2005)

As relações familiares eram caracterizadas sobretudo pela submissão ao poder paterno. A composição da família era basicamente o homem, líder da família, que tinha autoridade completa sobre todos os outros, sendo estes, seus descendentes, esposa e escravos, que por sua vez, também tinham mulheres e filhos submetidos a este mesmo chefe.

1.2.2 – A Família em Roma

Na Roma Antiga, a civilização cuja herança histórica é a de maior influência no mundo ocidental, a família era guiada com base no princípio da autoridade e era composta por todos aqueles que estivessem submetidos ao poder do pai, denominado *pater familias*. Este, exercia poder sobre sua esposa, descendentes e até mesmo sobre as mulheres que eram casadas com seus filhos. O chefe de família controlava o direito de vida e morte de seus filhos, podendo vendê-los, impor-lhes castigos e inclusive mata-los. (GONÇALVES, 2012)

O *pater familias* não era apenas um chefe de família, ele era ao mesmo tempo um chefe político, pois comandava todas as decisões, além disso era um sacerdote que efetuava o culto dos deuses domésticos e também um juiz. Em razão desse poder absoluto exercido sobre os filhos e mulher, não existiam bens individuais, apenas o patrimônio familiar que também era controlado pelo *pater*. A família, então, englobava um conjunto econômico, político, religioso e jurisdicional. (PEREIRA, 2015)

A ligação sanguínea nesta fase histórica não era essencial na formação do vínculo de parentesco, e sim a união dos membros familiares sobre a mesma religião doméstica e o culto dos antepassados. O autor Silvio de Salvo Venosa destaca em sua obra a relevância da religião nesse período:

[...] por esse largo período da Antiguidade, família era um grupo de pessoas sob o mesmo lar, que invocava os mesmos antepassados. Por essa razão, havia necessidade de que nunca desaparecesse, sob pena de não mais serem cultuados pelos antepassados, que cairiam em desgraça. Por isso era sempre necessário que um descendente homem continuasse o culto familiar. Daí a importância da adoção no velho direito, como forma de perpetuar o culto, na impossibilidade de assim fazer o filho de sangue. (2012, p 4)

O poder patriarcal foi a base do Direito Romano, onde havia supremacia do pai sobre a esposa e todos os outros subordinados. A mulher em momento algum poderia adquirir autonomia ou ter direitos, não poderia herdar nenhum bem de seu pai e apenas deixaria de ser filha para se tornar esposa. Ao se casar, a mulher abandonaria seu lar e se submeteria às regras de sua nova família, inclusive cultuar e fazer oferendas aos deuses e antepassados de seu marido. (VENOSA, 2012)

Quando o *pater* falecia, o poder do lar não passava para esposa ou para qualquer de suas filhas, e sim designado ao descendente homem primogênito, pois a mulher era proibida de exercer qualquer autoridade. Contudo, com o decorrer do tempo a direção da família centralizada somente no pai minimizou-se, e as mulheres e filhos puderam alcançar seus direitos na sociedade. (GAIOTTO FILHO, 2013)

Caio Mario da Silva Pereira (2015) relata que as severas regras se amorteceram e os romanos conheceram o casamento *sine manu*, onde não havia a subordinação da mulher à família do marido. E passaram a permitir a criação de patrimônio independente para os filhos, pois estes, se tornaram soldados e passaram a adquirir bens decorrentes dos exercícios militares. Posteriormente, no século IV, com o Imperador Constantino, a família evoluiu e passou a ter uma concepção cristã, em decorrência disso, aos poucos a autoridade do *pater* foi se limitando, dando maior autonomia à mulher e aos filhos.

1.2.3 A família na Idade Média

Na Idade Média, a sociedade passou a ter forte influência da igreja e o Cristianismo se tornou a religião oficial da maioria dos povos. O conceito de família e sua constituição sofreram grandes alterações e passaram a seguir também as determinações da Igreja Cristã. O patriarca perdeu algumas de suas funções e não mais realiza as cerimônias religiosas, pois a família deixou de cultuar seus antepassados e deuses domésticos.

No nascimento do Cristianismo, o casamento e a família não eram prioridades, e não havia grande oposição às famílias que não eram constituídas por meio do matrimônio. A Igreja primeiramente pregava sobre o asceticismo e defendia

valores como a virgindade e a castidade, devido aos textos bíblicos que determinavam a renúncia da carne. No entanto, em um certo momento da história, a Igreja Cristã se viu obrigada a aceitar o Casamento pois havia a necessidade de procriação para que houvesse a sua expansão. A partir desta aceitação, todas as questões referentes à relação conjugal passaram a ser regulados puramente pelo Direito Canônico. (SILVA, 2005)

O Código de Direito Canônico de 1983, trata das leis eclesiásticas com a finalidade de guiar seus fiéis sobre seus direitos e deveres e sobre a organização hierárquica da Igreja, estabelecendo todas as normas que englobam a família e o dogma do casamento:

[...] Cân. 1055 - § 1. O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio íntimo de toda a vida, ordenado por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole, entre batizados foi elevado por Cristo Senhor à dignidade de sacramento.

§ 2. Pelo que, entre batizados não pode haver contrato matrimonial válido que não seja, pelo mesmo facto, sacramento (Paulo II, 1983)

A partir do Cristianismo, a sociedade passou a condenar as uniões livres que não seguissem o sacramento do matrimônio, como também se opuseram ao rompimento do casamento pelo divórcio. A família Medieval se transformou em uma entidade religiosa, instituída pela união indissolúvel do homem e da mulher, hierarquizada e organizada a partir da figura masculina, cuja finalidade principal era a procriação e posteriormente a educação de seus descendentes. O núcleo familiar também deveria promover a base moral e psicológica de seus membros e a assistência aos incapacitados. (SIQUEIRA, 2010)

1.3 Família brasileira

Carlos Roberto Gonçalves (2013) assevera que a família brasileira sofreu influência da família romana, canônica e germânica. Mas foi fundamentada no Direito Canônico devido à colonização portuguesa. No entanto, a família composta por pais e filhos, de relação proveniente do casamento, ainda prevalece nos dias atuais, sendo possível perceber a interferência dos antepassados nas organizações familiares modernas existentes no Brasil.

As legislações brasileiras anteriores manifestam a aplicação da lei de acordo com as mudanças sociais que ocorreram na sociedade ao longo da história. Após a proclamação da República foi promulgada a primeira Constituição brasileira em 1824, entretanto, não houve nenhuma menção significativa ao Direito de Família, pois existia neste período um enorme vínculo entre o Estado e a Igreja, fazendo com que o casamento religioso fosse o único meio de formar uma família. (MALUF, 2010)

A Constituição de 1891 mencionou o casamento civil e decretou que sua celebração fosse gratuita, deste modo, a instituição da família deixou de ser incumbência da Igreja e passou a ser constituído por ato jurídico. Em seguida a Constituição de 1934 mencionou o Direito de Família de forma mais abrangente, dando ao Estado o dever da proteção à família e determinou que o casamento fosse indissolúvel. Neste período a lei ordinária civilista presidia todas as formalidades, requisitos e efeitos do casamento civil (COSTA, 2006)

O Código Civil de 1916, vigente nesta época, tinha como fundamento o Direito Canônico, em que a família era constituída somente pelo casamento de duas pessoas de sexos opostos, de modelo patriarcal e hierarquizada. Os artigos estabeleciam a indissolubilidade do casamento e a inadmissibilidade do divórcio. Diferenciava os homens das mulheres, prevalecendo a figura masculina, além de fazer discriminação quanto às pessoas unidas fora do matrimônio e os filhos gerados destas relações. (DIAS, 2015)

O homem exercia domínio no casamento e era considerado, pelo artigo 233 do Código Civil de 1916, o chefe da união, representando a família e permitindo ou não que a mulher trabalhasse:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:
I. A representação da família
II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial.
III. direito de fixar e mudar o domicílio da família.
IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal.
V. Prover a manutenção da família, guardada a disposição do art. 277

