



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação
Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea

INÁCIO PATRÍCIO DE ALMEIDA NETO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL ANTE
O ABANDONO AFETIVO PELO GENITOR**

SALVADOR
2019

INÁCIO PATRÍCIO DE ALMEIDA NETO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL ANTE
O ABANDONO AFETIVO PELO GENITOR**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador como requisito à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles

SALVADOR
2019

Ficha Catalográfica. UCSal. Sistema de Bibliotecas

A447 Almeida Neto, Inácio Patrício de
A responsabilidade civil por dano moral ante o abandono afetivo pelo
genitor / Inácio Patrício de Almeida Neto. – Salvador, 2019.
109 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador.
Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Família
na Sociedade Contemporânea.

Orientador: Profº. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos.

1. Repersonalização do Direito Civil 2. Convivência Parental
3. Família 4. Paternidade 5. Responsabilidade Civil 6. Afeto
I. Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e
Pós-Graduação II. Santos, Edilton Meireles de Oliveira – Orientador
III. Título.

CDU 316.356.2:347.63

TERMO DE APROVAÇÃO


Inácio Patrício de Almeida Neto

**“A RESPONSABILIDADE POR DANO MORAL ANTE O ABANDONO AFETIVO
PELO GENITOR.”**

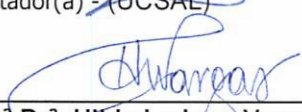
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 30 de setembro de 2019.

Banca Examinadora:



Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos
Orientador(a) - (UCSAL)



Prof.ª Dr.ª Hilda Ledoux Vargas - (UEFS)



Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa - (UCSAL)

“Um desafio de todos e de cada um que um dia sonhou
com uma sociedade mais justa e mais igual.
A responsabilidade é de cada um de nós.”

Maria Berenice Dias

RESUMO

A presente dissertação busca discorrer sobre a responsabilidade civil nas relações afetivas de ordem familiar, em especial ao que tange pai e filho, com olhar voltado ao reconhecimento do dano moral e a sua forma de reparação. A metodologia proposta fundamentou-se no estudo da abordagem qualitativa, quanto ao procedimento técnico, utilizou-se respectivamente a pesquisa de caráter exploratório, do tipo bibliográfica, com interpretação lastreada em fontes interdisciplinares, relacionando a hermenêutica jurídica com valores característicos da sociologia e psicologia. Com o presente trabalho, buscou-se entender em que medida, a relação do não exercício do poder familiar pelo pai em face do filho, considerando os aspectos da repersonalização do direito civil, o ordenamento pátrio pode reconhecer danos morais por abandono afetivo, tendo por objetivo geral compreender de que forma a figura paterna influencia no desenvolvimento do filho na esfera afetiva e os seus desdobramentos, bem como, em via inversa, o abandono pode impedir a expressão de valores determinantes, para, finalmente, observar como o ordenamento pátrio cuida da reparação civil no momento em que se materializa a referida conduta. Para alcançar esse fim será necessário realizar alguns passos que aqui foram elencados como objetivos específicos, tais quais: investigar o papel da família no desenvolvimento do indivíduo com olhar atento para o papel da figura paterna, fundamentando no papel dos bens relacionais; analisar os princípios norteadores do direito de família, a serem utilizados como instrumento para a reflexão da responsabilidade civil; aferir a questão da reparação civil quanto o abandono afetivo. Para tanto, os argumentos traçados na problematização teórica é respaldado por vários autores, com destaque para Dias (2016), Farias; Rosenvald (2012), Madeleno (2018), Lobo (2017), Scarle (2011), Tartuce (2019), Pereira, R. (2016), Welter (2009), Calderom (2013) e Petrini (2016) por se tratar de nomes influentes que abordam a temática, como também material já elaborado em artigos científicos e documentos disponibilizados em livros e na Internet O estudo evidencia a importância em se mensurar a questão da responsabilidade civil por abandono afetivo nas relações familiares, mas que deve ser verificado, de forma minuciosa, posto às peculiaridades ali expressadas.

Palavras-Chave: Família. Repersonalização do Direito Civil. Afeto. Convivência Parental. Paternidade. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This Master's thesis seeks to discuss civil responsibility in family affective relationships, especially with regard to father and son, with a focus on the recognition of moral damage and its form of reparation. The proposed methodology was based on the study of the qualitative approach. Regarding the technical procedure, it was used the exploratory research (the bibliographic one), with interpretation based on interdisciplinary sources, respectively, relating legal hermeneutics with typical values of sociology and psychology. With the present work, it was aimed to understand how can the relationship of the non-exercise of family power by the father in the face of the child, considering the aspects of the repersonalization of the civil law and the Brazilian Law recognize moral damages due to emotional neglect and way of resolving? With the general objective of understanding how the father figure influences the development of the child in the affective sphere, as well as, on the other hand, it also seeks to reflect on how abandonment can prevent the expression of determining values, to finally observe how the Brazilian Law takes care of the civil reparation at the moment the mentioned conduct materializes. To achieve this purpose, it will be necessary to perform some steps that are listed here as specific objectives, such as: to investigate the role of the family in the development of the individual with a close look at the role of the father figure, based on the role of relational goods; to analyze the guiding principles of family law, that will be used as a tool for the reflection of civil responsibility; to assess the issue of civil reparation related to emotional neglect. For this, the arguments outlined in the theoretical problematization is supported by several authors, with emphasis on Dias (2016), Farias; Rosenvald (2012), Madeleno (2018), Wolf (2017), Scarle (2011), Tartuce (2019), Pereira, R. (2016), Welter (2013), Acalderom (2013) and Petrini (2016), once they are influential names that address this theme, as well as material already prepared in scientific articles and documents available in books and on the Internet. The study highlights the importance of assessing the issue of civil responsibility due to the emotional neglect in family relationships, but it should be carefully verified, given the peculiarities that are expressed there.

Keywords: Family. Repersonalization of Civil Law. Affection. Parental Cohabitation. Paternity. Civil Responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA FAMÍLIA.....	16
1.1 Principais conformações familiares.....	21
1.1.1 A família matrimonial.....	21
1.1.2 União estável.....	23
1.1.3 Família monoparental.....	25
2 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	27
2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	30
2.2 Princípio da solidariedade familiar.....	35
2.3 Princípio da igualdade entre filhos.....	39
2.4 Princípio da afetividade.....	41
3 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA E O DESENVOLVIMENTO DA PESSOA.....	46
3.1 A relação da família com o caráter existencialista do indivíduo.....	46
3.2 A ordem jurídica constitucionalizada e a família.....	49
3.3 Família no contexto dos bens relacionais.....	59
4 A FIGURA PATERNA NA NOVA DINÂMICA FAMILIAR.....	63
4.1 Aspectos históricos da paternidade.....	63
4.2 O papel do pai e o poder familiar na contemporaneidade.....	66
4.3. Abandono afetivo.....	74
5 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO PATERNO.....	76
5.1 Aspectos gerais da reparação civil no ordenamento brasileiro.....	76
5.2 A responsabilidade civil no direito de família.....	82
5.3 A culpa na reparação civil no direito de família	85
5.4 Principais elementos do abandono afetivo paterno.....	92

5.4.1. A questão do ilícito civil, nexos causalidade e da culpa e do dano no abandono.....	92
5.4.2 Perda do poder familiar e responsabilidade civil.....	98
5.4.3 O caráter da reparação civil por abandono afetivo.....	100
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	105
REFERÊNCIAS.....	107

INTRODUÇÃO

Inicialmente, situando-se a pesquisa no campo das famílias nas sociedades contemporâneas, observa-se que o foco deve se direcionar à nova dinâmica do tratamento do ente familiar acompanhando as suas diversas facetas. No caso, em especial, trata-se do exame da tutela do Estado perante o relacionamento entre genitor e filho, onde aquele não exerce as obrigações inerentes ao poder familiar, e que tal abandono, gera, de fato, aspectos negativos correspondente ao dano moral.

