

## **O DIREITO À AFETIVIDADE PARENTAL COMO UM DOS ELEMENTOS DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA RELAÇÃO FAMILIAR**

### **THE RIGHT TO PARENTAL AFFECTIVITY AS ONE OF THE ELEMENTS OF THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY AND FAMILY RELATIONSHIP**

**Regina Lúcia Ferreira Gonçalves**

Graduanda do curso de Direito na Universidade Santa Úrsula, Brasil  
Contadora. MBA em finanças corporativas pela Fundação Getúlio Vargas, Brasil

**Mery Chalfun**

Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Brasil  
Professora da Universidade Santa Úrsula, Universidade Veiga de Almeida  
Faculdade CNEC Ilha do Governador e da Faculdade Gama e Souza, Brasil  
Integrante do grupo de pesquisa da UFRJ em Direito dos Animais e Ecologia Profunda  
Integrante do Instituto Abolicionista pelos Animais, Brasil  
merychalfun@globo.com

#### **Resumo:**

O presente trabalho busca ressaltar a mudança de paradigmas nas famílias contemporâneas, cuja característica primordial passou a ser a afetividade. Esse princípio está implícito na Constituição Federal de 1988, sendo decorrência direta dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (CF/88, Art. 1º, Inc. III) e da solidariedade (CF/88, Art. 3º, Inc. I), bem como dos princípios da convivência familiar e da igualdade entre os cônjuges, companheiros e filhos entre si. Procura-se expor como o afeto é o elemento que executará esta relevante função de qualificar as relações familiares e ordenar todos os seus efeitos.

**Palavras-chave:** afetividade; família; convivência familiar.

#### **Abstract:**

This study aims to highlight the paradigm shift in contemporary families, whose main characteristic has become affection. This principle is implicit in the Constitution of 1988, being a direct consequence of the constitutional principles of human dignity (CF / 88 Art.1º, Inc. III) and solidarity (CF / 88, Art. 3, Inc. I) as well as the principles of family life and equality between spouses, partners and children amongst themselves. We seek to expose how affection is the element that will perform this important function of qualifying the family relations and ordering all its effects.

**Keywords:** affection; family; family life.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade a análise da nova estruturação da família na pós-modernidade e a consideração do afeto como elemento central na relação familiar, pontuando este como um direito do indivíduo e, por conseguinte, um dever dos pais. Considera as possíveis circunstâncias geradoras do dano aos filhos e, conseqüentemente, aponta as soluções pela doutrina e jurisprudência.

A análise é direcionada para o universo das ciências jurídicas, em especial ao Direito de Família, priorizando a análise crítica da legislação correlata, confrontando-se a sua pertinência e adequação às demandas da atualidade.

Problematiza quais possíveis conseqüências para os filhos que passam por situações de abandono afetivo e os aspectos jurídicos decorrentes desse abandono.

Desde o século XX, observaram-se diversas transformações na forma de viver e se relacionar das pessoas, assim como uma nova compreensão do papel da família e de sua importância no desenvolvimento e na formação do indivíduo. Novos valores que se consolidaram ao longo desse período, trazendo, dentre outros, a afetividade como um valor fundamental no seio da família. Nesse contexto, verifica-se a necessidade constante de atualização do tratamento legal da família, frente a essa nova concepção de direitos e estruturação familiar da atualidade.

Pontua-se a afetividade como um direito, inerente ao primado constitucional da dignidade humana. Sua importância nas relações familiares, tomando-se por base os moldes familiares da pós-modernidade, situando-se, a partir de tal análise, o afeto como um direito fundamental do indivíduo e, por conseguinte, uma obrigação familiar.

## 2 FAMÍLIA

Por conta das transformações ocorridas na sociedade, o conceito de família, outrora vinculado à noção de casamento, onde o pai tinha um papel central ao lado da esposa e filhos, foi gradativamente substituído em função da emancipação feminina e da entrada da mulher no mercado de trabalho. O homem deixou de ser o provedor exclusivo, dividindo as despesas e passou a ter atribuições domésticas nesta nova configuração familiar.

Braga (2012) traz o conceito de família potestativa, que se traduz no direito do indivíduo de formar a família livremente, tendo por mola propulsora a existência do afeto. Este fato denota uma verdadeira democratização dos sentimentos, no qual cada pessoa tem o direito de escolher e se deslocar de uma comunidade de vida para a outra que lhe pareça mais gratificante.

O novo modelo de família se fundamenta sobre os pilares da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo. Atualmente o núcleo reside no indivíduo e não mais nos bens. A família é um instrumento, uma ferramenta que existe e colabora para o desenvolvimento da personalidade de seus membros. Conforme Villela (1994) ressalta, a teoria e a prática das instituições da família dependem, em última instância, da competência em dar e receber amor. A família continua mais do que nunca engajada num projeto de construção e busca da felicidade.

O Estado somente interferirá no que se fizer necessário para proteger algum dos membros deste grupo, como por exemplo, no caso de violência doméstica. A Lei Maria da Penha (L 11.340/06), que tem por finalidade coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, identifica família como qualquer relação de afeto (LMP 5º. III).

## 2.1 Aspectos Históricos

A família constitui o alicerce mais sólido em que se assenta toda a organização social, estando a merecer, por isso, a proteção especial do Estado, como proclama o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que a ela se refere como “base da sociedade”. Em qualquer aspecto que seja considerada, aparece a família como instituição necessária e sagrada, que vem a merecer a mais ampla proteção do Estado, pautada em seus princípios basilares da Carta Magna.

A família constitui-se na primeira célula de organização social, evoluindo gradativamente de forma dinâmica, desde os tempos mais remotos até a atualidade. No estado mais primitivo da formação do núcleo familiar, o homem selvagem inicia o manuseio dos produtos da natureza, cria artefatos e vira caçador. A mulher torna-se cuidadora da prole, o instinto é a perpetuação da espécie, adquirindo habilidades específicas.

Na fase da barbárie, o núcleo familiar recebe e introduz o manuseio da cerâmica, a domesticação de animais e a motivação de subsistência na agricultura.

A família na civilização e na evolução social continua em plena atividade ao elaborar os núcleos mais consistentes de unidade familiar e sofre influência das religiões. Nesta época a entidade familiar estrutura sua organização no patriarcado que deu origem a sociedade tribal. Por conta de a mulher estar tomando conta da prole e do território, a base familiar começa a girar em torno da mulher. Neste cenário verifica-se o início da instituição da família matriarcal. Neste contexto o pai exerce um papel secundário, pois passa um longo tempo ausente, podendo ser desconhecido. A prole e parentes agiam conforme as normas e nome matriarcal.

A família durante um curto período foi matriarcal. O homem assumiu a condução do núcleo e do patrimônio. Engels (2009) enfatiza que a evolução da família está dividida nas seguintes etapas: família consanguínea, punaluana, pré-monogâmica e monogâmica. A primeira caracteriza-se nos grupos conjugais, separadas por gerações, onde os avôs e avós, dentro dos limites do núcleo familiar, são no conjunto, marido e mulher entre si, evoluindo surge a punaluana, exclui-se a relação sexual entre membros da própria família que no ápice foi imposta a proibição entre primos de segundo e terceiro grau. No momento da proibição do casamento entre seus membros a instituição família adquire força na formação social e religiosa. Na formação pré-monogâmica, a mulher deixa a relação múltipla com vários homens e passa a ser propriedade de um homem só. O homem tinha a aceitação da poligamia e a mulher sendo comprovado o adultério era castigada com requintes de crueldade. A família nas formas anteriores não dificultava o homem na relação com a mulher, porém havia na formação pré-monogâmica alguns hábitos que se tornaram raros. O casamento constitui-se um modelo para manutenção de uma esposa, originando a família monogâmica. Sua caracterização é o casamento e procriação, dando ao homem o direito de dissolver o casamento. No Código Napoleônico havia a situação de que o homem poderia ser infiel na condição de não levar a concubina para o ambiente conjugal. Na antiguidade os ritos dominavam o núcleo familiar e suas relações interpessoais.