O Código anterior classificava os filhos conforme com a sua origem, se eram gerados dentro ou fora do casamento. Eram considerados legítimos aqueles

que descendiam do matrimônio e apontados como ilegítimos os que eram provenientes de relações extramatrimoniais. A adoção também era discriminada nesta época pois poderiam ser inseridos na família filhos oriundos de incesto ou adultério, uma vez que, estes eram vedados de serem reconhecidos. Para adotar era necessário ter no mínimo 50 anos de idade, devendo haver 18 anos de diferença entre o adotando e o adotado, e se fosse casado, a adoção só seria admitida após 5 anos de casamento. (ZENI, 2009)

Com as transições ocorridas na sociedade, as leis patriarcais não retratavam mais a realidade moderna, não havendo justificativa para a submissão feminina nas leis, e era incontestável a necessidade da igualdade entre os sexos perante a responsabilidade familiar. Diante disso, em agosto de 1962 foi publicada a Lei nº 4.121, denominada O Estatuto da Mulher Casada, que regulamentava sobre a situação jurídica da mulher. A esposa passou a ser colaboradora do marido e do sustento do lar, adquiriu o direito de exercer o poder familiar conjunto, e não carecia mais de autorização do esposo para exercer a profissão que desejasse. (DINIZ, 2015)

Posteriormente ocorreu uma significativa modificação na dissolução do casamento, a instituição da Lei do Divórcio e a promulgação da Emenda nº 9 de 1977, que possibilitou o rompimento mediante separação judicial e o divórcio direto após cinco anos da separação de fato:

Art. 1º o §1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar a seguinte redação:

Art. 175 [...] §1º O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

Art. 2º A separação, que trata o §1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma verdadeira revolução no Direito de Família, a legislação ordinária brasileira passou a ser norteadada por princípios expressos na Constituição, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade entre homens e mulheres. A função social do Estado de proteção à família foi ampliada para todos os membros e foram criados mecanismos

para coibir a violência dentro do âmbito familiar, fazendo com que estes direitos e garantias refletissem na esfera civil e penal. (MALUF, 2010)

A atual Constituição Federal expandiu o conceito do termo família, que deixou de ser singular para se tornar uma instituição plural. O Estado que anteriormente só aceitava a família formada pela base matrimonial, passa a reconhecer como entidade familiar não só as relações concebidas a partir do casamento, mas também as relações formadas pela união estável e a família composta por apenas um dos pais e seus filhos, nomeada família monoparental. Assim, a Carta Magna permite e garante sua proteção as constituições familiares por meio da consanguinidade, afinidade e afetividade (DIAS, 2015)

No que se refere à filiação, as antigas legislações faziam fortes diferenciações entre os filhos legítimos e ilegítimos, contudo o parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição de 1988 consagrou a igualdade absoluta dos filhos, proibindo expressamente a discriminação dos filhos independente da sua origem ou vínculo, garantindo assim que todos eles sejam tratados de forma isonômica perante seus direitos e qualificações. A Constituição expressou também o princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar, sendo atribuído ao Estado a obrigação de garantir recursos necessários para o exercício desses direitos. (NOBRE, 2014)

Devido as transformações ocorridas, as leis esparsas se tornaram defasadas, sendo necessário a revogação do Código Civil de 1916 e a elaboração do Código de 2002, que busca incorporar as alterações ocorridas na sociedade, refletindo especialmente no âmbito do Direito de Família. A nova lei ordinária complementou e aplicou os princípios expressos na Constituição Federal, estabelecendo a igualdade entre homem e mulher perante a lei e a igualdade entre todos os filhos independentemente de sua origem. (VENOSA, 2012)

Na legislação civilista de 2002, o pátrio poder foi extinto dando lugar ao Poder Familiar, indicando a isonomia dos pais na criação, assistência e representação dos filhos. O novo Código introduz um novo regime de bens denominado participação final dos aquestos, no qual os cônjuges têm patrimônio individual e não necessitam do consentimento do outro consorte para a

administração dos bens particulares. Uma outra alteração é a possibilidade de o marido portar o sobrenome da esposa caso desejar. (SANTOS, 2003)

Em razão dos princípios elencados na Constituição Federal de 1988, como a paternidade responsável, o afeto se sobrepôs aos vínculos sanguíneos e biológicos, tornando-o assim um valor jurídico. Foram adotados a não distinção dos filhos, a família socioafetiva, a responsabilidade igualitária entre os pais e o reconhecimento de norma formatações familiares. A Lei Civil de 2002 subdivide a família em títulos de direito pessoal e patrimonial. E defende também a família de qualquer interferência das pessoas jurídicas de direito público. (GONÇALVES, 2013)

1.4 A Afetividade nas relações familiares

Na história da família é possível perceber que o afeto nem sempre foi elemento preponderante para constituir o vínculo parental. Os laços que uniam as famílias antigas são distintos dos modelos familiares atuais. Em algumas civilizações antigas, nem mesmo o fundamento biológico era decisivo para a formação da família, o elo decisivo na maior parte da história foi o religioso. No entanto, foi a partir da Modernidade que o indivíduo passou a ser visto como sujeito de vontade e a valorizar questões subjetivas como o sentimento. (CALDERON, 2011)

[...] O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade. (ZIMERMAN; COLTRO; 2010. p.179)

O Direito de Família vem sofrendo alterações no intuito de privilegiar a vontade do ser humano em oposição aos requisitos formais e religiosos. O desvinculamento do casamento como meio exclusivo para criação da família, fez com que o afeto adentrasse no Direito de Família e surgissem novas variações desprendidas do modelo anterior, que era consagrado como patriarcal e matrimonial. Atualmente, em atenção a estas transformações, as famílias podem ser constituídas por união estável, por pessoas do mesmo sexo e por pais e mães solteiras, sem que possam ser condenados aos olhos da sociedade. (NOBRE, 2014)

A afetividade também assumiu papel de destaque quanto a investigação de paternidade. Neste momento houveram conflitos no Judiciário para determinar qual seria o vínculo superior na disputa entre o pai biológico e o pai que já havia estruturado a convivência familiar. Buscando o melhor interesse do menor, os julgados passaram a investigar quem efetivamente a criança considerava como pai, e quem realmente exercia este papel, sobrepondo assim o afeto à biologia e dando origem a filiação socioafetiva. (REIS, 2008)

Insta salientar, que o princípio da afetividade não se encontra expresso na Constituição Federal, contudo, tem valor jurídico fundamental pois está inserido de forma implícita na Lei Maior. Exemplo disso é o reconhecimento da igualdade de direitos entre a união estável e o casamento civil, demonstrando que o afeto se sobrepõe a qualquer formalidade, merecendo reconhecimento e tutela jurídica. Nesse mesmo sentido, é possível perceber que a afetividade também faz consolidar a igualdade entre os filhos, sejam eles biológicos ou adotivos. (DIAS, 2015)

Além disso, afetividade está unida a vários dispositivos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade familiar, da convivência familiar e comunitária, princípio da igualdade entre os cônjuges e filhos, e ao instituto da adoção como escolha afetiva. E não há nenhuma referência Constitucional priorizando os laços biológicos sobre a afetividade, permitindo a interpretação contrária. (REIS, 2008)

O parentesco não está restrito apenas a questões biológicas, é possível considerar que o afeto é o fator básico na organização da família e é por meio dele que se torna possível a convivência dentro do núcleo familiar. A afetividade é intrínseca aos direitos fundamentais, pois diz respeito aos anseios do homem e está ligada ao direito fundamental à felicidade, o que torna necessário que o Estado colabore para que as pessoas realizem seus desejos legítimos. (DIAS, 2015)

CAPÍTULO II – DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS

É possível perceber as inúmeras modificações ocorridas no âmbito familiar, seja na sua composição, na ligação entre os indivíduos ou nos direitos conquistados por eles. Dentre as evoluções, a família passou a ser reconhecida como alicerce do desenvolvimento social, psicológico e emocional do indivíduo e em razão disso merece e possui proteção especial do Estado. Neste capítulo será abordado a atual configuração legislativa, que busca resguardar e proteger o interesse do menor e dispõe dos direitos e deveres inerentes à relação paterno-filial.