A relevância pessoal que incentivou a pesquisa a respeito do tema surgiu da vivência do autor como conciliador do projeto Balcão e Cidadania, filiado ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, hoje denominado Centro Judiciário de Solução de Conflitos Balcão de Justiça e Cidadania (CEJUS-BJC), onde se busca a autocomposição extrajudicial, principalmente ao que tange a seara do direito de família, bem como a militância, como advogado do Núcleo de Prática Jurídica de uma Instituição de Ensino Superior (IES), onde se presenciam situações rotineiras, em que o genitor não mantinha laço afetivo com estes, refletindo problemas além da expressão material, facilmente percebido em condutas de revolta.

Para tanto, a pesquisa foi orientada sob o fundamento da relação entre o poder familiar de que o genitor é devedor, vinculada à concepção existencial do filho credor, em cenário no qual é vitimado pela exclusão dos planos de vida daquele, e conseqüente abandono afetivo, por ser inerente ao ser humano a importância paterna na condução de valores principais ao afeto humano.

A reflexão do poder familiar é muito bem posicionada nas palavras de Paulo Lôbo (2017, p.65):

Mais importante e desafiadora é a responsabilidade pela promoção dos outros integrantes das relações familiares e pela realização de atos que assegurem as condições de vida digna das atuais e futuras gerações, de natureza positiva. A família, mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existência da pessoa humana e de integração de gerações.

Ao abandonar o seu filho, o genitor se coloca em posição contrária ao papel determinado e externado pela autoridade parental, não se falando, no entanto, no aspecto criminal que a referida conduta pode ser tipificada, mas do ônus em que a falta da figura paterna tem na caracterização, identificação e realização da existência,

do projeto de vida, ou seja, na sua vida de relação, dos bens relacionais, que devem ser propiciados sob os auspícios da relação parental, fato bem-conceituado nas palavras dos autores Petrini e Dias (2012, p. 101):

A noção de bem relacional emerge quando nos damos conta de que existem “outros” bens que não são nem disponíveis na base de um título de propriedade privada, nem acessíveis a todos indistintamente. São bens que não tem um proprietário, e que também não são da coletividade genericamente entendida.

É sob a ótica do bem relacional que se apoiam as relações familiares, e, na sua falta, ante a necessidade da sua reprodução, fatalmente respostas negativas irão compor o sentimento existencial daqueles que são vitimados pelo repúdio dos seus genitores, os quais possuem dever legal e moral de exercitá-los, configurando esse vazio como elemento provocador do dano moral que concerne à privação de:

[...] aspecto significativo da vida de relação e/ou do projeto de vida do ofendido. Trata-se, na realidade, do conjunto de alterações não pecuniárias nas condições de existência da pessoa humana, mudanças relevantes no curso da sua história de vida, por conseguinte, daqueles com quem compartilha a intimidade familiar” (FROTA; BLÃO, 2010 p. 41 - 42)

A escolha do referido tema justifica-se à necessidade de enfatizar o papel que, primorosamente, a família contemporânea vem galgando como ente determinante e obrigatório na evolução das pessoas que a compõe, consequência do que é conhecido como repersonalização do direito civil, de onde prevalece a ideia de um direito civil voltado para as relações centradas nas pessoas.

Sob essa nova ótica, o indivíduo passa a ser enxergado como ente determinante nas relações sociais, eixo principal das relações civis, que antes era ocupado pelo vínculo estritamente patrimonial, como discorre Calderón (2013, p.176):

Tal ordem de ideias defende a superação do modelo abstrato do sujeito de direito para a pessoa concreta, de carne e osso, o que traz consequências de diversas ordens. A pessoa (e não mais o indivíduo) passa a ser o principal objeto de proteção do direito: das legislações, da jurisprudência e dos juristas de um modo geral.

O caráter condicionador que o novo paradigma civilista propõe define que a pessoa não deve mais estabelecer a sua conduta objetivando o alinhamento com o valor moral da família na qualidade de instituto, mas, ao contrário, a família que deve

buscar, dentro das suas qualificações, sustentar o interesse das pessoas que a compõe. De modo que, tal evolução é muito bem percebida na relação existente entre a codificação civil de 16 e a norma civilista em exercício desde 2002.

Para Bevilacqua (1940), na regulação da filiação, a tutela visava preservar mais a família enquanto instituição do que as pessoas como indivíduos, de modo que foi adotado um estatuto plural da filiação, com odiosa distinção entre categorias de filhos: legítimos e ilegítimo. Diferente a situação vigente, onde, após a Segunda Guerra Mundial, com a aproximação dos integrantes no grupo familiar, passou a se observar maior valorização afetiva, o que distancia do direito civil positivado regulamentado à base de aspectos meramente patrimoniais. (CALDERÓN, 2013).

Assim, passou a se vislumbrar entendimento voltado para uma hermenêutica civil instaurada no respeito à subjetividade com olhar imanente à afetividade dos laços familiares, de sorte que nascia não apenas uma nova roupagem para a relação familiar contemporânea, mas novos paradigmas.

Ao elevar a dignidade a macro princípio, norteador das suas disposições, e de toda sociedade, a Constituição Federal a colocou no vértice do ordenamento constitucional. Esta posição exige não apenas o seu respeito (em uma dimensão negativa), mas vai além, indicando a adoção de medidas promocionais no sentido de que esta dignidade seja plenamente alcançada (dimensão positiva), o que trouxe diversas consequências também no direito de família. (CALDERÓN, 2013, p. 236).

No mesmo sentido, Welter (2009, p. 171), ao abordar a teoria tridimensional da família, aplaude que a natureza jurídica da família pode ser compreendida como uma “comunidade plena de vidas genética, afetiva e ontológica, na promoção da cidadania, da dignidade e da condição humana, princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático do Brasil.”