De acordo com Coulanges (1998) ao retroceder no tempo, se constatou que a casa possuía um altar, que a concepção religiosa transformou a família em um núcleo consistente e evolutivo, a base, a união, no entanto, não era o afeto, mas sim a necessidade de cultuar os Deuses lares. Apesar de apresentar um laço afetivo frágil entre os membros, a união apresentava como interesse a conservação do patrimônio, proteção da honra e a vida. A

afetividade era precária, a perpetuação e conservação dos bens levavam a constituir uma família.

A família no Direito Romano tinha característica patriarcal, concentração de poder na imagem do *pater*. A afetividade não se manifestava e o fundamento era da autoridade masculina sobre a mulher e filhos. A formação era a unidade religiosa, econômica, política e de jurisdição ao mesmo tempo, haviam bens pertencentes à família sendo administrado pelo *pater*.

O cristianismo acentua a autoridade do homem intitulado-o como chefe do lar e sacerdote da família. Com o passar do tempo surge um novo conceito de família, aquela não formalizada somente pelo sacramento do casamento, mas pelo elo da afetividade.

## 2.2 A Família na Modernidade e Pós modernidade

Faz-se necessário diferenciar dois períodos: o da modernidade e o da pós-modernidade. A partir da Revolução Industrial, culminando na Revolução Francesa, o núcleo familiar tinha perfil patriarcal e hierarquizado, onde a figura do pai era o líder da família, a quem todos deviam obediência e respeito, observando suas regras e determinações sem questionamentos. A família era composta por todos os parentes, como unidade de produção e amplo incentivo à procriação.

Carossi (2003) explica que a modernidade nasceu pela nova consciência trazida pela Revolução Francesa, efeito da Revolução Industrial no final do século XVIII. De acordo com a autora: “*uma sociedade moderna deveria ser necessariamente, uma sociedade industrial. A partir de então, o mundo vive em processo de crise e renovação permanente*” (2003, p.55).

Vale ressaltar o papel da mulher nesta contextualização, que com as mudanças resultantes da Revolução Industrial, ganha independência pessoal e social, dando início a grandes mudanças na família, modificando sua estrutura. Após muitas lutas, as mulheres conseguiram conquistar um espaço no mercado de trabalho, antes totalmente ocupado pelo homem, deixando de ter uma atuação meramente doméstica e progenitora, iniciando um duplo papel na configuração familiar. Como reflexo da independência financeira feminina, ocorreram mudanças no núcleo familiar.

Segundo Kumar (1997 apud CAROSSO, 2003, p.55):

O pós-modernismo nasceu da ruptura com a era moderna ou clássica no último quartel do século XIX. Enquanto, na era moderna, as características

principais eram a crença no progresso e na razão; a era pós-moderna é marcada por um caráter romântico e sentimental, tido como irracional e indeterminado, ligado à sociedade de massa e à cultura de massa.

A partir do século XIX a família começou a voltar-se à afeição, deixando de ser uma instituição comprometida em manter os bens e a honra. O modelo de família da atualidade já não é mais a do autoritarismo, nem a que se constitui pelo casamento, mas sim a que se configura pelos laços de afeto. A família da pós-modernidade é marcada pelo afeto entre seus membros e a constante busca pela felicidade.

Cumprir destacar que o Direito de Família, dentre todas as esferas do Direito, é o que mais avançou nos últimos tempos, visto que seu objeto são as relações interpessoais e que estas acompanham os passos da evolução social.

Pereira acrescenta que:

A evolução da estrutura jurídica familiar desencadeou-se a partir da evolução científica, dos movimentos sociais e o crescente fenômeno da globalização. Essa profunda mudança possui suas raízes atreladas a alguns acontecimentos como: à Revolução Industrial, à redivisão do trabalho e à Revolução Francesa, tendo como ideais a liberdade, a igualdade e a fraternidade (2003, p.5).

A sociedade evoluiu e, junto com ela, o desenvolvimento científico que atingiu patamares nunca antes imaginados, como a fecundação artificial em suas diversas técnicas que viabiliza conceber um ser humano sem o método tradicional de reprodução.

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea questionam o antigo modelo tradicional de família. A sociedade pós-moderna passa a conceber um modelo familiar descentralizado, desmatrimonializado e igualitário, onde o núcleo propulsor é o afeto.

A família pós-moderna compreende valores como o afeto, solidariedade e respeito mútuo entre seus membros. Ela se caracteriza através das mais variadas formas de demonstrar amor e afeto. Observa-se que a filiação tem, portanto, suas bases no afeto e na convivência, o que apresenta a possibilidade dela não ser somente a que deriva dos laços de sangue. Isto se expressa como filiação socioafetiva, que não leva em consideração o vínculo biológico ou civil, mas apenas o convívio afetivo, que se traduz numa relação fundamentada no elemento primordial das relações familiares da contemporaneidade: o amor.

### 3 AFETIVIDADE

É indiscutível que a afetividade é essencial à construção da personalidade da criança, que somente poderá desenvolver de forma completa sua sociabilidade, se tiver condições favoráveis de crescimento no convívio familiar. Por isso, ressalta-se aqui a importância da família para a sociedade em geral, compreendendo se tratar de uma entidade natural por excelência.

O princípio da afetividade entendido como o mandamento fundado no sentimento protetor da ternura, da dedicação tutorial e das paixões naturais, não possui previsão legal específica na legislação pátria. Esse princípio está implícito na Constituição Federal de 1988, sendo decorrência direta dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, Inc. III) e da solidariedade (CF/88, art. 3º, Inc. I), bem como dos princípios da convivência familiar, da proteção integral e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos entre si. Verifica-se que no direito de família pós-moderno se sobrepõe a natureza afetiva e cultural e não apenas biológica da família.

Essa derivação não torna o princípio da afetividade subsidiário ou inexistente, ao contrário, ele vem sendo bastante contemplado pelos tribunais, sobretudo em relação ao Direito de Família, regendo com autonomia as questões pertinentes à chamada paternidade socioafetiva.

Neste contexto, Lôbo (2000) é incisivo ao afirmar que

a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

Diniz (2011, p.19) acrescenta que o *“referido princípio nos leva a entender que o fundamento básico do casamento e da vida conjugal é a afeição entre os cônjuges e a necessidade de que perdure completa comunhão de vida”*.

Assim, entende-se que o princípio da afetividade deve reger todas as relações familiares, haja vista que o conceito atual de família não mais se limite à filiação biológica, dando, pois, lugar à filiação socioafetiva, que é aquela caracterizada essencialmente pelo afeto existente entre pais e filhos.

Ademais, através da apreciação dos artigos supracitados, presume-se que a própria Constituição Federal de 1988 atribuiu a este princípio um valor significativo, proporcionando reconhecimento legal e jurídico às relações de parentesco consubstanciadas no princípio jurídico da afetividade, ao passo que propiciou a gradual redução da supremacia do vínculo genético.

Portanto, por conta da filiação afetiva não se faz necessário que os pais estejam sempre presentes, mas sim que demonstrem amor, compreensão e comprometimento, a fim de educar seus filhos para que estes se tornem efetivamente pessoas de caráter e personalidade. A ausência da afeição parental, e não da presença física, pode acarretar danos psicológicos ao longo da vida de um indivíduo.

No conjunto de obrigações do Estado para com os seus cidadãos, este é o primeiro a ter para si o compromisso de assegurar o afeto. Embora a Constituição não tenha a palavra afeto no seu texto, ao reconhecer como entidade familiar as uniões estáveis, a afetividade adquiriu reconhecimento no sistema jurídico. O modelo de família que prevalece nos dias atuais é o eudemonista e o igualitário, dando um espaço para o afeto e a realização pessoal e individual (CARBONERA, 1999 apud DIAS, 2013).