2.1 Do Poder Familiar

A expressão “Poder Familiar” adotada atualmente pelo Código Civil brasileiro (2002) corresponde ao antigo pátrio poder, oriundo ao direito romano, o qual era caracterizado pelo poder absoluto e ilimitado do chefe de família. Este termo predecessor evidencia os vestígios de uma sociedade patriarcal e ultrapassada na qual eram conferidos direitos somente ao pai sobre seus filhos. A Lei Civil de 1916, seguindo os preceitos do direito romano, designava exclusivamente ao marido o exercício do pátrio poder e somente em sua falta ou impedimento a responsabilidade familiar era cedida à mulher.

Em atenção à igualdade constitucional entre homens e mulheres e em razão das inúmeras transformações verificadas nas relações entre pais e filhos, foi imprescindível que houvessem alterações nas normas brasileiras. A legislação passou a buscar o tratamento isonômico entre o pai e a mãe no exercício da responsabilidade familiar e o poder parental deixou de ter caráter absoluto, fazendo

com que os genitores se tornassem mais titulares de deveres do que de direitos. Dessa forma, o pátrio poder foi reformulado e ganhou conotação protetiva a fim de que não mais caracterizasse a dominação do pai e para que fosse destinado sobretudo em provento dos filhos. (RAMOS, 2016)

No entanto, a nomenclatura “Poder Familiar” adotada pelo Direito Brasileiro não é considerada a mais propícia, visto que ainda manteve em ênfase a terminologia “poder”, apenas transferindo-o do pai para a família. De acordo com a doutrina seria mais adequado intitula-lo como função, responsabilidade, autoridade ou dever familiar, pois estas denominações refletem melhor que o interesse dos pais está condicionado ao do filho. Além disso, representaria a enorme mudança nas relações familiares devido a consagração do princípio da proteção integral das crianças, adolescentes e jovens. (DIAS, 2015)

No entendimento de Ana Carolina Brochado Teixeira a nova denominação não reflete o real conteúdo das relações familiares pois não evidencia maiores deveres do que poderes outorgados aos pais em relação aos filhos:

[...] o vocabulário autoridade é mais condizente com a concepção atual das relações parentais, por melhor traduzir a ideia de função, e ignora a noção de poder. Já o termo parental traduz melhor a relação de parentesco por excelência presente na relação entre pais e filhos, de onde advém a legitimidade apta a embasar a autoridade. (2008, p.252)

A responsabilidade conferida aos genitores em favor dos filhos menores, decorre de uma necessidade natural e fundamental, posto que todo ser humano carece, durante sua imaturidade, de alguém que o crie, eduque, proteja, ampare, defenda e cuide de seus interesses. Por isso, foi atribuído aos pais direitos-deveres de defender a pessoa dos filhos, de administrar os bens adquiridos por eles e de representa-los em juízo ou fora dele. (GONÇALVES, 2011)

Segundo Silvio Rodrigues (2004), o Poder Familiar é um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes. Os titulares são os genitores, que têm a obrigação de zelar pela integridade física, moral e psíquica de seus filhos e cabem a eles auxiliar na formação dos filhos e prestar-lhes assistência material, moral e afetiva.

A autoridade parental traduz-se então em uma relação cujos pais dirigem seus esforços para proporcionar ao filho a criação e o desenvolvimento de sua personalidade. Nessa mesma perspectiva, Maria Helena Diniz conceituou:

[...] o Poder Familiar pode ser definido como um 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 do filho. (2015, p. 624)

O exercício do Poder Familiar em conjunto implica na concordância dos titulares em suas decisões, a vontade de um não pode sobrepor-se a do outro. Os pais devem exercer o poder decisório sobre a pessoa e os bens do filho de forma isonômica, contudo, havendo divergência entre os genitores, caberá a qualquer um deles invocar ao judiciário para se obter a solução necessária, visando sempre resguardar o melhor interesse da criança ou adolescente. (SCALQUETTE, 2014)

Quanto aos pais separados, a autoridade familiar continua sendo exercida por ambos simultaneamente, independente de quem detém a sua guarda. Não existe vinculação alguma entre a proteção aos filhos e a espécie do relacionamento de seus genitores. Sendo assim, a dissolução do casamento não interfere nas atribuições decorrentes da responsabilidade familiar. Nesse sentido Maria Berenice Dias esclareceu:

[...] durante o casamento e na vigência da união estável ambos são detentores do poder familiar. E, rompido o vínculo de convívio, o poder familiar segue exercido pelos dois, independente de quem detém a guarda. A unidade da família não se confunde com a convivência do casal, é um elo que se perpetua independentemente da relação dos genitores. (2015, p. 464)

O encargo da função familiar não decorre do casamento ou da união estável, mas sim da filiação. Por esta razão, o pai e a mãe que nunca foram casados nem estiveram em uma união estável dispõem do Poder Familiar. Do mesmo modo, pais que tiveram a relação conjugal rompida continuam sendo titulares do dever parental e o vínculo jurídico entre eles não se perde.

2.1.1 – Das atribuições

O Poder Parental consiste em um *múnus público*, visto que o Estado fixa normas para o seu exercício. A Constituição Federal estabelece que são os pais que têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. É um regime de cuidado e proteção aos filhos, que tem por finalidade o benefício da criança e do adolescente. Nesse mesmo sentido, Paulo Lôbo analisou:

[...] o poder familiar é, assim, entendido como uma consequência da parentalidade e não como efeito particular de determinado tipo de filiação. Os pais são os defensores legais e os protetores naturais dos filhos, os titulares e depositários dessa específica autoridade, delegada pela sociedade e pelo Estado. Não é um poder discricionário, pois o Estado reserva-se o controle sobre ele. (2011, p. 298)

Os encargos que derivam da paternidade são personalíssimos, por isso são inalienáveis, irrenunciáveis e indelegáveis, ou seja, não podem ser renunciados ou transferidos a terceiros. As obrigações não decaem devido ao não exercício do dever familiar, havendo possibilidade de perdê-lo somente nos casos excepcionais previstos em lei, portanto, é imprescritível. O instituto é ainda incompatível com a tutela pois não se pode nomear tutor sem que os pais tenham sido suspensos ou destituídos do Poder Familiar. (DINIZ, 2015)

A responsabilidade parental deverá ser aplicada a todos os filhos menores, sem que haja distinção entre filhos biológicos ou adotivos. O filho que não for reconhecido pelo pai fica sob autoridade da mãe, evidente pois, desconhecido o pai, este não poderá concorrer ao exercício da função familiar. Se a mãe também for desconhecida, a lei estipula que a criança fique sob autoridade de um tutor, admitindo a substituição da família mediante a guarda, tutela ou adoção. (PEREIRA, 2015)

Os menores necessitam de proteção para que não sofram posteriormente devido a omissão dos responsáveis em relação a sua educação, saúde, segurança, proteção e também em virtude da má gestão de seu patrimônio. Os direitos e obrigações decorrentes do poder familiar são divididos entre pessoais, referentes a pessoa dos filhos, e patrimoniais, relativos aos seus bens. (GONÇALVES, 2011)

O Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta os deveres dos pais

de criar, educar, de guarda, dar sustento, de cumprir e fazer cumprir determinações judiciais, e traz também o direito dos filhos à convivência familiar e comunitária. Nesse mesmo sentido, o artigo 1.634 do Código Civil complementa e estabelece quais são as competências dos pais em relação à pessoa dos filhos menores:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Maria Helena Diniz (2015) observou que os pais têm a incumbência de dirigir a criação e a educação dos filhos enquanto menores, e que as normas não se referem apenas ao sustento dos filhos, mas também a obrigação de zelar por sua formação moral, intelectual e até mesmo espiritual. Os pais têm o dever, de acordo com seus recursos, de preparar sua prole para a vida, torna-los úteis para a sociedade e assegurar-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

No tocante do inciso segundo do referido artigo, pode-se dizer que a competência dos pais em exercer a guarda de seus filhos e de tê-los em sua companhia, consiste em um poder-dever intrínseco à obrigação de criá-los e educá-los. O direito de guarda diz respeito também ao de fiscalização, permitindo com que os pais tenham controle da vida dos filhos, do seu cotidiano e das suas relações com terceiros. (LÔBO, 2011)

Em consequência disso, cabe aos titulares do Poder Familiar reclamar judicialmente, por meio de ação de busca e apreensão, caso alguém detenha sua prole ilegalmente (inciso VI) para que assim possam exercer o seu direito e obrigação de tê-los em sua guarda e companhia. (GONÇALVES, 2011)

Compete ainda aos pais conceder ou não que os filhos se casem. Assim,

enquanto não atingirem a maioridade civil, estes dependem do consentimento de seu representante legal para contrair nupciais. Contudo, o artigo 1.519 da lei civil prevê que, havendo recusa injustificada, o filho poderá suprir o consentimento dos pais por meio judicial. (PEREIRA, 2015)

Quanto ao direito de exigir que lhe prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, Maria Berenice Dias (2015) afirma ser incompatível com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A aplicação desse direito em conformidade com a Constituição apenas autoriza a colaboração dos filhos nos serviços domésticos, sem fins econômicos e desde que estas tarefas não prejudiquem a educação e formação do menor.