Posto tal consideração, se alberga a ideia do significado do pai na relação paterno-filial como ato determinante de satisfação das relações, necessária a realidade existencial dos filhos, principalmente entendendo o papel do pai nas relações das famílias contemporâneas, onde Avena e Rabinovich (2015, p.77-78) bem definem:

O pai vem se articulando de forma mais participativa na rede vincular familiar, alimentando uma crescente relação com os filhos, sobretudo por meio de acompanhamento destes em seu processo de socialização e educação. Esse processo tem se desenvolvido também a partir do fortalecimento da coparentalidade, na qual o pai busca exercer sua função junto à mãe,

agregando maior força à tarefa de educa, que requer habilidade e superação de obstáculos.

Todavia, por mão inversa, se observa situações corriqueiras que dizem respeito à inexistência de ânimo de determinados pais em não cumprir com o seu papel, abandonando sua prole. Somando a tal fato, nasce a ideia de uma possível reparação civil, atrelada a dor, ao sofrimento materializado no momento da conduta, mas também um dano direcionado aos reflexos presentes e futuros, que tais condutas podem propiciar quanto ao caráter existencial do filho (2009, p. 44), o qual afirma que “abrange todo acontecimento que incide, negativamente, sobre o complexo de afazeres da pessoa, sendo suscetível de repercutir-se, de maneira consistente, temporária ou permanentemente, sobre a sua existência.”

Tal dano pode ser considerado, também, atrelado ao projeto de vida, de cunho relacional, onde aspetos não econômicos são afetados privando um futuro esperável e factível, que, em termos práticos, concorre em casos em que as consequências negativas, pela não vivência com o pai, possibilitam a não vivência de atos relacionais determinantes a evolução sadia do filho.

É justamente com base nessas considerações que se pretende traçar linhas mestras que irão robustecer a tese apresentada, pois, se de um lado se reconhece a importância da identidade paterna na evolução do filho, de outro, o ordenamento pátrio estimula a produção de condutas que venham a nortear a responsabilização pela não materialização das obrigações provenientes do poder familiar, principalmente as voltadas para o caráter existencial das pessoas, podendo ser reconhecido o dano moral.

Por isso, foi estabelecido nesse trabalho como problema de pesquisa, compreender em que medida, na relação do não exercício do poder familiar pelo pai em face do filho, considerando a repersonalização do direito civil, o ordenamento pátrio pode reconhecer danos morais por abandono afetivo.

Posto as considerações que justificam a busca investigativa sobre o tema, essa pesquisa possui como objetivo geral: compreender de que forma a figura paterna influência no desenvolvimento do filho na esfera afetiva e os seus desdobramentos, bem como, em via inversa, o abando pode impedir a expressão de valores determinantes, motivando a dor e sofrimento na vida do filho, para, finalmente, observar como o ordenamento pátrio cuida da reparação civil no momento em que se materializa a referida conduta.

Como forma de alcançar o objetivo pleiteado, se buscará uma análise pontual nos principais aspectos da tutela jurisdicional acerca do dano moral em conjunto com a realidade dos que são vitimados pela conduta ilícita, aproveitando todo conhecimento interdisciplinar quanto da necessidade da presença do pai para a sadia evolução afetiva dos filhos.

Visando atingir a referida finalidade, foi delimitado como objetivos específicos: investigar o papel da família no desenvolvimento do indivíduo com olhar atento para o papel da figura paterna, fundamentando no papel dos bens relacionais; analisar os princípios norteadores do direito de família, a serem utilizados como instrumento para a reflexão da responsabilidade civil; aferir a questão da reparação civil quanto o abandono afetivo.

Com o propósito de alcançar os objetivos referidos e atender as demandas teóricas ora apresentadas, esta dissertação está dividida em seis capítulos.

No primeiro capítulo, é descrita sobre a relevância pessoal que incentivou a pesquisa a respeito do tema, como também, a metodologia proposta que se fundamentou no estudo da abordagem qualitativa, e quanto ao objetivo geral no que concerne ao procedimento técnico, utilizou-se respectivamente da pesquisa de caráter exploratório, do tipo bibliográfica, com interpretação lastreada em fontes interdisciplinares, relacionando a hermenêutica jurídica com valores característicos da sociologia e psicologia.

No segundo capítulo, é apresentada a análise quanto ao ambiente histórico em que a família se desenvolveu, alinhando, como fundamento, as formas básicas externadas durante essa época, como meio a compreender a dinâmica e as principais características do instituto. Para tanto, recorro a Farias e Rosenvald (2012), Madaleno (2018), Dias (2016), Pereira, R. (2016), entre outros.

No terceiro capítulo, se discorre sobre os princípios que fundamentam o universo da família, utilizados como suporte na produção e explanação dos valores que devem ser albergados como elementos determinantes para a proteção dos indivíduos que dela participam. Para tal discussão trago Lôbo (2017), Muller (2005), Nery Junior (2016), Doworkin (2003), Moraes (2007), Gagliano (2013), Sarlet (2001), entre outros.

No quarto capítulo, discussão é voltada para a importância da família na construção da pessoa e o seu desenvolvimento como ente munido de valores próprios e relacionado à sua condição de indivíduo dotado de proteção, fato estendido ao

próximo capítulo, onde se estudará, ante o tema da dissertação, qual o papel do genitor nessa realidade.

Por fim, no último capítulo, é apresentada abordagens relacionadas à responsabilidade civil quanto à vivência paterno-filial, expressando os principais pontos frente à particularidade das relações no seio da família.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA FAMÍLIA

Inexiste a dúvida de que a família, na história dos agrupamentos humanos, é o que precede a todos os demais como fenômeno biológico e como fenômeno social, motivo pelo qual é preciso compreendê-la por diferentes ângulos, sendo certo que o ser humano nasce inserto no seio familiar como estrutura básica social da qual se inicia a moldagem de suas potencialidades com o propósito da convivência em sociedade e da busca de sua realização pessoal.

Considerando a ordem precisa sobre família na pré-história da humanidade, devem ser enfatizadas três épocas principais, sendo a primeira o estado selvagem, a segunda, a barbárie e, por fim, a civilização, salientando que as duas primeiras fases são subdivididas em inferior, média e superior, de onde, mesmo assim, não existia família, porque não havia vínculo, nem nenhum tipo de conceito de família (ENGELS, 1984).

Ainda na mesma obra citada anteriormente, o autor elucida que, através dos séculos e dos milênios, essa instituição foi mudando de feições, suas regras de constituição foram-se alterando, acrescidas de outros fatores que fizeram surgir novos grupos que vão além do grupo familiar, dando origem à agricultura voltada para o comércio, à indústria e um contato, forçado, com outros povos por meio da expansão do território e da guerra, e a um decorrente sistema de troca de compra e venda que chega até nossos dias como uma atividade comercial.

Este mesmo autor apresenta a família, que subsistia nos moldes primitivos enquanto célula *mater* de uma economia de subsistência, constituída por grupos de interesses compartilhados, vivendo em propriedade comum a todos e regida por leis derivadas do poder materno ou do poder paterno, em que laços de parentesco eram vitais para a sobrevivência harmoniosa e segura, inexistindo produção excedente, tornando desnecessário o comércio e o decorrente acúmulo de riquezas. Foi justamente, com o declínio dessa estrutura familiar primitiva que a sociedade moderna formou-se.