A declaração dos Direitos da Criança, de 1959, estabelece em seu 2º princípio que é dever da criança ser protegida, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, espiritual e moral, de forma sadia e normal em condições de liberdade e dignidade, levando em conta, sobretudo os melhores interesses da criança. No Princípio 6º aparece expressamente a necessidade do afeto nas relações parentais para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe.

À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

Percebe-se neste trecho a afirmação clara da importância e obrigatoriedade do afeto dos pais para com sua prole. Não se cogita a possibilidade de que os pais estejam sempre

presentes, mas sim, o dever deles de demonstrar seu amor e compreensão, a fim de educar seus filhos para que estes se tornem efetivamente pessoas de caráter e personalidade.

Dias (2013) ressalta que a consagração dos direitos de crianças, adolescentes e jovens, como direitos fundamentais (CF 227), incorporando a doutrina de proteção integral, alterou substancialmente os vínculos de filiação. O §6º assegura aos filhos os mesmos direitos e qualificações. Não cabe mais falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos, não se aceitando mais este tipo de adjetivação discriminatória. A autora acrescenta que a maior fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os coloca em posição de um tratamento especial, cujo resultado é a consagração constitucional do princípio de que é assegurado a crianças, a adolescentes e jovens, com prioridade absoluta, 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. Também são colocados a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF 227 apud DIAS, 2013, p. 70).

O vínculo existente entre pais e filhos possui características mais do que meramente afetuosas, um caráter de obrigação jurídica. Portanto, essa relação, para o Direito, se baseia em um dever legal: o dever de cuidar, que engloba uma série de compromissos dos pais para com seus filhos, dentre eles, o dever de afeto – talvez um dos mais importantes para uma relação familiar.

O dever de cuidar vai muito além do viés financeiro. Não se fala aqui em “dever de amar” (até porque o amor não é um dever, não pode ser cobrado e sua ausência jamais poderia ser compensada em hipótese alguma), mas se trata de um dever que os pais têm pela integridade e dignidade de sua prole, tendo em vista que a construção da personalidade individual se dá pelo afeto, pela convivência social harmoniosa entre os integrantes da família (ANDRADE, 2014).

### 3.1 Abandono afetivo

O abandono afetivo ocorre quando um dos membros da relação parental se afasta de sua prole, por conta da dissolução da união conjugal. O filho abandonado por vezes não consegue identificar as causas da separação de seus pais. O rompimento do elo conjugal não

pode ocasionar o afastamento ou ruptura do laço afetivo dos filhos provenientes desta relação, pois o vínculo de filiação é *ad eternum*.

O conceito de afetividade legalmente expresso não se reduz ao amor exclusivamente, mas ao cumprimento dos deveres inerentes de pais para com os filhos, como o dever de guarda, ou seja, cuidar dele pessoalmente, protegê-lo das dificuldades e orientá-lo naquilo que for necessário; de criação e de educação, dentro e fora do ambiente escolar.

O progenitor que não possui a guarda do filho não pode e não deve deixar de estar presente na vida deste. A ausência em datas comemorativas, reuniões escolares, momentos de aprendizagem e a não orientação na conduta podem gerar consequências irreparáveis na formação do caráter e da personalidade da criança. Os danos causados pela ausência de um dos membros da relação parental podem ser irreversíveis. De acordo com psicólogos, crianças vítimas de abandono afetivo podem se tornar agressivas, isoladas ou num quadro mais agudo, entrar em depressão.

Os pais devem estabelecer entre si uma relação respeitosa, a fim de salvaguardar uma sólida estrutura familiar para a criança. Um ambiente desta natureza propiciará a esse indivíduo as bases necessárias para o seu crescimento, formação e desenvolvimento como cidadão empoderado de competências socioculturais e afetivas.

Além dos aspectos acima mencionados, a afetividade é um direito previsto no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8069/90), que estabelece ser dever da família e do Estado assegurar à criança a garantia de seus direitos:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Portanto, é clara a necessidade do convívio, da presença dos pais na vida dos filhos durante o seu crescimento e conhecimento da sociedade na qual estão inseridos.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça julgou possível a compensação por danos morais no caso de abandono afetivo, considerando que é obrigação dos pais promover a educação dos filhos, compreendendo-se nela a criação, companhia e cuidado. Dessa forma, há uma distinção entre o abandono material, previsto no ordenamento jurídico, e o abandono afetivo, ocorrido a partir da separação parental. Há que se considerar, ainda, que esse

abandono se configura como um ilícito civil previsto no ordenamento jurídico como omissão, já que os pais têm obrigação moral e legal de cuidar dos filhos.

Os artigos 3, 4 e 5º da lei 8069/90 adotaram a doutrina jurídica da proteção integral, regulamentando os direitos fundamentais da infância e adolescência (inseridos no artigo 227 da CF/88), com o propósito de resguardar o indivíduo que tem fragilidade de autoproteção, evitando uma equiparação com o adulto. Esses artigos delimitam caminhos no intento de efetivar o direito.

A configuração da palavra Proteção é integral e sua interpretação é no sentido literal, com sua originalidade e propriedade, tornando todas as crianças e adolescentes proprietárias de somente um direito que é o de viver de forma digna.

Dias (2009) expõe que cada situação deve ser decidida com cautela. O processo indenizatório por abandono afetivo é um instrumento importante na configuração de um direito da família que apresenta uma adequação e harmonia na sociedade atual; pode desempenhar o papel pedagógico no núcleo das famílias diante das relações, evidenciando que o relacionamento na condição de pena de ressarcimento ou recompensa financeira não é a melhor forma de reestabelecer algum vínculo, seja afetivo ou solidário. Mesmo que a simples presença do genitor não guardião seja por temeridade de condenação é melhor do que gerar um sentimento de abandono, por parte daquele que tem absoluta necessidade de proteção.

#### 4 ASPECTOS NORMATIVOS

A promulgação da nova Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) significou um importante marco político-jurídico para a transição democrática brasileira e a institucionalização dos direitos humanos no país. A família recebeu novos contornos, vislumbrando princípios e direitos conquistados pela sociedade.

Denominada Constituição Cidadã, a CF/88 trouxe avanços no que se refere ao reconhecimento dos direitos individuais e sociais das mulheres. A participação dessas no processo constituinte foi de grande repercussão na história político-jurídica do país. Com os lemas “*Constituinte para valer tem que ter Palavra de Mulher*” e “*Constituinte para valer tem que ter Direitos da Mulher*”, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), criado pelo Congresso em 1985 (Lei nº7353), elaborou e divulgou a campanha *Mulher e Constituinte*, a qual mobilizou uma série de debates entre as mulheres, por todo o Brasil, e

resultou na *Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes*, elaborada, por mais de mil mulheres que foi entregue ao Congresso Nacional no dia 26 de agosto de 1986.

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como um dos seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 1º, III; artigo 3º, IV).

A Carta Magna de 1988 adotou uma nova ordem de valores, realizando uma verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três artigos que se constituem em pilares básicos:

Arts. 5º, I - Consagra o princípio da igualdade entre homens e mulheres, inclusive nos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, revogando mais de uma centena de artigos do CC/16.

Art. 226, §5º - Estabelece a família como a base sociedade e com especial proteção do Estado. Determina ainda que a entidade familiar é plural, reconhecendo como tal, além da criada pelo casamento, a união estável e a família monoparental.

Art. 227, § 6º - Vislumbrando a igualdade e dignidade humana, preceitua que são iguais os filhos entre si, tornando a diferenciação dos filhos antes feita pela doutrina em “legítimos e ilegítimos”, ou preterimentos, impossíveis no aspecto jurídico, inclusive daqueles que surjam fora do contexto do casamento. Desta forma todos os filhos passam a ter iguais direitos perante a lei.

O Direito de Família compreende um conjunto de princípios constitucionais que não são possíveis de serem visualizados em outros ramos jurídicos.