No tocante às atribuições patrimoniais cabem aos pais, em paridade de condições, o dever da administração e o direito do usufruto dos bens dos filhos menores. Os genitores devem zelar dos bens a fim que seus atos não prejudiquem o patrimônio dos filhos. Além disso, a administração não autoriza a alienação do bem, sendo permitido apenas atos como locação, pagamento de impostos e aplicação da renda. Para gravar ou alienar é necessário obter outorga judicial desde que haja motivos de necessidade ou evidente benefício da prole. (SCALQUETTE, 2014)

O artigo 1.693 do Código Civil prevê hipóteses em que os bens não podem ser usufruídos e administrados pelos titulares do Poder Familiar. São estes: os bens que já se encontravam em patrimônio do menor antes de ser reconhecido por um dos pais, os valores e propriedades conquistadas pelo filho maior de dezesseis anos provenientes de sua atividade profissional, os que forem doados a ele sob condição de não serem usufruídos ou administrados pelos pais e os advindos de herança da qual os pais foram excluídos da sucessão. Nos casos em que o patrimônio do filho não puder ser dirigido pelos pais, deverá ser nomeado pelo juiz um curador para a realização dos atos.

2.1.2 – Da extinção e suspensão

Foi posto anteriormente que o Poder Familiar é um direito-dever dos pais a ser exercido fundamentalmente no interesse do filho menor. Quando os genitores

deixam de cumprir com os deveres provenientes da função familiar, de modo que possam prejudicar o filho, cabe ao Estado interceder, podendo suspender ou até mesmo excluí-los da responsabilidade familiar.

O Estado tem legitimidade para intervir no âmbito familiar com o intuito de defender a criança ou adolescente, podendo fiscalizar e aplicar sanções aos titulares da função familiar. Nesse segmento, Silvio Rodrigues observou:

[...] dentro da vida familiar o cuidado com a criação e educação da prole se apresenta como a questão mais relevante, porque as crianças de hoje serão os homens de amanhã, e nas gerações futuras é que se assenta a esperança do porvir. Daí a razão pela qual o Estado moderno sente-se legitimado para entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. Uma das maneiras pelas quais essa interferência se manifesta é a fiscalização do poder familiar, com o propósito de evitar que seu exercício possa ser nocivo aos filhos.

O Código Civil dispõe que a extinção do Poder Familiar se dá pelas seguintes razões: morte dos pais ou do filho, emancipação, maioridade, adoção e por meio de decisão judicial. Em relação a morte dos pais, só se faz extinguir o poder parental se for ambos os pais, caso contrário o pai sobrevivente exercerá a função familiar. A emancipação e a maioridade fazem com que este seja extinto devido ao alcance do pleno direito pelo filho. Já a adoção acarreta na transferência da responsabilidade familiar dos pais biológicos para o adotante. (DINIZ, 2015)

Já a suspensão é a restrição do exercício da função familiar e que ocorre nas hipóteses previstas no artigo 1.635 da Lei Civil. É temporária conservando-se pelo período necessário para o benefício do filho. Vejamos:

Art. 1.635 quando o pai ou a mãe abusar da sua autoridade, faltado aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecurável, em virtude de crime cuja pena exceda dois anos de prisão.

Cabe ao juiz decidir se deve aplicar ou não a suspensão, pois esta é facultativa. É também reversível, não havendo tempo fixo para sua cessação, o

tempo de privação do exercício da responsabilidade familiar deve ser determinado de acordo com a situação ou até as causas que o provocaram sejam solucionadas. A suspensão pode ainda ser parcial, atingindo apenas um filho ou englobar apenas alguns encargos do exercício do Poder Familiar.

A destituição da autoridade parental consiste na forma mais grave de destituição do Poder Familiar pois tem caráter definitivo e ocorre quando os pais cometem falta grave aos deveres inerentes a relação familiar. Esta se dá por meio de decisão judicial nas causas previstas no artigo 1.638 do Código Civil:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

O rol acima descrito não é taxativo, mas sim exemplificativo. Podendo ainda haver outras hipóteses de perda do Poder Familiar, como por exemplo, o vício em drogas ou serem moradores de rua. Há ainda, previsto no artigo 92 do Código Penal, a hipótese da prática de crime doloso cometido contra o filho, sendo a perda da autoridade parental um dos efeitos da condenação. (DIAS, 2015)

Com relação ao abandono do filho, este pode ocorrer em diversas circunstâncias e estas não devem ser julgadas da mesma forma. Pode ocorrer por exemplo o afastamento dos pais por motivos financeiros e por razões de saúde. Por essas razões o mais adequado seria recorrer a suspensão da responsabilidade familiar. Vale ressaltar, que a falta de recursos materiais não deve constituir motivos para a perda do Poder Familiar. (LÔBO, 2011)

A Lei tem o intuito de proteção à criança e ao adolescente, sendo assim, a perda da função parental se dará somente quando o fato constituir enorme risco a segurança e a integridade do filho. Sempre que houver a possibilidade de restituição dos laços familiares, deverão ser aplicadas outras diligências menos gravosas, pois a dignidade e o melhor interesse do menor devem prevalecer em a penalidade imposta aos pais. (VENOSA, 2012)

Verifica-se que a suspensão ou a destituição do dever familiar não altera a obrigação de prestar alimentos. Embora não exista norma expressa se referindo a isso, entende-se que a perda definitiva ou temporária do Poder Familiar constitui uma sanção aplicada aos titulares e não poderia prejudicar o menor. O único meio de cessar o dever alimentício seria por meio da adoção pois assim consistiria na substituição da figura familiar. (RAMOS, 2016)

2.2 Da separação dos pais

Rememorando o contexto histórico, em 1916 o Código Civil brasileiro determinava que quando um casal se separava ocorreria o desquite, não podendo estes contrair novas nupciais pois o casamento era indissolúvel. Quanto aos filhos menores, a lei estabelecia que ficariam com o cônjuge considerado inocente, independentemente da idade da criança ou de qual dos genitores teriam melhores condições para obter a guarda. Dessa forma, para que fosse estipulada a guarda, era necessário que se identificasse primeiramente qual dos cônjuges era culpado pelo rompimento matrimonial. (DIAS, 2015)

Com o advento da Constituição Federal de 1988 foi estabelecido o princípio da prevalência do interesse da criança ou adolescente que influenciou diretamente na determinação da guarda. Dessa forma, para definir com quem ficaria os filhos se tornou necessário observar o que será mais benéfico para o menor. Consequentemente, a discriminação de culpado ou inocente na separação conjugal deixou de ter relevância na instituição do direito de guarda.