Assim, esse novo sistema reestrutura a família de modo completamente diverso do que era nos seus primórdios, refletindo, igualmente, a posse do território, passando a dividi-lo em partes, surgindo a propriedade privada com todos os benefícios e males que dela decorrem (ENGELS, 1984). Tais formas de organização são produzidas conforme o momento histórico, onde valores, papéis, funções e estruturas são

definidos de acordo com os contextos socioculturais e econômicos da mesma. Apesar das mudanças ocorridas no seio da sociedade, a família moderna ou burguesa, monogâmica foi reduzida ao seu núcleo primário.

O pós-Revolução Industrial mudou esse cenário, pois com a necessidade de mais mão de obra, a mulher foi inserida no mercado de trabalho e o homem deixou de ser a única pessoa a prover o sustento da família, que se tornou nuclear limitada ao casal e aos filhos. Aliada a essa mudança, com a emancipação da mulher houve transformações nos padrões, e assim, a descoberta de métodos contraceptivos e a evolução da genética deram uma nova feição às famílias. (DIAS, 2016).

No parecer de Dias (2016), pensar em família, traz à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher, unidos pelo casamento e cercados pelos filhos, todavia, essa realidade mudou. Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que a mesma se pluralizou daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a albergar todas as suas conformações.

Expressões como famílias marginais, informais, extramatrimoniais não mais servem, pois trazem um ranço discriminatório. Despontam modelos atuais, mais igualitárias nas relações de sexo e idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo.

O pluralismo familiar é reconhecido pela Constituição Federal (1988), embora não haja uma referência explícita a todas as diversas entidades familiares existentes:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito de proteção, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. § 4º Entenda-se, também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. [...] § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Para Dias (2016), raras vezes uma constituição consegue produzir tão significativas transformações na sociedade e na própria vida das pessoas como fez a Constituição Federal em vigor. Certamente não é possível elencar a série de modificações introduzidas, mas algumas, por seu maior realce, despontam com exuberância. A supremacia da dignidade da pessoa humana, a exemplo, está lastreada no princípio da igualdade e da liberdade, grandes artífices do Estado

Democrático de Direito que foi implantado no país, havendo, dessa forma, o resgate do ser humano como sujeito de direito, assegurando-lhe, de maneira ampliada, a consciência da cidadania.

O pluralismo das relações familiares (outra abordagem da nova ordem jurídica), também ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Neste vértice rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito dessa instituição. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento, operara verdadeira transformação na família. Assim, Dias (2016, p.105) afirma que:

A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários, quais sejam: casamento, sexo e procriação. O movimento de mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e os resultados da evolução da engenharia genética fizeram com que esse tríptico pressuposto deixasse de servir para balizar o conceito de família. Caiu o mito da virgindade e agora sexo - até pelas mulheres - se pratica fora e antes do casamento. A concepção não mais decorre exclusivamente do contato sexual, e o casamento deixou de ser o único reduto da conjugalidade.

Logo, a compreensão de família pode ser considerada como uma sociedade natural formada por indivíduos unidos por laço de sangue ou de afinidade, sendo os vínculos sanguíneos resultantes da descendência, enquanto a afinidade se dá com o acesso dos cônjuges e seus parentes que se agregam à entidade familiar pelo casamento. Pereira, R. (2016, p.14) assevera que:

Com o passar dos tempos esta sociedade familiar sentiu a necessidade de criar leis para se organizar e com isso surgiu o Direito de Família, regulando as relações familiares e tentando solucionar os conflitos oriundos dela. Através dos tempos o Direito vem regulando e legislando, sempre com intuito de ajudar a manter a família para que o indivíduo possa inclusive existir como cidadão (sem esta estruturação familiar, onde há um lugar definido para cada membro) e trabalhar na constituição de si mesmo (estruturação do sujeito) e das relações interpessoais e sociais.

Por isso, a busca em se tutelar as relações familiares com o surgimento do direito de família reproduz a ideia de que deve ser interpretada como um ambiente propício à garantia da sobrevivência e da proteção integral dos filhos e demais membros, sendo elemento valoroso na consolidação da sociedade, principalmente a considerar que a família em que propicia os aportes afetivos e, sobretudo, materiais necessários ao desenvolvimento e bem-estar dos seus componentes, além disso, ela

desempenha um papel decisivo na educação formal e informal, é, em seu espaço, que são absorvidos os valores éticos e morais, e onde se aprofundam os laços de solidariedade. É também em seu interior que se constroem as marcas entre as gerações e são observados valores culturais.

A família passou por várias modificações desde a sua origem, sem perder, contudo, sua função maior: a de proteção mútua entre os integrantes. E, concomitante às suas transformações, o seu conceito vem ganhando, nas últimas décadas, novas *nuances*, acompanhando as tendências de desenvolvimento nos âmbitos econômico, tecnológico, político e cultural. Sob a influência dessas modificações.

Conforme leciona Oliveira (2010) tornou-se aceitável nos tempos atuais, a definição de família, como qualquer grupo que conviva sob o mesmo teto, sejam ou não do mesmo sexo. Nem sempre foi assim, houve um tempo em que o Estado passou a tutelar essa instituição no intuito de organizar os vínculos interpessoais e instituiu o casamento como única forma de concepção de família a ser reconhecida. Nesse contexto, a família era extensiva, com incentivo à procriação e quanto mais filhos tivesse, mais possibilidades havia de sobrevivência, tendo um caráter eminentemente hierarquizado e patriarcal.

Na inteligência de Madaleno (2018) ao se reportar àquela época, a família ampla envolvia todas as pessoas ligadas pelo vínculo de sangue e oriundas de um tronco ancestral comum. Por isso, não é por acaso que o Direito de Família, por ser o mais humano de todos os ramos do direito, precisa estar “pautado na valorização do indivíduo, considerando a subjetividade dos relacionamentos construídos, eliminando as histórias de exclusão, a fim de consolidar a justiça” (PEREIRA, R. 2016, p. 156).

É necessário ponderar que a família, considerada em todos os seus desenhos estruturais, funciona como instrumento de desenvolvimento da pessoa humana e a preocupação do ordenamento jurídico deve estar direcionada para a proteção do indivíduo, e não com a entidade familiar em particular, não sendo aceitável a violação da dignidade humana para o seu favorecimento, visto que “não há mais proteção à família pela família, senão em razão do ser humano”. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 10)

Atualmente, as famílias se estruturam como grupo familiar mediante a escolha de conviverem entre si, pela afetividade, respeito mútuo, na qual os cônjuges assumem de forma igual os direitos e deveres na sociedade conjugal, em total contraste com as antigas famílias formadas apenas para procriação e conservação de

sua estrutura original. Uma das formas de família que tem crescido na sociedade brasileira, sem descaracterizar a entidade familiar, é a monoparental, constituída por um genitor que coabita com o(s) seu(s) descendente(s), que se constituem tanto pela vontade de assumir a paternidade ou a maternidade sem a participação do progenitor, quanto por circunstâncias alheia à vontade humana como: morte, o divórcio e o abandono, ou por própria deliberação.