Segundo Dias (2011, p. 57):

Toda interpretação do nosso direito vigente deve emanar da nossa “Carta Magna” e, sendo assim, podemos determinar uma eficácia ampla e com menos incidência de erros interpretativos.

[...] É no direito das famílias em que mais se sente o reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes. Os princípios que regem o direito das famílias não podem distanciar-se da atual concepção da família dentro de sua feição desdobrada em múltiplas facetas. A Constituição consagra alguns princípios, transformando-os em direito positivo, primeiro passo para a sua aplicação.

Cumprido destacar que o Direito de Família, dentre todos os ramos do Direito, é o que mais avançou nos últimos tempos, visto que seu objeto são as relações interpessoais e que estas acompanham os passos da evolução social.

Quanto ao aspecto infraconstitucional, cabe destacar a lei nº 10406 de 2002, que instituiu o novo Código Civil Brasileiro, fruto do projeto de lei nº 634/75, a qual teve como um dos relatores o parlamentar Ricardo Fiuza. Sancionada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso no dia 10 de janeiro de 2002, foi aprovada e entrou em vigor após sua publicação no Diário Oficial da União, no dia 11 de janeiro de 2002. Apesar de instituir um Código Civil novo, na época de sua vigência já estava desatualizado. Levando-se em consideração que a sociedade está em constante transformação e que a legislação precisa acompanhá-la, a lacuna de vinte anos representou grande perda na conquista de novos direitos, pois estes já haviam sido contemplados pela CF/88.

Leite (2008), no texto “O novo direito de família”, destaca algumas mudanças significativas na legislação. Para a autora é clara a mudança na estrutura do Código em relação ao direito de família, pois diferentemente de outrora, atualmente divide-se em direito pessoal, patrimonial, união estável, tutela e curatela. No antigo Código, dividiam-se em casamento, relações de parentescos e institutos protetivos da tutela, curatela e ausência.

Ao se estudar Direito de Família no Brasil constata-se que o divisor de águas entre os Códigos Civis de 1916 e 2002 é a Carta Magna de 1988, foi o fator culminante da lenta evolução legal das relações familiares e de parentesco, conforme ressalta Dias (2009, p. 31):

O Código Civil procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família, instituído com base na nossa atual Carta Magna, garantidora de nossos direitos, preservando a estrutura anterior do Código Civil, todavia, com a devida incorporação das mudanças legislativas ocorridas por meio da legislação esparsa.

Lôbo (1999, p. 307-308) complementa que:

Até 1988, tem-se a história do contínuo desmonte da família patriarcal, deslegalizando-se e deslegitimando-se as desigualdades jurídicas. [...] Impunha-se a reforma, tendo em vista o significativo aumento entre nós, de normas dispersas, margeantes, e até mesmo conflitantes, que foram se acumulando na tentativa de adaptar, ou de afeiçoar, o direito legislado às gigantescas transformações operadas na estrutura da sociedade brasileira. Nem sempre, contudo, este método de revisão e adaptação legislativa foi seguro e prosperou eficientemente, tendo em vista, especialmente, o fato que o Código Civil de 1916 houvera sido, dentre outras razões citadas, elaborado para um país diferente, para um povo de costumes distintos, em diversa época, e em face de outros anseios e de outros valores.

Cabe destacar ainda legislação sancionada no interregno da CF/88 e o CC/02, com influência fundamental na elaboração do novo Código, ou seja; A Convenção dos Direitos da

Criança da Organização das Nações Unidas (ONU), adotada na Assembleia-Geral das Nações Unidas de 20/11/89, ratificada pelo Brasil em 24/9/90, em vigor desde 23/10/90 e promulgada pelo Dec. nº 99710/90; e O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), lei nº 8069 de 13/Jul/90.

Diante das inovações do CC/02, referentes aos institutos da criança e do adolescente, torna-se imperiosa uma análise no que tange ao pátrio poder, que recebeu uma nomenclatura moderna, com uma função mais abrangente, passando a denominar-se "*poder familiar*". Atualmente, o poder familiar representa uma série de obrigações dos pais em relação aos cuidados pessoais dos filhos ainda menores, bem como da administração do seu patrimônio. Foi instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores.

O entendimento vigente é de total proteção da criança e do adolescente, não importando e nem significando, que o interesse da criança esteja acima do interesse dos pais, visto que cada membro da entidade familiar tem sua função complementar.

#### 4.1 Princípios

A doutrina tem destacado princípios que orientam e respaldam o direito de família. Entre os princípios destaca-se primeiramente o da dignidade humana.

Princípio fundamental de todo o ordenamento jurídico positivo do Estado Democrático de Direito, basilar da despatrimonialização da entidade familiar: comunidade de ajuda recíproca e de afeto, onde seus membros estão envolvidos por um laço mais emocional, voltado para a busca do prazer e da felicidade. Tal princípio tem sua matriz no pleno desenvolvimento de cada membro da família, em especial à criança e ao adolescente para que vivam de forma digna e tenham um bom desenvolvimento junto à sociedade.

Nesse sentido, Dias (2013, p. 66) ressalta que

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Pode-se dizer que os demais princípios do Direito da Família advieram do princípio da dignidade da pessoa humana. Como por exemplo; o princípio da proteção integral à criança e

ao adolescente previsto no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, assim como no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90.

O artigo 6º, do mesmo Estatuto, esclarece que na interpretação desta Lei deverá ser levada em conta, dentre outras coisas, a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em evolução e desenvolvimento.

Por esse motivo foi dado a este princípio *status* de prioridade absoluta, consolidando uma nova maneira, mais justa e eficaz, de se conferir proteção à criança e ao adolescente. O princípio de proteção integral só poderá ser realmente efetivado com o apoio e incentivo permanente da família, da sociedade e, especialmente, do Poder Público.

Outro princípio que se destaca é o da Igualdade e respeito à diferença. De acordo com Dias (2013), a ideia principal é salvaguardar a igualdade, pois esta representa a ideia de justiça. Contudo, os conceitos de igualdade de justiça evoluíram, e isto implica em “*conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento*” (2013, p. 67).

O Código Civil de 2002, na esfera familiar, ressaltou, no art. 1511, que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Reafirmando o direito à igualdade estabelecido na CF/88: “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*” (Art. 5º. I).

No que tange aos filhos, o CC/02 no seu art. 1596 e o ECA (Art. 20) repetem *ipsis litteris* a redação do § 6º do Art. 227 do texto constitucional: “*Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*”. Deste modo, fica claro que não pode haver discriminação entre os filhos, sejam eles oriundos do casamento ou de qualquer outro tipo de relacionamento, proibido qualquer meio que os diferenciem de forma discriminatória como, por exemplo, anotações no registro de nascimento sobre a adoção de uma criança.

Sobre a igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros Diniz (2011, p. 19) declara que

Com este princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que marido e mulher tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, o patriarcalismo não mais se coaduna com a época atual, nem atende aos anseios do povo brasileiro; por isso, juridicamente, o poder de família é substituído pela autoridade conjunta e indivisiva, não mais se justificando a submissão legal da mulher. Há uma equivalência de papéis, de

modo que a responsabilidade pela família passa a ser dividida igualmente entre o casal.

Cabe destacar ainda o Princípio do planejamento familiar e da paternidade responsável. Segundo a Constituição Federal (1988), o planejamento familiar é livre decisão do casal, cabendo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito; fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo dever dos pais priorizar o bem estar físico, psíquico e espiritual da criança.

A utilização do termo “paternidade responsável” parece num primeiro momento compreender apenas a atuação do pai sobre a educação dos filhos, talvez ficasse mais claro se a sua nomenclatura fosse “parentalidade responsável”.

De toda sorte, a despeito do termo empregado, sabe-se que a paternidade responsável implica num planejamento familiar para que o filho seja concebido e criado dentro de um lar que garanta todos os direitos atinentes à criança ou adolescente, como alimentação, educação, lazer, respeito, dignidade, e, sobretudo, afeto, na perspectiva de que filho é para toda a vida.