A guarda está intimamente vinculada ao Poder Familiar pois é o mecanismo que possibilita a convivência e o exercício dos deveres familiares. Diz respeito também à posse dos filhos, de terem eles sob sua companhia, responsabilidade e cuidados. Consiste em uma ação conjunta que se individualiza apenas quando há separação do pai e da mãe. (DINIZ, 2015)

A visão atual da função parental exige que os pais estejam presentes na vida dos filhos mesmo que estejam separados ou que haja conflitos entre eles. O cumprimento do dever de pagamento de pensão alimentícia não exime os pais dos

demais encargos. É necessário que haja convívio, atenção, responsabilidade, participação e afeto. (BARRETO, 2003)

Quando o divórcio envolve filhos menores é fundamental que a dissolução não comprometa o vínculo entre pais e filhos, pois o exercício do dever familiar em nada deve ser afetado. Deixando os pais de residirem na mesma casa, é necessário definir o convívio com a prole de forma equilibrada. Ainda que um dos genitores não exerça a guarda é assegurado a ele a preservação do poder familiar, o direito de visitas e de fiscalização. (GRISARD FILHO, 2009)

Com a ruptura da relação matrimonial cabe ao juiz definir a guarda dos filhos menores, tanto na possibilidade de separações consensuais quanto em divórcios litigiosos. O juiz deverá avaliar o que será melhor para a criança, devendo em regra determinar a guarda compartilhada. Podendo ainda em casos excepcionais transferir a terceiros se verificado razões pelas quais os pais não possam permanecer com a guarda dos filhos. (PEREIRA, 2015)

Na dissolução consensual a vontade dos genitores é o elemento norteador para a instituição da guarda, pois considera-se os pais capazes de decidirem o que será melhor para seus filhos. A lei determina que nessa hipótese deve ser observado o que convencionarem os cônjuges sobre os alimentos, guarda e direito de visitas. Entretanto, o juiz poderá decidir de forma diversa se verificar prejuízo ao interesse do menor. (COSTA, 2013)

No divórcio litigioso ou nos casos em que a pretensão dos pais não corresponder ao melhor interesse do menor, o juiz deverá instaurar a guarda compartilhada conforme o § 2º do artigo 1.584 do Código Civil. Do mesmo modo, quando houver apenas a separação de fato, a guarda mantém-se para ambos os pais, pois não havendo regulamentação jurídica, o direito de guarda permanece inerente ao dever familiar. (SCALQUETTE, 2014)

2.2.1 – Guarda unilateral

A guarda unilateral é aquela que é atribuída exclusivamente a um dos pais ou quem substitua o direito sobre a criança. O detentor tem responsabilidade

plena sobre a vida dos filhos, podendo tomar decisões sobre a criança sem que tenha o consentimento do outro genitor. No entanto, é dever do não guardião supervisionar o interesse dos filhos e fiscalizar a sua educação e até mesmo pedir prestação de contas em circunstâncias que que afetem a saúde, segurança e educação dos filhos. (COSTA, 2013)

O direito de visitas é assegurado aos pais que não obtiverem a guarda e é o meio pelo qual é assegurado a convivência paterno filial nos casos de dissolução conjugal. O exercício desse direito depende de como foi acordado entre os pais ou do modo que foi determinado pelo juiz. Nessa perspectiva Paulo Lôbo observou:

[...] constitui a principal fonte de conflitos entre os pais, sendo comuns as condutas inibitórias ou dificuldades atribuídas ao guardião para impedir ou restringir o acesso do outro ao filho. Muito cuidado deve ter o juiz ao regulamentar o direito de visita, de modo que não prevaleçam os interesses dos pais em detrimento do direito do filho de contato permanente com ambos. Limitações demasiadas podem conduzir ao afastamento progressivo do pai não guardião, em prejuízo do filho. No interesse deste e da preservação do seu direito à convivência com ambos os pais, devem ser resolvidas as disputas. (2016, p. 196)

A guarda unilateral só deve ser concedida quando um dos genitores manifestar expressamente que não deseja exercer a guarda. Pode ser definida ainda na hipótese de somente um deles demonstrar condições para desempenhar as funções atribuídas e maior capacidade de proporcionar um bom relacionamento, especialmente no tocante ao afeto. Vale ressaltar que as melhores condições para exercer esta atribuição não se refere necessariamente à situação financeira dos genitores, deve se levar em conta um conjunto de fatores que possam influenciar no desenvolvimento moral, educacional e psicológico da criança. (DIAS, 2015)

2.2.2 - Guarda Compartilhada

O Código Civil brasileiro define a guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivem sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”. Traduz-se na modalidade pela qual os pais mesmo após a dissolução do matrimônio continuam exercendo de forma isonômica os direitos e deveres em

relação a guarda, possibilitando assim divisão de obrigações e o relacionamento frequente com os filhos. (GONÇALVES, 2011)

A separação dos pais não pode significar para a criança o impedimento da convivência com ambos. O compartilhamento traz a ideia de que o pai e a mãe devem estar presentes na educação do filho, exercendo de forma conjunta as atribuições inerentes a paternidade. Por essa razão, a guarda compartilhada é apontada pelo atual ordenamento jurídico como o melhor meio de assegurar o interesse do menor após o divórcio.

Antes da instituição da Lei da Guarda Compartilhada em 2014, o juiz deveria determinar a guarda para quem demonstrasse maiores condições de exercer-la. Quando possível seria aplicado o compartilhamento da custódia, entretanto, dependia do comum acordo entre os pais e não poderia ser imposta pelo magistrado. Dessa forma, com o advento Lei 13.058/14 o compartilhamento do exercício da função familiar passou a ser aplicado como regra, dando espaço para individualidade de guarda apenas em casos excepcionais. (CABEZON, 2015)

No entendimento de Waldyr Grisard Filho a prioridade dessa modalidade de guarda é fundamental para atender as necessidades socioafetivas inerentes ao desenvolvimento da criança ou adolescente:

[...] esse amparo está ancorado no texto do art. 229, da Constituição Federal, que impõe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, independentemente de conviverem ou não no mesmo lar. O Estatuto da Criança e do Adolescente confirma o preceito maior ao incumbir aos pais o dever de sustento, guarda e educação de seus filhos, sem discriminar ou condicionar o exercício da guarda à convivência dos genitores. Estas disposições convergem aos postulados da Convenção sobre os Direitos da Criança, que lhe proclama uma proteção especial e o pleno direito de ser cuidada por seus pais. (2009, p.214)

O compartilhamento de guarda não significa necessariamente que o menor deva residir com o pai e a mãe de forma alternada, mas sim que ambos devem participar ativamente das decisões e interesses no que concerne aos filhos menores. Os responsáveis ou o juiz devem encontrar o arranjo mais favorável e que proporcione o maior contato com os pais. A residência do filho pode ser fixada com

apenas um deles, mas o outro continua tendo o direito de participar ativamente da rotina da criança. (PEREIRA, 2015)

Paulo Lôbo observou que é importante estabelecer o local onde o menor irá residir ou permanecer para assegurar-lhe a referência de um lar:

[...] na guarda compartilhada é definida a residência de um dos pais, onde viverá ou permanecerá. Essa providência é importante, para garantir-lhe a referência de um lar, para suas relações de vida, ainda que tenha liberdade de frequentar a do outro; ou mesmo de viver alternadamente em uma e outra. A experiência tem demonstrado que a perda de referência da residência, para si mesmo e para os outros, compromete a estabilidade emocional do filho. O que se espera dos pais é a responsabilidade em encontrar o ponto de equilíbrio entre o direito-dever de convivência e a relação de pertencimento a um lugar, que integra a vida de toda pessoa humana; ou do juiz, quando os pais não se entenderem. (2011, p.200)

Por fim, é importante mencionar que a guarda pode ser extinta, seja ela unilateral ou compartilhada, se ficar comprovado que o genitor ou as pessoas de sua convivência não tratam o menor adequadamente. Esta regra não é direcionada apenas para quem detém a custódia, mas também para todas as pessoas ligadas ao menor. A exemplo disso, se a mãe passa a ter outro relacionamento, e se esta outra pessoa incorrer de forma prejudicial à criança o juiz poderá transferir a guarda para o pai ou para terceiro. (DIAS, 2015)

CAPÍTULO III – DO ABANDONO AFETIVO

Devido as transformações ocorridas no seio da família, no que tange a valorização do afeto, debate-se cada vez mais a importância das relações afetivas para a formação do ser humano, sobretudo na família que é o centro orientador de um indivíduo.

Segundo Maria Berenice Dias (2011), a atual concepção da família exige dos pais o dever de criar e educar os filhos, lhes transmitindo o carinho necessário para o desenvolvimento saudável de sua personalidade. O presente capítulo tem por objeto o estudo do abandono afetivo, bem como a possibilidade de reparação civil do dano e as perspectivas dos tribunais relacionadas ao tema.