Impositivas, elas retirariam das partes a plena liberdade de disposição contratual, tão característica do Direito Privado. Nessa seara, Venosa (2013, p. 25) preceitua:

O teor de indisponibilidade do Direito de Família está dosado na exata medida em que permite a intervenção estatal e essa se ocupa em assegurar que certos preceitos não sofram o influxo da plena liberdade de contratar, até mesmo porque o Direito de Família codificado só reconhece como entidades familiares as que preencham os pressupostos do casamento, da união estável e das relações monoparentais, embora maior extensão venha sendo identificada pela doutrina e jurisprudência, a reconhecer outras formas de constituição familiar, como nos casos dos relacionamentos homoafetivos.

De qualquer modo, na concepção de Madaleno (2018), busca a legislação regular a forma de constituição e de dissolução da família e limita os deveres e os direitos no âmbito das relações parentais e, até o advento da Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007, condicionava todos os ajustes efetivados, no campo da ruptura das relações afetivas e na regulamentação dos deveres parentais, à obrigatoria homologação judicial de acordo e, nesse liame, conferir-lhe a necessária eficácia mandamental.

1.1 Principais conformações familiares

O desenvolvimento do direito das famílias foi reconhecido pelo Estado, e, assim com a família matrimonializada, passa a existir uma pluralidade de entidades familiares reconhecidas pela ordem constitucional, fundamentada no afeto e na solidariedade na qual o objetivo de suas feições vai além da procriação dos filhos e a manutenção do pátrio poder. Assim, o Código de 1916 estabelecia o casamento como única forma admissível de formação da família fixada na indissolubilidade, na função pro criativa, nos interesses patrimoniais e na sua conservação, firmado num perfil

patriarcal, hierarquizado, heterossexual, fato alterado na nova conformação constitucional, reconhecendo novas espécies.

1.1.1 A família matrimonial

Segundo Madaleno (2018), a família matrimonial é a comunidade constituída no casamento, regulamentado pelo Estado e celebrado através de ato solene, mediante inúmeras formalidades. Logo, se considerava, nessa época, a monogamia como necessária a manutenção da solidez da conjugalidade, a qual deveria ter sua durabilidade expressada por toda a vida, se estendendo à prole que, presumidamente sempre seria do casal, fato que consolidou preconceito aos filhos havidos fora do matrimônio e os adotados.

O advento constitucional modificou a visão direcionada ao casamento, onde a instituição jurídica e social passou a ser considerado como meio de desenvolvimento da personalidade, uma vez que o matrimônio existe, agora, “em função dos seus componentes e não estes em função dele, reconhecidas, com a valorização da pessoa humana, uma positivação avançada de vínculos afetivos.” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 93.).

A partir de tais considerações é que o matrimônio ganhou, pelo menos frente aos avanços jurisprudenciais, com repercussão a resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça¹ sua extensão para a união entre duas pessoas do mesmo sexo, fato analisado na obra de Conrado Paulino da Rosa (2016, p.39):

O conceito da relação para além do tradicional “homem e mulher” somente se fez possível contemporaneamente, considerando que, até hoje, a legislação ainda adota o conceito de que o enlace somente é possível aos que mantiverem os relacionamentos heterossexuais. Todavia, considerando os avanços jurisprudenciais, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça, por meio

¹ O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,[...], reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo; CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário; CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo; CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988; RESOLVE: Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

do provimento 175 passou a obrigar a todos os Cartórios do Registro Civil de Pessoas Naturais do Brasil a celebrar a união entre casais do mesmo sexo.

Na evolução dos critérios acerca das configurações da tipicidade quanto à expressão da família, a espécie em comento ainda mantém a supremacia, mas sempre se moldando aos valores postos na novel reorganização social, com repercussão, inclusive, para o mundo jurídico.

1.1.2. União estável

A união de duas pessoas objetivando a vida em comum, em fato, era algo expressado com naturalidade antes do nascimento do casamento, sendo este valorizado como força ao poder da igreja, como forma a combater o casamento presumido, inaugurando um instituto formal, sendo necessária a presença de testemunhas e do registro em órgãos oficiais², o que estimulou a elencar a referida união a patamar inferior, contaminado de preconceito, justamente por não possuir a chancela da igreja, momento em que era conhecido como concubinato, conforme apontado por Madaleno (2018, p. 1426):

A legislação brasileira também sempre se apresentou como em oposição ao concubinato, existindo diversos dispositivos no revogado Código Civil de 1916 a proibirem doações do cônjuge adúltero ao seu cúmplice e outorgando à mulher casada a legitimidade processual para reivindicar os bens comuns, doados ou transferidos pelo marido à concubina, assim como impedindo a instituição da concubina como beneficiária do contrato de seguro de vida, cujos dispositivos sempre tiveram em mira a concubina de homem casado, em defesa da família matrimonial, única expressão de legítima e exclusiva exteriorização de entidade familiar.

No entanto, a união estável, obteve o seu reconhecimento, correspondendo à união de duas pessoas que vivem em posse do estado de casado, convertido em relação jurídica como um estado de fato com aparência de casamento, possuindo limitação legal própria e sem solução de hierarquia com o casamento. (LOBO, 2017).

A Constituição Federal que institucionalizou a ideia², no momento que legitimou a possibilidade em se reconhecer uniões diversas ao casamento, homenageando a

² O conceito trazido no caput do art. 226 é plural e indeterminado, firmando uma verdadeira cláusula geral de inclusão. Dessa forma, é o cotidiano, as necessidades e os avanços sociais que se encarregam da concretização dos tipos. E, uma vez formados os núcleos familiares, merecem, igualmente, proteção legal. (FARIAS; ROSENVALD. Curso de direito civil: direito das famílias. 4º ed.. Salvador: Juspodivum, 2012, p. 35.

família, não mais como uma unidade econômica, mas, sim, de afeto, conforme determina o parágrafo 3º do art. 226³ a existência da união estável, fato acompanhado e positivado no Código Civil de 2002 que dedicou os artigos de 1723⁴ a 1727 ao tema, instituindo nos contornos do direito de família o que antes era albergado como uma sociedade de fato de natureza estritamente civil.

Acaba de ser instituída a igualdade entre casados e conviventes, e entre os filhos advindos de ambos os relacionamentos, mercedores do mesmo tratamento jurídico e social. Os termos pejorativos, usados para nominar tais relações, e designar os filhos foram excluídos dos textos legais o que marca uma percepção nova no construir de uma comunidade, na qual o conviver intensifica o existir. Logo, a união estável assume especial papel na sociedade contemporânea, porquanto possibilita compreender o caráter instrumental da família, permitindo que se efetive o ideal constitucional de que a família e que tenha especial proteção do Estado. (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Outrossim, o exame da disciplina jurídica da união estável – assim como de qualquer outra entidade familiar, há de se realizar, necessariamente, à luz do balizamento constitucional, dependendo, sempre, do atendimento ao seu elemento finalístico. Nessa ordem de ideias, toda e qualquer norma infraconstitucional, codificada ou não, deverá garantir a especial proteção aos componentes da união estável, sem discriminação, mas também sem privilégios, sob pena de incompatibilidade com a norma constitucional e conseqüente invalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Isso porque, toda e qualquer entidade familiar, seja matrimonializada ou não, merece especial proteção, não se justificando tratamento desigual e discriminatório que, em última análise, implicará em negar proteção à pessoa humana (violando a *ratio* constitucional).