O direito ao planejamento familiar foi regulamentado pela Lei do Planejamento Familiar, nº 9263/96, que garante o planejamento familiar como direito de todo cidadão e o define em seu art. 2º como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Diretamente ligado a questão da afetividade, outro princípio importante é o da solidariedade familiar. De acordo com Dias (2013) solidariedade é o que cada indivíduo deve ao outro. Esse princípio tem sua base nos laços afetivos, compreendendo essencialmente a fraternidade e reciprocidade.

A regra matriz do princípio da solidariedade é o inciso I do art. 3º da CF/88 que estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A solidariedade do núcleo familiar compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material, ou seja, patrimonial, mas também afetiva e psicológica. O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado. Em poucas palavras: de solidariedade civil.

Conforme ressalta Dias (2013, p. 69):

A lei civil igualmente consagra o princípio da solidariedade ao prever que o casamento estabelece plena comunhão de vidas (CC 1.511). Também a obrigação, em regra, reciprocamente credores e devedores de alimentos. A imposição de obrigação alimentar entre parentes representa a concretização do princípio de solidariedade familiar. Também os alimentos compensatórios têm como justificativa o dever de mútua assistência, nada mais do que a consagração do princípio da solidariedade.

## 5 FAMÍLIA E AFETIVIDADE

Conforme destaca Rosa (2013), a Carta Magna acolheu as transformações sociais da família brasileira, reconhecendo a igualdade entre cônjuges e filhos, bem como contemplando outras formas de arranjos de família fora do matrimônio. Além disso, a família deixou de ser caracterizada como um núcleo econômico e produtivo, deslocando-se para um modelo sócio-afetivo, no qual seus membros têm por papel se respeitar e ajudar mutuamente. Segundo Rosa (2003, p. 40): *“família, afinal, é o lugar privilegiado da realização da pessoa, pois é aí que se inicia e se desenvolve todo o processo de formação da personalidade do sujeito”*. Passa a ter, dessa forma, um lugar do afeto e do amor. Assim, o afeto que se tratava de um sentimento *“passou a ter valor jurídico na esfera das relações familiares, sendo instrumentalizado pelo princípio da dignidade humana”* (ROSA, 2013, p. 41). Com a chegada da CF/88 foi possível vivenciar uma tipologia das famílias sob o enfoque plural, direcionado a felicidade dos indivíduos ligados entre si. Verifica-se a consolidação de inúmeras possibilidades de realização por meio do afeto.

Existem três espécies de famílias no texto constitucional. Todavia verifica-se ainda um excesso de protecionismo para família matrimonial, estas se dividem em:

- **Matrimonial:** união legal de um homem e uma mulher com o propósito de construir família, vivendo em igualdade de direitos e deveres (Arts. 226 e 1511 CC/02). Observa-se que durante séculos a igreja tomou o casamento como um sacramento, o que evidenciava a sua indissolubilidade. Por conta deste fato, percebe-se um excesso de regulamentação para este modelo de família, aproximadamente 70 artigos (Arts. 1511 a 1582), em detrimento de outro modelo, família convivencial cujo código civil só reserva 5 artigos (Arts. 1723 a 1727).
- **Convivencial:** Também chamada de união estável. Valem ressaltar os requisitos trazidos pela CF/88 para o reconhecimento da família convivencial: dualidade de

sexos<sup>1</sup>; publicidade; durabilidade; continuidade; objetivo de constituição de família (Art. 1723 CC/02; Art. 226 CF/88).

- Monoparental: o § 4º do art. 226 CF/88, aponta pela primeira vez que a família também pode ser constituída por “qualquer dos pais e seus descendentes”. É aquela em que um progenitor convive e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos ou adotivos.

A estrutura deste tipo de família pode ainda ocorrer do exercício da parentalidade de forma autônoma, seja pela adoção ou pela reprodução assistida.

De acordo com Lôbo (2003) a CF/88 suprimiu a cláusula de exclusão, que permitia apenas a família pelo casamento, vigente nas Constituições anteriores por um escopo mais abrangente de inclusão de outros núcleos, desta maneira, pode-se elencar as famílias implicitamente arroladas no texto constitucional e que merecem a mesma proteção do Estado, a saber:

- Unipessoais: foi reconhecido pelo direito de família contemporâneo, o *status* familiar ao solteiro, separado, divorciado ou viúvo, que se encontra sem qualquer relacionamento convivencial. Ocorre com frequência entre jovens independentes economicamente que saem de seus lares de origem, antes de formar nova família ou ainda entre idosos independentes que mantêm suas despesas em suas próprias casas.

- Parental: formada normalmente por grupos de irmãos ou primos, que durante um período, reúnem-se para dividir as despesas inerentes à habitação e alimentação.

- Anaparental: se caracteriza pela família sem a presença dos pais. Como ressalta Dias (2009, p. 48) “*Não é a verticalidade dos vínculos parentais em dois planos que autoriza reconhecer a presença de uma família merecedora da proteção jurídica*”. Assim, a estrutura formada por vários irmãos que foram abandonados pelos pais, que continuaram por muitos anos a viverem juntos, e tendo o primogênito assumido as responsabilidades da figura paterna para com os demais irmãos, dando amparo não somente no sentido econômico, mas também afetivo, constitui um dos possíveis modelos de família anaparental. O propósito desta entidade é constituir um elo familiar (BARROS, 2011; MANDALENO, 2011; KUSANO, 2010).

- Solidária: trata-se de um convívio de pessoas que através de um esforço coletivo se ajudam e se mantêm mutuamente, como “se família fossem” (MATOS, 2008 apud ROSA, 2013).

---

<sup>1</sup> Em 5 de maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a família homoafetiva, conferindo aos casais homossexuais o direito à união estável. Esta decisão foi proferida no julgamento da ADI 4277-DF e ADPF 132-RJ.

- **Pluriparentais:** constituída como consequência do divórcio, da separação e do recasamento. Podem ser chamadas de “mosaico” ou “reconstituídas”, construídas novamente e por isso compreendem filhos de ambas as partes. De acordo com Rosa (2013) constitui-se em parentesco por afinidade entre os membros das famílias pluriparentais.

- **Extensa:** trazida com a nova redação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Com o advento da lei de adoção (Lei 12010/2009), a família não apenas se restringe aos genitores, pode também ser constituída por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente se relacione, desde que os vínculos de afeto e afinidade existam e se configurem (Art. 25, § único, ECA).

- **Homoafetiva:** uma das principais aplicações do princípio da dignidade humana e igualdade está no direito que o indivíduo possui de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Esta entidade familiar descreve deste modo as relações entre pessoas do mesmo sexo.

- **Simultânea:** caracteriza-se pela manutenção simultânea de mais de um relacionamento afetivo estável. Pode ser concomitante a um casamento ou uma duplicidade de família convivenciais.

Conforme evidencia Rosa (2013), antes de quaisquer julgamentos de natureza moral, é necessário dar proteção aos membros de ambos os núcleos.

- **Poliafetiva:** configuração familiar composta por três pessoas ou mais. Diferentemente do que ocorre na família simultânea, existe uma vivência entre os membros do relacionamento.

- **Eudemonista:** essa entidade familiar moderna privilegia a busca da felicidade e realização pessoal, onde os membros inseridos na mesma colaboram para o crescimento coletivo, num clima de respeito mútuo e afeto constante (GIORGIS, 2010 apud ROSA, 2013).