3.1 O Afeto na relação paterno-filial

A formação da identidade do ser humano é o resultado dos vínculos e relacionamentos criados ao longo de sua vida. Nas relações familiares esses vínculos são ainda mais importantes, pois é por meio da família que o ser humano aprende a se relacionar com outras pessoas, criar laços e desenvolver a capacidade de conviver em sociedade:

[...] a personalidade desenvolve-se por meio dos exemplos significativos, que as crianças recebem dos adultos, pais ou substitutos. É também na família que são desenvolvidos a capacidade ética, de empatia, e os valores morais em maior ou menor sintonia com o resto da personalidade. (GROENINGA, 2006, p.441)

A comunhão familiar assegura ao indivíduo sua integridade física, moral e psíquica, pois é na família que a criança deve ter a atenção e orientação de que

necessita para que possa desenvolver sua personalidade de forma saudável. A falta de convívio em razão da omissão dos pais pode gerar sequelas psicológicas e transtornos de difícil reparação futura. (DIAS, 2011)

Segundo Claudete Carvalho Canezin, a figura do pai é responsável pela inserção da criança na vida em comunidade, e de extrema relevância em diversos âmbitos no decorrer da vida do filho:

[...] a figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da entidade mãe e filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Neste outro mundo, impera a ordem, disciplina, autoridade e limites. A função do pai vai além da função de reprodução e geração da vida humana: inclui colocar em andamento um projeto vital educativo que pressupõe um longo processo que se inicia com a transmissão da presença exclusiva da mãe e continua com a atividade de criação e socialização dos filhos pequenos e posteriormente com o sustento e apoio deles durante a adolescência, e até mesmo depois dela. (2006, p.78)

Nessa mesma perspectiva, inúmeras pesquisas científicas e teorias da psicologia, constataram que a interação entre o pai e o filho é um fator fundamental para o desenvolvimento cognitivo e social do indivíduo, propiciando maior capacidade de aprendizado e interação da criança com a sociedade. A figura paterna é vital para a organização psíquica da criança, pois representa o equilíbrio entre a relação materna e o restante do mundo, e tem a função de apoiar seu desenvolvimento social, auxiliando nas dificuldades peculiares do desenvolvimento humano. (BENCZIK, 2011)

Fazer parte de um conjunto familiar é de extrema importância para a compreensão das regras, princípios e valores que formam um ser humano saudável tanto psicologicamente quanto emocionalmente:

A convivência sadia da criança com seus genitores nas mais diversas sociedades e culturas (austeras e rígidas, ou mesmo dotadas de flexibilidade pedagógica e comportamental da contemporaneidade), é um fator preponderante na formação e no desenvolvimento dos indivíduos. Partindo-se já da dependência biológica e genética para existir, adentrando pela manutenção da subsistência e do desenvolvimento saudável de uma criança, é grande a importância dos pais para seu bom desenvolver psíquico, social, moral e afetivo. (MARTINS, 2017, *online*)

Ademais, nos casos de separação conjugal, os filhos não devem ter que escolher entre o pai ou a mãe, mas sim desfrutar do direito que tem de se relacionar com ambos genitores. Mesmo separados conjugalmente, os pais continuam sendo responsáveis pela formação do filho, devendo ser preservada a convivência, o contato e o direito que o menor tem de ter acesso a ambos os genitores. (LÔBO, 2011)

3.2 Do dano afetivo

Segundo Paulo Lôbo (2011), a doutrina e a jurisprudência se referem a expressão Abandono Afetivo aos casos em que o pai não convive com a mãe, e em razão disso deixa de acompanhar a rotina do filho, privando-o de sua companhia e se limitando apenas a exercer a assistência material ao menor. A questão é pertinente pois traz à baila os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da solidariedade familiar e da paternidade responsável, elencados na Constituição Federal de 1988.

Remotamente, a convivência, a companhia e as visitas, eram compreendidas apenas como um privilégio do pai que poderia ser exercido ao seu bel-prazer, conseqüentemente, a ausência do genitor não era questionada nem acarretava sanções. Entretanto, na contemporaneidade, a convivência entre pais e filhos não é mais considerada mais uma faculdade, mas sim uma obrigação atinente ao poder familiar. (DIAS, 2011)

A Constituição Federal, com suas normas e princípios, busca evidenciar a proteção integral da criança e do adolescente. O artigo 227 reflete isso quando impõe à família e à sociedade o dever de assegurar, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. E ainda imputa aos pais, conforme o artigo 229, o dever de assistir, criar e educar sua prole. (DINIZ, 2015)

A convivência entre pais e filhos, não se refere unicamente à presença física e à coabitação. É necessário, sobretudo, que haja convivência que

proporcione à criança uma relação de proteção e afeto, segundo Paulo Lôbo, observando o seguinte:

[...] a convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças. (2011, p.74)

O fato de o pai se ater ao amparo financeiro não é suficiente para o esgotamento de suas obrigações. O dever de educar não abrange somente a escolaridade e as questões de natureza onerosa, mas também, a convivência familiar, o afeto, o amor e o carinho. Por isso, o descaso dos pais com os filhos, deve ser punido judicialmente, por se tratarem de abandono moral grave (GONÇALVES, 2011)

Além disso, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o princípio da paternidade responsável por meio do qual o pai tem o dever de prover todos os recursos necessários para que seu filho tenha uma vida condigna. Dessa forma, os deveres parentais devem ser exercidos por ambos os pais, em benefício dos filhos, mesmo que separados:

[...] não se podendo mais ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida (DIAS, 2011, p.460)

Deste modo, o que se pode concluir, é que o abandono afetivo consiste na recusa das funções paternas, sem qualquer motivação plausível, que violenta e prejudica o menor, causando danos que comprometem seu desenvolvimento e a formação moral, afetiva e psicológica. Causa sofrimento, angustia, aflições, que interferem no seu comportamento e refletem, posteriormente, na sua vida adulta. Mesmo sendo menor, já estão tutelados a honra, a moral, direito ao cuidado, à companhia, à assistência moral e psíquica. (SILVA, 2005)

3.3 Da reparação por danos morais

O termo Abandono Afetivo tem sido motivo de controvérsia na esfera jurídica, em virtude da sua relação com a falta de afeto e amor, uma vez que versam sobre matérias de ordem sentimental e de extrema subjetividade, que evidentemente são intangíveis ao poder judiciário. No entanto, a interpretação adequada ao ponto de vista jurídico, diz respeito ao abandono de ordem moral, decorrente da ausência e negligência dos pais quanto ao direito do filho de ter sua companhia. (PEPPES, 2016)

Na doutrina brasileira, a questão ainda é controvertida, e por esse motivo ainda existem posições que divergem sobre a possibilidade da reparação pecuniária nas relações do direito de família. É possível destacar duas correntes acerca desse tema: a favorável, que julga ser possível a reparação civil dos danos afetivos, e a contrária, que entende pela inaplicabilidade do instituto da responsabilidade civil no direito de família. (MARTINS, 2017)

A corrente contrária entende que a ausência de afeto não se trata de um ato ilícito e por essa razão não deve ser amparado judicialmente por meio de uma indenização. Outro ponto defendido é que não se pode obrigar um pai a amar um filho. Além disso, afirmam que a possibilidade de suspensão e destituição do poder familiar são sanções máximas que podem ser aplicadas ao abandono afetivo:

[...] a imputação, ao genitor, do dever de amar e demonstrar afeto por seu filho extrapola o âmbito de atuação concernente ao Direito. Ademais, ainda que se fala não se tratar de responsabilidade por falta de afeto, mas sim pelo descumprimento dos veres inerentes ao poder familiar, entende-se que, em última análise, estará o genitor sendo punido por não demonstrar amor pela criança ou adolescente. (LANA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p.275)

Por outro lado, a corrente favorável evidencia que somente a perda da autoridade familiar não é suficiente diante dessa adversidade, pois, a decretação da perda do poder familiar poderia configurar como um benefício para quem abandonou. Além disso, o artigo 186 do Código Civil 2002, permite que a omissão e negligência dos pais configurem um ato ilícito, pois o define como “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (DIAS, 2011, p. 461)

O artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988, estabelece ainda a possibilidade de danos extrapatrimoniais através do dano moral:

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

[...]

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

[...]