Fato interessante que deve ser levantado, é que seria impossível explicar à população brasileira que, historicamente e através de dados oficiais, vive, na sua maioria, fora do casamento, o motivo pelo qual uma pessoa humana, que optou por

³Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

⁴ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

(con)viver com alguém sem formalidades, merece menos proteção jurídica do que aquela outra que, tal qual, vive junto, mas se uniu com solenidades. Nesse contexto, Dias (2016) explicita que há de compreender a união estável, não permitindo que velhos conceitos, de natureza muito mais moral e religiosa do que jurídica, possam servir de pretexto para atentar, diretamente, contra os mais elementares princípios constitucionais (que possuem inquestionável força normativa).

1.1.3. Família monoparental

Famílias monoparentais, deduz Madaleno (2018), são usualmente aquelas em que um progenitor convive e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos ou adotivos. Tecnicamente são mencionados os núcleos monoparentais formados pelo pai ou pela mãe e seus filhos, mesmo que o outro genitor esteja vivo, ou tenha falecido, ou que seja desconhecido porque a prole provenha de uma mãe solteira, sendo bastante frequente que os filhos mantenham relação com o progenitor com o qual não vivam cotidianamente, daí não haver como confundir família monoparental com lugar monoparental.

Posto isto, a família monoparental se configura como número significativo na realidade brasileira, que é facilmente verificável na identificação de famílias formadas, principalmente, pela genitora e sua prole, normalmente estimulada por um ato de vontade, seja a do genitor, normalmente em abandonar o lar, na maioria das vezes migrando para a família extraconjugal, ou no caso de violência doméstica em que a vítima, na figura da mulher, foge do risco em ser violentada ou até mesmo perder a sua vida.

Outro ponto interessante a se notar, é a tutela dada, a partir dessa norma, à reprodução assistida em que pessoas optam por ter filhos sem a necessidade de um companheiro ou companheira para a reprodução, prezando, assim, pelo direito constitucional do livre planejamento familiar, entendido como uma mitigação do parágrafo. 7º do art. 226 da Constituição Federal. (ROSA, 2016).

No entanto, o reconhecimento desta forma de família pela sociedade não foi fácil, como verificado por Lôbo (2017), ao discorrer na sua obra que, na Grã-Bretanha, em conformidade com o Ato de Deficiência Mental, em 1913, as moças solteiras que

ficavam grávidas eram enviadas a sanatórios ou hospitais por ser reconhecida a gravidez como consequência de subnormalidade.

A relação de parentalidade não deixa de existir pela inexistência da co-habitação ou pela presença de apenas um dos pais na titularidade do vínculo familiar - linha materna ou paterna. Nesse esteio, o autor supracitado diz que a proteção integral da criança está consolidada na Lei 8.069 /1990 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a família, a sociedade e o Estado devem agir em seu favor, isto é, propiciar o melhor para o seu desenvolvimento psicológico, cultural e material.

A Constituição Federal (1988) albergou a família monoparental no § 4º do art. 226, mas nada foi reservado na legislação infraconstitucional com vistas à regulamentação dos direitos e obrigações decorrentes dos vínculos monoparentais, não obstante os principais efeitos jurídicos já tenham previsão legal por resultarem das consequências práticas da viuvez, separação ou ausência de convivência dos pais, e de suas responsabilidades legais provenientes do poder familiar, próprio do vínculo de filiação (DIAS, 2016).

Importante que se diga que, em que pese à inovação do instituto na flexibilidade do reconhecimento de uniões de pessoas que passam a representar uma família, a Constituição apenas reconhece como família monoparental a descendência de primeiro grau, o que exclui, neste significado, a de avô e neto. (LÔBO, 2017).

2. OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES FAMILIARES.

A maioria dos sistemas de conhecimento é norteada por normas das quais surgem comandos a serem postos em prática nas relações interpessoais e de cunho patrimonial, devendo ser interpretada nos limites do ordenamento o qual está vinculado. Por isso, alguns doutrinadores se respaldam na ideia de que a norma não tem identificação com o texto da disposição, mas de um resultado de construção, conceituado como concretização da interpretação conforme os limites impostos pelo ordenamento, como definido no pensamento de Muller (2005, p. 38), que considera que:

[...] ela resulta dos dados extralinguísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área, portanto, de dado que, mesmo se quiséssemos, nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência.

Notória a realidade que o pensamento externado pela norma deve ser considerado, percebendo todo aspecto complexo do ordenamento ao qual está vinculado, sendo a produção normativa uma articulação dos principais interesses que ordenam as relações no mundo a qual é aplicada o caso prático analisado. Dentre as normas, são identificados os princípios, os quais são compreendidos como fundamento de um determinado sistema de conhecimento, o que, para Dworkin (2003), possui caráter axiológico, correspondendo um ataque ao positivismo, por revelar modo aberto de argumentação, caracterizado pela inexistência de hierarquia com outros princípios.

Nesse sentido, Nery Junior (2016, p.38) explica que “princípio é o critério que deve ser aplicado não para proteger determinada situação política, econômica ou social, mas sim porque é exigência da justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Logo, o estudo dos princípios merece relevância na busca pela aplicação da justiça, na medida em que deve ser compreendido como instrumento vital ao estabelecimento dos valores primordiais de uma determinada realidade, pois tem o poder de ponderar valores que concorrem justamente por não expressarem hierarquia, mas que, em determinados casos práticos, a colisão obrigatoriamente ensejará a exclusão de um deles como forma a manutenção do padrão estabelecido pela sociedade, e, é justamente através da interpretação expansiva dos valores

externados pelos princípios que se estará albergando o que de fato interessa as relações jurídicas daquela realidade.

Ademais, se deve ter em vista, que a produção normativa limitada ao positivismo, significa reconhecer sistema frágil na aplicação da justiça, por implicitamente considerar a baixa complexidade das relações humanas, posto que um punhado de leis não seja suficiente para prever as possíveis construções relacionais, bem como mudanças tão vivenciadas nas sociedades contemporâneas caracterizadas pelo pluralismo e multiculturalismo.

Em clara lição, princípio sugere a ideia de início, de base, ou seja, pressupõe a preexistência de valores a determinado campo de conhecimento, onde, ultrapassar tais limites, estará, não apenas desobedecendo a uma imposição normativa nos seus termos formais, mas também, desprezando valores éticos delineados para a referida relação. Farias e Rosenvald (2012, p. 38) pontua a importância prática dos princípios que:

Deriva a ideia de princípio da linguagem geométrica, onde concerne às verdades primeira, constituindo as premissas fundamentais de um sistema que se desenvolve more genético. Exatamente por isso, os princípios revestem-se de grande relevância, porque marcam, basicamente, todo o sistema jurídico. São as proposições genéricas que informam uma ciência. Enfim, a sua base valorativa. São, portanto, as bases sobre as quais se constrói o sistema jurídico.