### 5.1 Deveres dos genitores

Conforme destaca Dias (2013), historicamente os filhos sempre estiveram sob a proteção e os cuidados maternos. Por conta disso, quando havia a dissolução da entidade familiar, os filhos só podiam ficar com a mãe. No Código Civil de 1916, o filho ficava com o cônjuge “inocente”, estabelecendo um culpado único pelo desquite, este era punido com a perda da guarda da prole. Por outro lado, se pai e mãe fossem culpados, os filhos menores

deveriam ficar com a mãe. Mas se esta fosse a única culpada pela separação, os filhos não poderiam permanecer em sua companhia. Essas regras não contemplavam o direito da criança, apenas a conduta dos genitores era levada em consideração. Vale reforçar que a Lei do Divorcio (1977) também privilegiava o cônjuge “inocente”.

A lei nº 11.698/08 altera o Código Civil, deixando de priorizar a guarda individual, para estabelecer o que é guarda unilateral e guarda compartilhada (CC 1.583 § 1º). Vale ressaltar que a preferência é pelo compartilhamento (CC 1.584 § 2º).

Conforme assinala Dias (2013, p.451): “*O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais*”. Assim, passando o filho a morar com um dos pais, a este ficava o direito de convivência, isto é, cabia a ele a guarda do menor.

Havendo consenso entre os cônjuges, o critério que norteará a definição da guarda dos filhos será a vontade dos próprios genitores, que deverão decidir de acordo com o que entendem ser mais adequado para os seus filhos.

Nos casos de separação litigiosa, como não há acordo entre as partes, caberá ao juiz a decisão de quem ficará com a guarda dos filhos. Essa decisão, evidentemente, será pautada nos interesses do menor, observando as suas necessidades específicas e a distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

No Direito de Família a premissa da cláusula *rebus sic stantibus* vigora, o que permite a mudança da decisão a qualquer tempo.

A lei nº 11.698/08 deu nova redação aos Arts. 1583 e 1584 do CC/02, alterando sensivelmente a situação da guarda. Agora, a guarda tem três modalidades, a unilateral, a compartilhada e a alternada.

A guarda unilateral é aquela em que um genitor detém a guarda (entendido isto como sendo o local onde a prole irá residir), ficando ao encargo do outro genitor a contribuição financeiramente para o sustento (pagamento de pensão alimentícia) e o direito de visita (exercício do direito de convívio ou direito de contato), consoante acordado. Também lhe é concedido, conforme pontua Dias (2013) o direito de acompanhar a educação do filho através do recebimento do boletim de rendimento escolar e de frequência.

Em se tratando de guarda, deve prevalecer sempre o interesse do menor.

Estabelece o CC/02, em seu art. 1583, § 2º, que a guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la, e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos afeto, saúde, segurança e educação. Alguns outros parâmetros, objetivos e subjetivos, também são levados em conta para se estabelecer a guarda, tais como: Não separar os irmãos, é mais saudável que sejam criados juntos. Observar as condições materiais dos pais (é elemento importante, mas não fundamental). A profissão dos pais, já que o trabalho pode influir na convivência com a prole. Os laços afetivos entre a prole e os pais, pois dependendo da afinidade um terá mais facilidade que o outro. Condições moral e intelectual dos pais, independente da condição financeira; o pai ou a mãe podem ter restrição comportamental que impeça de criar o filho(s) menor(es) adequadamente.

Em suma, tudo que for considerado eficaz para o bem estar social e espiritual do guardado, deve ser levado em consideração para se estabelecer a guarda, qualquer que seja a modalidade.

Cabe ressaltar que a responsabilidade sobre os filhos não se encerra com a "*dissolução*" para nenhum dos genitores, nem para o guardião e muito menos para o não guardião (Art.1632 do CC/02).

A jurisprudência já estabeleceu que aquele que não é o guardião também tem o direito de participar da direção da educação dos filhos. O CC/02 vai mais além, conforme o disposto no art. 1583, § 3º: A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

A guarda compartilhada ou conjunta surge para evitar o enfraquecimento do laço parental, contribuindo assim com o desenvolvimento mental, social e físico do menor. Possibilita que os filhos e os pais tenham um convívio e relacionamento frequente, minimizando assim os efeitos do distanciamento do genitor não guardião. A guarda compartilhada no Brasil teve sua origem em 2008, todavia deveria ser decidida pelo juiz sempre que possível, e o que se observava era que em 87% dos casos os filhos ficavam com a mãe, sendo ao pai reservado apenas finais de semana e visitas com hora marcada (BARRO, 2014).

Nesse sentido Comel (2013, p. 175) enfatiza que

Em tese, seria o modelo ideal, a manifestação mais autêntica do poder familiar, exercido por ambos os pais, em igualdade condições, reflexo da harmonia reinante entre eles. Os dois (pai e mãe) juntos, sempre presentes e

atuantes na vida do filho, somando esforços e assumindo simultaneamente todas as responsabilidades com relação a ele (filho).

No que concerne a tal modalidade de guarda, faz-se necessário algumas colocações, pois há interpretações diversas sobre o tema.

Não se pode questionar que a continuidade do convívio da criança com ambos os pais é indispensável para o seu desenvolvimento emocional de forma saudável.

A guarda compartilhada não é, como parece a alguns, a divisão exata do tempo do menor entre os dois genitores. É a divisão de encargos e atribuições a respeito dos filhos, não necessariamente das horas de convívio.

Sua característica não é o local de moradia, mas as condições de pai e mãe assumirem, em igualdade, responsabilidades e decisões, conforme definido no CC/02, Art. 1583, § 1º

Nesse sentido Grisard Filho (2009, p. 115) declara que

Este modelo, priorizando o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, é uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhante a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal, ou de fato.

Para que a guarda compartilhada de fato aconteça impõe-se que os pais tenham saído da dissolução da entidade familiar sem mágoas ou ressentimentos insuperáveis, amadurecidos e dispostos a continuar conjugando esforços para buscar o atendimento conjunto dos interesses da prole.

Dias (2008), referindo-se a guarda compartilhada declarou que

Na separação, um tenta se vingar do outro pela perda do sonho do amor eterno. O que fica com a guarda, diz: o filho é meu. Com a guarda compartilhada, o filho deixa de ser um troféu.

A eminente jurista sustentava que a guarda compartilhada deveria ser fixada sempre que possível, mesmo quando não existisse consenso entre os pais (Art. 1584, § 2º, do CC/02).

A guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, visto que nem sempre os genitores possuem condições financeiras igualmente satisfatórias.

Vale enfatizar que foi divulgado pelos meios de comunicação que o plenário do Senado aprovou em 26 de novembro de 2014 o projeto que institui a guarda compartilhada

mesmo em caso de disputa entre pais divorciados. O texto, que altera o artigo 1534 do Código Civil, vai à sanção presidencial.

A proposta esclarece que a justiça deverá conceder guarda compartilhada aos pais mesmo quando não houver acordo entre eles quanto à guarda do filho. O projeto também expõe que a guarda unilateral será concedida apenas se um dos genitores declarar que não tem interesse ou caso o juiz verificar que um deles não tem condição de cuidar da criança. Deste modo, quem abrir mão da guarda fica obrigado a supervisionar os interesses da criança.

Ainda conforme o texto, o tempo de custódia física dos filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre a mãe e o pai, tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. Além disso, no caso de guarda compartilhada, o juiz também deverá estabelecer que a base de moradia dos filhos deve ser a cidade que melhor atender aos interesses da criança.

Barros (2014, p. 93) aponta um estudo feito em 2002, pelo psicólogo americano Robert Bauserman, que após analisar 33 pesquisas sobre a guarda compartilhada constatou que crianças criadas sob esse arranjo familiar têm *“menos problemas emocionais, autoestima mais elevada e notas melhores no colégio, além de laços familiares mais fortes, do que aquelas que vivem com apenas um dos pais”*.

A Guarda Alternada consiste no exercício exclusivo da guarda, alternadamente, segundo um período de tempo pré-determinado, que pode ser anual, semestral, mensal, findo o qual os papéis dos detentores se invertem. A guarda alternada é também unilateral, pois num curto espaço de tempo só um dos pais detém a guarda. Criam-se regras, espaços e tempos próprios e o filho participará da alternância sistematizada da convivência.