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

Além do evidente do prejuízo psíquico causado na formação da criança ou do adolescente, a conduta omissiva do pai, configura uma transgressão aos deveres legais de assistência moral, cuidado e proteção que lhe são inerentes ao poder familiar. E é em razão do não cumprimento destas obrigações que nasce o viés jurídico de buscar indenização compensatória dos danos que podem ser causados pela conduta imprópria dos pais. (HIRONAKA, 2005)

Nessa perspectiva, Rodrigo da Cunha Pereira (2011), enfatiza a dissemelhança entre o sentimento subjetivo do amor e o dever objetivo de dar afeto ao filho:

Qualquer pessoa, qualquer criança, para estruturar-se como sujeito e ter um desenvolvimento saudável necessita de alimentos para o corpo e para a alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. E afeto significa “afeição por alguém, “dedicado”. Afeição quer dizer também “instruir”, educar, formar”, “dar feição, forma ou figura”. Esta é uma diferença entre afeto e amor. O afeto não é somente um sentimento, mas uma ação, que não pode faltar para o desenvolvimento de uma criança. Ao agir em conformidade com a função de pai e mãe, está-se objetivando o afeto e tirando-o do campo da subjetividade apenas. Nestas situações, é possível até presumir a presença do sentimento afeto. Obviamente que pressupõe, e tem também como elemento intrínseco, a imposição de limites. A ausência deste sentimento não exclui a necessidade e obrigação de condutas paternas/maternas. Sendo ação, a conduta afetiva é um dever e pode ser imposta pelo Judiciário, presente ou não o sentimento. (p. 687)

O dano se configura em razão da ausência do acompanhamento do desenvolvimento da personalidade do menor. Por isso, para que o abandono

causado pelo genitor seja indenizável, é necessário que outra pessoa não tenha assumido a função de pai ou mãe na vida do filho. Pois, o objetivo da responsabilidade civil é reparar o real dano injusto, não havendo dano, não há o que se falar em reparação. (KAROW, 2012)

Além do caráter reparatório, a indenização por Abandono Afetivo possui natureza didática, pois gera maior importância ao dever do convívio entre pais e filhos. Dessa forma, a responsabilidade civil nessa esfera pode desempenhar um papel pedagógico nas relações familiares. Nesse seguimento, Maria Berenice Dias analisou:

[...] dessa forma, o dano à dignidade humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser dissuadida pela firme posição do Judiciário, ao mostrar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar. (2011, p.462)

Assim, embora não possa obrigar o pai a amar o filho, o Judiciário possui meios que possam responsabilizar os pais pelo não cumprimento dos deveres decorrentes do Poder Familiar. Destaca-se ainda, a função pedagógica, que poderá auxiliar a família a entender a importância da afetividade e do convívio com os filhos e que a ausência poderá acarretar prejuízos irreparáveis para o menor. (MACHADO, 2013)

3.4 Do posicionamento dos Tribunais brasileiros

Acompanhando as mudanças ocorridas no âmbito familiar, e em atenção à afetividade como elemento fundamental para a constituição das famílias contemporâneas, os tribunais brasileiros tem recepcionado o tema abandono afetivo, como ensejador de reparação civil por dano moral. Contudo, a aplicação das regras de responsabilidade civil, em razão do dano afetivo, ainda se encontram em grande oscilação nos tribunais, sendo objeto de controvérsias no âmbito da jurisprudência.

No que diz respeito às ações de indenização pleiteadas no judiciário brasileiro, observa-se que, apenas a circunstância da ausência afetiva não enseja a

possibilidade de reparação civil. É necessário que haja a comprovação de que os atos praticados pelo genitor sejam capazes de causar sequelas psíquicas à criança, causando danos a sua pessoa. (KAROW, 2012)

A primeira sentença brasileira acerca do tema ocorreu em 2003, na Comarca de Capão da Canoa, no estado do Rio Grande do Sul. A menor, representada pela mãe, ajuizou ação contra o pai em razão do abandono afetivo. O juiz Mário Romano Maggioni, condenou o pai ao pagamento de duzentos salários mínimos, destacando em sua fundamentação, que a condenação se dava em razão dos deveres decorrentes da paternidade, observando que: [...] a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto afirme”. (MACHADO, 2013, *online*)

Mais tarde, em 2004, foi julgado pela 31ª Vara Cível de São Paulo, o caso de uma menina judaica abandonada pelo genitor desde o seu nascimento, após a separação de seus pais. O pai, que constituiu um novo casamento e teve outros filhos, frequentava a mesma comunidade religiosa que a filha, e apesar de conviverem no mesmo local, o pai demonstrava desprezo e fingia que não lhe conhecia. Nessa situação, os danos causados pelo sentimento de rejeição e humilhação ficaram evidentes, e em razão disso, a menina teve sua ação reconhecida como procedente com os danos morais e materiais para custear todos os cuidados médicos e psicológicos demandados. (HIRONAKA, 2005)

Entretanto, em reflexo às divergências causadas pelo tema, o Supremo Tribunal de Justiça, no ano de 2005, julgou como improcedente o direito ao dano moral relativo ao abandono afetivo, sob o fundamento de não configurar ato ilícito, e por essa razão, não seria capaz de gerar direito à indenização. Em análise, o relator Ministro Fernando Gonçalves, alegou ainda que o pai não poderia ser obrigado a amar o filho, e que para o descumprimento de seus deveres, deveria ser imputada a penalidade da perda do Poder Familiar. (STJ, 2005)

Posteriormente, demonstrando a evolução do tema, o Supremo Tribunal de Justiça, em 2012, inovou em um acórdão, no qual condenou o pai ao pagamento

indenizatório de 200.000,00 (duzentos mil reais) à filha em razão do desprezo que ela sofreu durante toda sua vida por ser fruto de um relacionamento extraconjugal. Na sentença, a Ministra Nancy Andrighi afirmou que, não existem restrições para a aplicação do instituto da responsabilidade civil no direito de família (STJ, 2012)

Em seu relatório, a Ministra destacou que o cuidado se encontra na categoria de obrigação legal, e se trata de bem juridicamente tutelado. Dessa forma, o seu descumprimento configura uma ilicitude civil. Salientou ainda que “amar é faculdade, cuidar é dever”:

[...] aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. (STJ, Recurso especial 1159.242/SP, 2012)

Percebe-se, nos casos julgados, que a aceitação do dano afetivo se torna mais fácil ocorre após a separação do pai e da mãe. Nos casos em que o genitor reside na mesma casa que o filho, se torna inalcançável a responsabilização civil, pois, se encontra uma enorme dificuldade em se comprovar a omissão do pai. (KAROW, 2012)

Quanto a determinação do valor da condenação, os tribunais não especificaram quais critérios devem ser utilizados. Para Maria Celina de Bodin Moraes (2006), é necessário que o magistrado decida de forma motivada e adeque o valor da indenização ao real dano sofrido pelo filho, para que dessa forma, a sentença seja considerada justa.

Observa-se que o Judiciário brasileiro não busca suprir a falta de amor entre pai e filho, mas sim, a reparação dos danos que a ausência do pai causou na

formação do indivíduo e que podem refletir em toda sua vida. Deve-se discutir se os deveres jurídicos foram analisados, se existiu cuidado, se houve a presença do pai na vida do filho, e se não houve negligência ou omissão na criação e educação da criança. Dessa forma, o tema corresponde aos direitos objetivos e por essa razão podem ser avaliados do ponto de vista jurídico. (PEPPES, 2016)

Assim, se os casos levados ao judiciário forem decididos com cautela, a indenização por abandono afetivo poderá se tornar um instrumento de extrema relevância para as novas organizações familiares, podendo até, desempenhar um papel pedagógico. Maria Berenice Dias (2011) considerou que forçar o relacionamento entre pais e filhos não é o ideal, mas, é mais benéfico do que o sentimento de abandono causado para criança.

CONCLUSÃO

Com a realização do presente trabalho foi possível observar que a família é anterior ao Direito e ao Estado, e em virtude disso, o instituto da família recebe proteção majoritária perante as normas do Estado, pois, por meio dela é possível a concretização da sociedade. Percebe-se também que a família é a instituição que mais sofreu alterações ao longo da história das civilizações, e em razão destas transformações os institutos jurídicos estão em constante evolução, buscando por meio de normas, adequação à realidade social.