Por isso, na ideia positivista se deve seguir a norma simplesmente porque ela existe e prevê situação análoga ao caso apresentando, como uma espécie de relação matemática, a atividade de interpretação norteadas pelo significado dos princípios, que considera o caráter sociológico, histórico e filosófico em que está situada a relação prática, para, a partir da valoração dessa realidade alinhada à produção normativa, mensurar um juízo de valor.

Dworkin (2003, p. 91), ao refletir a respeito do conceito de princípios, discorre que “os princípios jurídicos consistem apenas numa espécie de normas jurídicas por meio do qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas”. Assim, quando se fala em otimizar, não se está a insinuar pela desconsideração do que já foi construído, mas agregar às peculiaridades do caso apresentado valores inerentes da sociedade onde a relação foi construída, valores estes travestidos sob a forma de princípios.

E é justamente por esse sentido que as regras possuem caráter mais pragmático, equivalente a um comando que, segundo Ávila (2004, p.129) corresponde a:

[...] normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhe dá suporte e nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Portanto, regras são consideradas como ato que descreve um comando sempre centrado em valores mais amplos, materializados na realidade do tudo ou nada, mas que são devidamente estacionados no universo dos princípios, por estes obedecerem aos parâmetros estabelecidos na vivência dos fatos sociais. Mesmo que a existência das regras esteja vinculada a esfera de influência pelo que é delimitado pelos princípios, não pressupõe que estes são independentes e venham garantir a aplicação da justiça, pois, como Humberto Ávila (2004, p. 120) descreve:

[...] um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer dizer que, a rigor, não se pode dizer que os princípios são mais importantes que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios.

Justamente pela complexidade das relações é que o sistema legal deve possuir normas cogentes, devidamente positivadas as quais todos devem obediência, acompanhado de uma flexibilização característica dos princípios que guarnecem, no seu corpo, solução para os casos que fogem à normalidade, para que, assim, todo tipo de comportamento tenha o tratamento merecido e coordenado com as referências éticas e morais.

Imperativo a obediência à Constituição, seja através de seus enunciados ou da expressão principiológica sugerida, verificado, também, a partir da interpretação da norma infraconstitucional, o que representa a materialização da vigência dos valores de uma sociedade nas suas relações mais expressivas.

Reduzindo a análise acima ao direito de família, se percebe o quão necessário se faz que o estudo das relações tuteladas, assim como, sua aplicação nas vias práticas devem ser vinculadas a aplicação principiológica, posto a existência de alterações que vem ocorrendo de maneira vertiginosa, onde, em poucas décadas há um diferencial significativo no que se refere a valoração de determinados institutos, em especial frente a novel dinâmica constitucionalização do direito civil, onde o texto legislativo não vem acompanhando, como apontado por Pereira, R. (2016, p.56-57):

Nem mesmo o Código Civil, em vigor a partir de janeiro de 2003, contempla todas as indagações e inquietações do Direito de Família contemporâneo. A vida e as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter a legislação. Os costumes, como importante fonte do direito, vão impulsionando os operadores do direito para uma constante reorganização do Direito de Família, obrigando-os a buscar em outras fontes do Direito os elementos necessários àquilo que mais se aproxima do justo. Entre todas as fontes do Direito, nos princípios é onde se encontra a melhor viabilização para a adequação da justiça no particular e especial campo do direito de família.

A reorganização natural da vida em relação à família pressupõe adaptação do Estado à tutela constitucional proposta, o que evidencia a necessidade em se buscar instrumentos úteis a balizarem os novos costumes aos limites da referida tutela, onde, a produção legislativa, seja pela burocracia organizacional quanto a eficácia de suas medidas, seja pela falta de interesse dos ditos representantes do povo, não é suficiente a acoplar a nova realidade, restando ao poder judiciário aplicar a justiça utilizando como elemento útil o diálogo com os princípios.

2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

A essência humana guarda relação direta com a caracterização do que seria a dignidade, pois, como bem definido por Moraes (2007, p. 77), para distinguir os seres humanos dos demais, diz-se que “detém uma substância única, uma qualidade própria apenas aos humanos: uma dignidade inerente à espécie humana”. Nalini (2013) aborda o tema em semelhante discurso, confirmando que o mero status de humanidade automatiza o reconhecimento de igual dignidade, sendo proibido privar qualquer pessoa desse atributo. Assim, a integração do homem à dignidade deve ser considerada como ideia única, característica peculiar e primordial, instrumento necessário ao imperativo da humanidade sendo articulado a elementos práticos que

possibilitem o respeito do homem em todos seus significados, sendo ampliada à sua noção jurídica, descrita na obra de Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.95) como:

[...] um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimonial e afetiva, indispensável à sua realização pessoal e à busca da felicidade. Mais do que garantir a simples sobrevivência, esse princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias — estatais ou particulares — na realização dessa finalidade.

E o respeito apontado representa um olhar cuidadoso nos interesses mais extremo dos indivíduos, tanto patrimonial como o afetivo, pois, ambos servem como parâmetros ao reconhecimento da felicidade, sendo esta o objetivo do homem contemporâneo quanto a sua dimensão existencial, e a felicidade apenas é alcançada onde há dignidade. Não basta garantir a vida limitada ao funcionamento do organismo humano, mas também, expandir sua interação com todos os valores positivos na sociedade.

Na aplicação da dignidade da pessoa humana, na qualidade de princípio, é possível reconhecer os principais elementos da integridade moral que deve ser garantido simplesmente em razão da própria existência da pessoa, valorizando, por consequência, tanto a liberdade de valores quanto as condições materiais de subsistência. (SOARES, 2009, p.52).

Por isso, o leque de elementos que guarnecem a condição humana, ante sua complexidade, sempre estará fundamentado no valor do afeto, como nota de sua expressão existencial, de relacionamento com o mundo dos sentimentos, e no caráter patrimonial, por ser significativo quanto às condições materiais de se firmar no mundo na manutenção do mínimo existencial. Lôbo (2017, p.54), ao enfatizar a ideia de dignidade aponta que:

Nos reinos dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade.

Conforme Lôbo (2017), o indivíduo considerado como um ser munido de valores próprios se distancia da ideia de coisa, pois, como aponta Kant (2003), se coisa fosse, teria um preço, mas, ao contrário, ante sua essência, em vez de preço,

possui dignidade, devendo ser compreendido, justamente nessa dimensão, independente do tipo de relação que venha vivenciar.

Desse modo, o ordenamento pátrio segue as mesmas linhas do filósofo, a partir do momento em que é produzido sob o olhar de um Estado Democrático de Direito, exaltando a representação da dignidade da pessoa humana como um imperativo ético e existencial, elevando tal qualidade ao patamar de princípio, que sugere isonomia entre os homens, bem como ao próprio Estado, externado pelo complexo de direitos e garantias fundamentais depositados nas constituições dos países democráticos. (SARLET, 2001).