Vale ressaltar que o genitor que detenha a guarda alternada é o titular dos direitos e deveres que compõe o poder familiar, no espaço tempo em que exerce a guarda, e continuará a exercê-lo parcialmente nos momentos que a prole não esteja sob a sua guarda, isto é, mesmo no período em que um dos pais não esteja com a guarda dos filhos estará exercendo as atribuições do poder familiar, podendo interferir na criação e educação destes.

A lei 11698/08 não regulamenta a guarda alternada, pois afirma que *“A guarda será unilateral ou compartilhada”* (art. 1.583) e muitos juristas a criticam, mas tem sido aceita em alguns tribunais, haja vista que deve prevalecer sempre o interesse do menor.

## 5.2 Responsabilidade decorrente do abandono

O conceito atual de família exige que os pais criem e eduquem os filhos sem omitir o carinho necessário para a plena formação de sua personalidade. Dessa forma, mesmo que os genitores estejam separados e se estabeleça a guarda unilateral, àquele que não possuir a guarda é assegurado o direito de visitas (CC 1.589), permitindo que ambos os pais convivam com os filhos. Quando um dos genitores se distancia dos filhos, esse rompimento do elo de afetividade pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável.

Alguns estudos mostram que em virtude da ausência do pai e pelo abandono sofrido, as crianças e os adolescentes podem vir a ter uma série de consequências na estruturação psíquica, refletindo de modo desastroso nas relações sociais, podendo ocasionar dificuldade de relacionamento, baixa autoestima, ansiedade, agressividade, delinquência juvenil (FERRAZ, 2010). Dias (2013, p. 470) reforça que “*comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo suscetível de ser indenizado*”. Por mais que a criança passe a sua vida cercada dos avós, tios e primos, recebendo destes todo o afeto desejável, ainda assim a lacuna do afeto por parte de um dos progenitores dificilmente será suprida.

De acordo com Ferraz (2010), um dos primeiros momentos constrangedores que uma criança com pais separados sofre na infância é no interior da escola. Com a chegada das datas comemorativas, a saber dia das mães ou dos pais, ela geralmente prepara uma lembrança para fazer a homenagem ao seu ente com os demais colegas de turma e no dia da comemoração, o homenageado não aparece. Muitas vezes a causa de um mau desempenho escolar também recai na falta de acompanhamento, ajuda e motivação por parte do genitor não guardião.

O ambiente familiar, algumas vezes, ao invés de ajudar na formação da criança, atrapalha, corroendo toda uma estrutura emocional ainda em formação. A criança vítima do abandono afetivo não tem discernimento para superar, pois no auge de sua formação psicológica é incapaz de determinar as causas da separação de seus progenitores, ou de entender o afastamento de um deles, que com o passar do tempo, ocorre de ser tornarem meros (des)conhecidos uma para o outro. O abandono afetivo preenche os pressupostos da responsabilidade civil como esclarece Dias (2013, p. 471):

A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. E quem causa dano é obrigado a indenizar. A indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas.

No código penal brasileiro, no título VII “dos crimes contra família”, dispõe de três formas de abandono, sendo eles: o abandono material, abandono intelectual, e por fim, o abandono moral. O abandono afetivo, entretanto, não foi positivado na lei ou sequer mencionado na Constituição Federal, não estipulando penas de caráter punitivo pela inobservância do elemento “dever de afeto”. Contudo, como afirma Costa (2008), o abandono afetivo é tão prejudicial quanto o abandono material, pois este pode ser superado com a dedicação de um dos genitores ao trabalho, ao passo que o abandono afetivo não, pois corrói os princípios morais, se estes não estiverem consolidados na personalidade da criança ou do adolescente.

Para que seja configurado dano é necessário a violação de um direito e sua correlação direta com a causa deste dano a outros, sem uma prova não há como responsabilizar alguém pelo dano. É indispensável apresentar um prejuízo sofrido tanto de natureza material quanto moral, sempre será devida a indenização quando se constatar que um ato ilícito resultou em um dano. A indenização como resultado do dano moral se caracteriza por uma compensação.

A responsabilidade civil saiu da esfera contratual para entrar no direito de família brasileiro buscando na indenização pecuniária uma forma de suprir um espaço vazio deixado em razão do grande sofrimento causado pelo abandono afetivo parental. A prática de um ato ilícito gera uma obrigação, um dever de indenizar a vítima que foi lesada pelo ato.

O abandono afetivo parental se configura um ilícito, pois deve ser entendido como uma lesão extrapatrimonial a um interesse jurídico tutelado, causada por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício do poder, gerando obrigação indenizatória para as funções parentais (PEREIRA, 2006 apud DIAS, 2013). Conforme evidenciado no artigo 186 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Combinado com o artigo 927 CC/02: “aquele que por ato ilícito (artigos. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Portanto, ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, tem por função alertar aqueles que cometem o referido ato, no sentido de mostrar que esta conduta não será permitida pelo ordenamento jurídico. Mesmo que o pai visite o filho apenas por medo de ser condenado a pagar indenização, isso é melhor que gerar danos irreparáveis causados pelo abandono. Dias (2013, p. 470) corrobora que “não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor”.

Verifica-se na literatura que existe possibilidade de reparação do ato ilícito praticado, denominado abandono afetivo parental. Deixar de indenizar um filho pelo abandono pode abrir precedentes para que mais casos aconteçam e que não se observe a punição devida.

É evidente que o viés econômico não elimina o sofrimento, porém serve como um consolo para abrandar o dano oriundo do abandono. Este recurso pode ser utilizado para cobrir despesas inerentes a um tratamento psicológico. Não existe uma tabela de preços fixada para este tipo de indenização, ficando a critério do juiz que julgará a causa.

A indenização por abandono afetivo, utilizada com parcimônia, poderá transformar-se em instrumento de relevância para a configuração de um direito de família mais consentâneo com a contemporaneidade (HIRONAKA, 2010 apud FERRAZ, 2010).

A literatura já aponta casos de indenização por danos causados pelo abandono afetivo. No meio jurídico as posições ainda são divergentes. E em se tratando de algo de natureza tão subjetiva há que se ter cautela na apreciação do tema.

No julgamento do tribunal do estado do Rio Grande do Sul, em 2003, a Comarca de Capão da Canoa, deu a primeira sentença de indenização por danos morais na relação por abandono afetivo paterno-filial no Brasil. O pai foi obrigado a pagar R\$ 48 mil a filha, na época com 9 anos, por rejeição, abandono, descaso e descumprimento de seu papel de pai, acarretando danos a honra e a imagem da menor (processo nº 1.030.012.032-0, 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, RS, juiz Mario Romano Maggioni).

Algumas correntes entendem ser possível a condenação dos genitores por danos causados ao (aos) filho (os), desde que devidamente comprovados em cada caso concreto, levados ao exame do Judiciário; compreendendo que a Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente assegura a proteção dos direitos infanto-juvenis, tais como guarda, sustento e educação, acrescidos ao direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar. Afinal as necessidades do homem vão além das materiais e físicas, incluindo as emocionais e psíquicas.

No entanto, muitos doutrinadores são contra a medida de indenizar, pois dizem que não há possibilidade de vincular um prejuízo imaterial a um determinado valor econômico, isto é, os deveres decorrentes de paternidade não podem invadir o campo subjetivo do afeto, inexistindo a obrigação legal de amar.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais não reconheceu o abandono afetivo como passível de indenização, partindo do pressuposto de que a omissão afetiva dos genitores não se caracteriza ilícito por inexistir a obrigação de dedicar amor.

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA. A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor. Inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, eis que ausente o ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização. (Apelação Cível nº 1002407790961-2, 12ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Des. Alvimar de Ávila, j. 11.02.2009, DJ 13.07.2009).