A família era baseada no poder patriarcal, onde o *pater* tinha total autoridade sobre a esposa e filhos, além de tomar todas as decisões e comandar o patrimônio da família. Entretanto, a mudança no âmbito familiar foi gradual e provocada por diversos marcos na evolução histórica, dentre eles, a descentralização da autoridade familiar no pai, a conquista da autonomia da mulher e a igualdade de direitos e deveres para ambos genitores.

No Brasil, com a o advento da Constituição Federal de 1988, ocorreu uma grande revolução no instituto da família, que passou a ser guiado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade familiar, da paternidade responsável, da proteção integral à criança e ao adolescente e, o da afetividade, entre outros. Além disso a Constituição de 1988 trata, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da criança e do adolescente; entre eles, o direito à educação, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao cuidado, à proteção e à convivência familiar e comunitária, assegurando que é dever da família, da sociedade e do Estado que tais direitos não sejam ofendidos.

O antigo Pátrio Poder previsto no Código Civil de 1916 também sofreu alterações, não só com uma nova denominação, passando a se chamar Poder Familiar, mas também nas suas características, que buscaram o tratamento isonômico entre o pai e a mãe e a extinção da discriminação dos filhos havidos fora do casamento. O atual Poder Familiar, consiste em um poder-dever conferido aos genitores em benefício dos filhos, para que assim, a criança esteja protegida de qualquer violência, negligência ou até mesmo omissão dos pais quanto aos seus direitos.

Devido às diversas evoluções na esfera familiar, novas problemáticas ganharam destaques no ordenamento jurídico, entre elas o abandono afetivo, caracterizado pela recusa do cumprimento das funções paternas, pela negligência e omissão do genitor. Tal abandono violenta os direitos do menor e prejudica a sua formação, acarretando em danos que podem perdurar por toda sua vida. Além de configurar a transgressão aos preceitos impostos pela legislação.

O tema ainda não se encontra consolidado, pois tanto a doutrina quanto a jurisprudência possuem posições conflitantes sobre qual seria a melhor forma de responsabilizar o genitor em razão da sua ausência no dia-a-dia filho. No que se refere a indenização por dano afetivo, a corrente desfavorável afirma ser suficiente a suspensão ou extinção do Poder Familiar, enquanto a corrente favorável argumenta que a perda da função familiar poderia caracterizar um benefício ao genitor que opta por não participar da vida do filho.

Além da reparação aos prejuízos causado pela omissão dos pais, é possível atribuir à aplicação do dano moral por abandono afetivo, caráter didático e preventivo, atentando os genitores da valorização dos vínculos afetivos no desenvolvimento da criança.

Observa-se ainda que o Judiciário não busca impor aos pais o sentimento ao filho, pois se trata de questões de ordem subjetiva. Assim, cabe ao ordenamento jurídico analisar com cautela os deveres atribuídos aos genitores de forma objetiva, analisando se houve ou não negligência às obrigações inerentes à paternidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENCZIK, Edyleine Bellini Peroni. **A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil**. São Paulo: Revista Psicopedagogia, 2011.

BRASIL, **Lei nº 3.071** (Código Civil). Brasília: Congresso Nacional, 1916.

_____. **Lei nº 10.406** (Código Civil). Brasília: Congresso Nacional, 2002.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional: 1988.

CABEZON, Ricardo. Breves comentários sobre a Lei nº 13.058/14. **Jusbrasil**. 2015. Disponível em: <<https://cabezon.jusbrasil.com.br/artigos/159452665/breves-comentarios-sobre-a-lei-n-13058-14>> Acesso em:14 mar. 2018

CALDERON, Ricardo Lucas. **O Percurso Construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo: Contexto e efeitos**. 2011. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>> Acesso em:27 nov. 2017

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da reparação do dano existencial a filho decorrente do abandono paterno filial**. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direito de Família, 2006.

COSTA, Dilvanir José da Costa. **A Família nas Constituições**. 2006 Disponível em; <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92305/Costa%20Dilvanir.pdf?sequence=6>> Acesso em:24 nov. 2017

COSTA, Isabela Alves Pereira Gaião da. Ação de Guarda: das peculiaridades da ação de guarda e proteção dos filhos. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45407&seo=1>>. Acesso em:14 mar. 2018.

COSTA, Grace Regina. **Abandono Afetivo: indenização por dano moral**. 1. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

_____. **Manual de Direito das Famílias** – 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 1884. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_engels_origem_propriedade_privada_estado.pdf> Acesso em: 16 nov. 2017

GAIOTTO FILHO, Washington Luiz. **Evolução Histórica Envolvendo o Direito de Família**. 2013. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10108> Acesso em: 15 nov. 2017

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito Civil Brasileiro: vol. 6 – direito de família**, 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GROENINGA, Gisele Câmara. **O direito à integridade física e psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade**. Família e dignidade humana/V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 439-455

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação Entre Pais e Filhos** – Além da obrigação legal de caráter matéria. 2005. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2018

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juará, 2012.

KRIEGER, Maurício Antonacci; KASPER, Bruna Weber. **Consequências do Abandono Afetivo**. 2015. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/artigos/305-artigos-mai-2015/7137-consequencias-do-abandono-afetivo>>. Acesso em:16 abr. 2018

LANA, Fernanda Campos de Cerqueira; RODRIGUES JÚNIOR; Walsir Edson. **O Direito e a Falta de Afeto nas Relações Paterno-Filiais**. Direito Civil: Teoria e Prática no Direito Privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LÔBO, Paulo. Do Poder Familiar. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8371>> Acesso em:13 fev. 2018

_____. **Direito Civil – Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação**. Teresina: Jus Navigandi, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23666>>. Acesso em:18 abr. 2018.

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

NOBRE, Rodrigo Igor Rocha de Souza. **Conceito e Evolução do Direito de Família**. 2014. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/29977/conceito-e-evolucao-do-direito-de-familia>> Acesso em:26 nov. 17

PAULO II, Papa João. **Código de Direito Canônico**. Versão Portuguesa. 4. ed. Braga: Editorial Apostolado da Oração, 1983. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf> Acesso em:16 nov. 2017

PEPPES, Juliana Montini. A confusão terminológica acerca do abandono afetivo nas relações paterno-filiais e a possibilidade de indenização por danos morais. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18277&revista_caderno=14>. Acesso em:16 abr. 2018

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. 5 – direito de família 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; **Filhos do pai, filhos da mãe e o abandono afetivo: a responsabilidade parental. O supremo Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e Guarda Compartilhada: novos paradigmas do direito de família.** 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REIS, André Gomes de Noronha; **O Afeto nas Relações Familiares.** 2008. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16682/16682.PDF>> Acesso em: 24 nov. 2017

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família, volume 6.** 28º ed. Ver. E atual. Por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Uélton. **Alterações no Direito de Família à luz do Novo Código Civil.** 2003. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4550>. Acesso em: 24 nov. 2017

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Família e Sucessões.** 7º ed. São Paulo: Atlas, 2014

SILVA, Célio Egídio. **História e Desenvolvimento do Conceito de Família.** 2005. Disponível em <<https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/8393/1/Celio%20PDF.pdf>> Acesso em: 16 nov. 2017

SIQUEIRA, Alessandro Marques Siqueira. **O Conceito de Família ao Longo da História e a Obrigação Alimentar.** 2010. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8374> Acesso em: 22 nov. 2017

STJ - (Superior Tribunal de Justiça). **REsp 757411/MG** DJ 27/03/2006. Disponível em <<https://bd.tjmg.jus.br:80/jspui/handle/tjmg/4645>>. Acesso em 16 abr. 2018

_____. **REsp 1159242/SP** DJ 24/04/2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102821/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1159242-sp-2012-0107921-6-stj/inteiro-teor-25102822>> Acesso em 16 abr. 2018

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões.** Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** Vol. 6. 12º ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ZENI, Bruna Schilindwein. **A Evolução Histórico-Legal da Filiação no Brasil**. 2009. Disponível em: <<https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/641/363>> Acesso em:26 nov. 2017

ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. 3 ed. Campinas: Millenium, 2010.