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou indenização por abandono afetivo, sob o fundamento de que este não se caracteriza ilícito, bem como não cabe ao Judiciário adentrar nas questões de cunho sentimental. O relator, Desembargador Coelho Mendes, esclareceu que

[...] nas relações familiares compete ao Judiciário a defesa dos direitos fundamentais, sem intromissão em questões de cunho sentimental, pois a reparação monetária não é a resposta para um caminho para a felicidade, e o carinho não se impõe por um mandamento estatal, mas se conquista, com respeito, diálogo e consideração (Apelação Cível nº 0004614-77.2009.8.26.0634, 10ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Des. Coelho Mendes, j.05.04.2011, DJ 20.04.2011).

É importante ressaltar que aqueles que são contra, não negam a incidência do abandono afetivo, e sim a indenização por tal atitude. Eles reconhecem que a omissão quanto à assistência afetiva pode acarretar um desequilíbrio emocional na criança e no adolescente, mas esse abandono não se constitui ilícito, isto é, não se traduz em danos morais, não sendo, portanto, passível de indenização.

## 6 Considerações finais

A família é uma instituição social em constante transformação. O conceito e a relação de família sofreram alterações significativas, tanto na Constituição Federal de 1988 quanto na legislação infraconstitucional subsequente, procurando atender as necessidades e tornar suas aplicações práticas de forma rápida e definitiva.

O Direito de Família alcançou nova dimensão dada pela Constituição Federal de 1988 e recebeu alguns avanços advindos do Código Civil de 2002, porém, como toda normatização, não apresenta em seu conteúdo soluções a todos os anseios e necessidades sociais, até mesmo pela constância das mudanças operadas a cada dia em nossa sociedade.

A dignidade da pessoa humana, a liberdade e igualdade andam em conjunto na preceituação dos fundamentos normativos do Direito de Família contemporâneo, trazendo uma nova leitura da célula primaz da sociedade.

A afetividade, como Princípio Constitucional implícito e inerente ao poder e dever familiar está intimamente vinculada ao Princípio da dignidade da pessoa humana, pois esta é a mola propulsora para se estar em sociedade de maneira plena e harmoniosa.

O amor é a forma mais concreta de se demonstrar o afeto, tornando de grande relevância jurídica o princípio da afetividade, com a finalidade precípua de constituição familiar, uma vez que a afetividade busca aproximar as pessoas e é elemento basilar na formação e estruturação familiar na atualidade.

Assim, todas as entidades familiares alicerçadas no afeto são merecedoras de proteção total do Estado, através de interpretação do art. 226 da Constituição Federal, onde estão as famílias heteroafetivas, homoafetivas, monoparentais, socioafetivas, entre outras, na qual todas são entidades familiares merecedoras de todos os direitos que lhes são inerentes.

O ambiente familiar passou a ser ligado em laços de afetividade, de forma pública, contínua e duradoura, tendo assistência mútua entre os seus membros, com o primado de busca de felicidade, sendo, por isso, a família, de acordo com a Constituição Federal, a base da sociedade brasileira.

Vale ressaltar que o dever dos pais, ou qualquer outro que ocupe o papel de responsável por uma criança, deva exercer esta tarefa sob a égide legal da convivência humana, mas também permeada pelos laços afetivos que fazem com que esta relação seja prazerosa, equilibrada e segura, tanto física quanto emocionalmente, posto que a criança tem

o direito de ser bem cuidada e amparada em seus estudos, lazer, saúde, necessidades materiais, de ser preparada para uma profissão, dentre outros.

O modelo de guarda compartilhada encaminhado pelo Senado para a sanção da presidência da república em 26 de novembro de 2014 pode motivar um entendimento adequado por parte dos pais em caso de separação, assegurando de maneira plena a convivência dos filhos com ambos os progenitores. Para que este modelo de guarda de fato aconteça, é importante que os pais tenham saído da dissolução da sociedade conjugal sem ressentimentos, amadurecidos e dispostos a reunir esforços para o bom crescimento e desenvolvimento dos filhos.

Alterações legislativas nem sempre garantem que os princípios que regem a Carta Magna sejam respeitados. Mas espera-se que através deste novo direcionamento jurídico, os pedidos de ressarcimento por abandono afetivo de pais para com filhos se reduzam, partindo da premissa de que o ideal é uma conscientização cada vez maior por parte dos pais no que se refere à responsabilidade para com os seus filhos. E neste contexto o que está em evidência é o Princípio da afetividade como elemento essencial na formação da personalidade e do caráter na sua plenitude, na realização da construção da infância e adolescência, para que estes mais tarde se tornem adultos seguros e estáveis emocionalmente.

## 7 Referências Bibliográficas

ANDRADE, Milene Martins de. **O afeto na relação parental visto como obrigação civil.** Disponível em < <http://mileniandrade.jusbrasil.com.br/artigos/116169595/o-afeto-na-relacao-parental-visto-como-obrigacao-civil>>. Acesso em: nov. 2014.

BARROS, Mariana. Da visita à convivência. **Veja**, Rio de Janeiro, ano 47, n. 49, 3 dez 2014.

BELLO, Roberta Alves. Guarda alternada versus guarda compartilhada: vantagens e desvantagens nos processos judicializados de continuidade dos laços familiares. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11387](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11387)>. Acesso em dez 2014.

BRAGA, Luiz Felipe Nobre Beraldo. **O conceito hiperbólico, existenciário e potestativo**. Porto Alegre; Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 30, p. 108-122, out./nov. 2012.

BOSCHI, Fábio Bauab. **Direito de Visita**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CAROSI, Eliane Goulart Martins. As relações familiares e o direito de família no século XXI. **Revista Faculdade de Direito**, Caxias do Sul, v.12, 2003.

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

COSTA, Walkyria Carvalho Nunes. **Abandono Afetivo Parental**. 2008. Disponível em <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=784](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=784)>. Acesso em: 5 nov. 2014.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Guarda compartilhada**. Porto Alegre, 2008. Entrevista publicada no Jornal Zero Hora em 22/Maio/2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. v.5.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Escala, 2009.

EVOLUÇÃO histórica e legislativa da família e da filiação. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?>>. Acesso em: 15 set. 2014.

FERRAZ, Ludmila Freitas. Aplicabilidade da responsabilidade civil no abandono afetivo parental. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 13, n. 83, dez. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8516](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8516)>. Acesso em: 5 nov. 2014.

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

JUNGBLUT, Cristiane. Senado aprova projeto que obrigada a guarda compartilhada mesmo em disputa dos pais. **O Globo**, Brasília, nov. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/senado-aprova-projeto-que-obriga-guarda-compartilhada-mesmo-em-disputa-dos-pais-14670236>>. Acesso em: 26 nov. 2014.

KUSANO, Susileine. “Da família anaparental: do reconhecimento como entidade familiar”. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 13, n. 77, jun 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7559](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7559)>. Acesso em: 20 out. 2014.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós- industrial à pós-moderna**: novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **O novo direito de família**. [S.l.: s.n.], 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além dos números clausus. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direito de Família, n. 12, jan./mar. 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**: Famílias. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. O ensino do Direito de família no Brasil. In: WAMBIER, Teresa Arruda; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família**: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. v. 4.

\_\_\_\_\_. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Teresina: Jus Navigandi, ano 5, n. 41, maio 2000. Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/527>> Acesso em: 5 jun. 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

ROSA, Conrado Paulino da. **IFamily**: um novo conceito de família?. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Vauledir Ribeiro (Coord.). **Exame de Ordem da OAB**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23.ed. São Paulo: Cortez, 2013.

VESENTINI, Cíntia. **Responsabilidade parental**: abandono afetivo. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27826/responsabilidade-parental-abandono-afetivo/2#ixzz34da4le2O>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

ZEBULUM, José Carlos. **Responsabilidade civil indireta**. Rio de Janeiro: Revista Jurídica e Cidadania, n. 53, dez. 2004.

*Recebido em 03.06.2015  
Aceito em 17.08.2015*