Acolhido como direito fundamental, outro ponto importante quanto ao princípio, seria a preservação das diferenças entre os indivíduos, por ser qualidade que diz respeito à particularidade de cada um, ante sua condição de único e especial mediante a percepção e apreensão dos valores passados pela experiência da vida, fato apontado na lição de Soares (2009, p.53):

A dignidade da pessoa é um valor interior e próprio, de intensa e contínua manifestação e exteriorização, porque, ao mesmo tempo em que une e iguala as pessoas, pois todas tem um núcleo em comum, as difere, já que a dignidade serve para assegurar a preservação das diferenças que tornam cada ser único e especial e que são necessárias para o próprio desenvolvimento sadio da sociedade, bem como age como fundamentopara evitar que tais diferenças possam servir para inferiorizar uns frente aos outros.

A influência do princípio da dignidade da pessoa humana tem como característica primordial sua aceitação como macro princípio, de onde se irradiam os valores albergados pelos demais princípios, representando epicentro axiológico, ultrapassando os limites das relações provenientes de atos estatais e se dirigindo aos vínculos privados. (DIAS, 2016).

Gagliano e Pamplona Filho (2019) entendem o princípio da dignidade da pessoa humana como uma das maiores conquistas do direito brasileiro, elegendo-o segundo a jurisprudência e doutrina, como determinante na melhor interpretação da norma vigente do direito de família. Tal ponderação se dá, porque, ao aceitar a dignidade da pessoa humana como elemento intersubjetivo, se compreende a sua utilização como norte à produção de bens relacionais no seio familiar, de onde, a partir de suas interações como núcleo social, será reproduzido nas relações externas, propiciando a expansão da dignidade como capital social.

Entretanto, na era colonial os valores de cada consorte da família era dissolvido em um todo, todavia, na atualidade, com a valorização do indivíduo enquanto pessoa digna e não como instrumento a interesses alheios, a família se transformou em núcleo favorável à realização existencial de cada um, pois, se antes se vislumbrava no patriarca a figura representativa daquela espécie de núcleo familiar, para onde todas as forças convergiam, na atualidade, o conjunto de valores individuais e seus entrelaçamentos é que melhor representam a família generativa.⁵

Portanto, não havia respeito à particularidade dos entes integrantes do grupo familiar, o direito de família os enxergava como uma unidade apta a propiciar ambiente favorável à promoção da família como instituição dogmática e fechada, inexistindo qualquer permissivo legal que apoiasse as diferenças e anseios dos indivíduos. Não obstante, com o apoio crescente na valorização da pessoa na qualidade de indivíduo, prestigiado pelo princípio da dignidade humana, reconhecendo a particularidade de cada sujeito, é que, a título de exemplo paradigmático, o ordenamento passou a acatar a pluralidade de conformações familiares, tanto na relação horizontal, materializada nas novas variantes de casal, quanto o de filiação, a exemplo da paternidade e maternidade socioafetiva, com reflexos significativos para a sociedade. Maria Berenice Dias (2016, p.131) explica:

O pluralismo das relações familiares ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operam verdadeira transformação na família.

Por conseguinte, é na igualdade e na liberdade que se vivencia a dignidade, distanciando o papel dos integrantes do núcleo familiar na qualidade de meros expectadores dos mandamentos institucionais da família, para moldar as relações internas ao valor intrínseco de cada desejo, de cada sentimento, expandindo a utilização do afeto como moeda de troca. Logo, o Estado, como garantidor do equilíbrio social, além do dever de não promover atos de ingerências à nova versão

⁵ O casal generativo vive a relação como espaço de transformação do *self*, de mudança e amadurecimento da própria identidade através da experiência do Outro como diferente do Eu, um outro que me enriquece porque a relação que nos liga é um modo para melhorarmos reciprocamente. A relação gera um outro *self*, no qual, o Eu se afirma como aquele que ama o Outro porque quer o bem do Outro. E através desse amor encontra a felicidade a realização própria (PETRINI, *apud* DONATI. Relações familiares, p.26.

da família, deve manter vigília para que a dignidade, percebida nas relações, seja fortalecida.

Percebe-se o Estado como ente patrocinador e garantidor da estabilidade da família, por ter obrigação de promover a sua valorização como alicerce da sociedade, bem como criar meios para sua manutenção e desenvolvimento, sendo estimulado, não pelo instituto da família em si, mas pela dignidade de seus integrantes como fórmula primordial para enaltecer os valores sociais.

Na perspectiva de se caracterizar o indivíduo como a mola mestra de todas as representações sociais independente de ser vinculado ao caráter patrimonial ou extrapatrimonial, entendendo, ainda, que o “benefício de ordem” dado ao indivíduo, não é revelado pelo seu aspecto formal, mas por significar que possui grande valor nas relações, a família, também, tem o papel principal, como garantidor e fiscal da dignidade da pessoa humana de seus integrantes, o que é respaldado, dentre outros instrumentos, pelo reconhecimento legislativo embasado tanto pela responsabilidade civil como criminal, definido nas palavras de Rolf Madaleno (2018, p. 96):

A dignidade humana é princípio fundamental na Constituição Federal de 1988, conforme artigo 1º, inciso III. Quando cuida do Direito de Família, a Carta Federal consigna no artigo 226, § 7º, que o planejamento familiar está assentado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Já no artigo 227, prescreve ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, pois que são as garantias e os fundamentos mínimos de uma vida tutelada sob o signo da dignidade da pessoa, merecendo especial proteção até pelo fato de o menor estar formando a sua personalidade durante o estágio de seu crescimento e desenvolvimento físico e mental.

Nesse breve mergulho no mundo legal que regulamenta a dignidade da pessoa humana e sua interação com a família, se observa que tamanha importância levou à positivação como matéria constitucional, inaugurando o rol de artigos da constituição, estando estipulado no inciso III do art. 1º, acompanhado, no art. 226 e 227, da obrigatoriedade do planejamento familiar e da paternidade responsável, vislumbrando ponto importante, por considerar não apenas obrigação do estado na geração manutenção da dignidade da pessoa humana, mas também, contando com a ajuda primordial dos demais integrantes da família.

Quando se pensa em planejamento familiar, há uma imposição normativa à família e ao Estado, para que, em conjunto, produza meio hábil à evolução dos integrantes do grupo familiar, fato relacionado ao que seja paternidade responsável, papel direcionado ao pai, mas acompanhado pelo Estado através de medidas coercitivas e garantidoras, paramentado, dentre outras criações legislativas, pela prisão civil⁶ quando ao inadimplemento alimentar e o abandono de incapaz⁷ no momento em que não exercido os deveres provenientes do poder familiar.

Também, em homenagem ao princípio, concebido no seio da revolução dos valores humanos, tendo o afeto, como base axiológica, conforme já apontado, surge à figura da parentalidade socioafetiva, que expulsa em definitivo o preconceito criado ao longo de séculos, em que se deslocava o filho estranho ao casamento e aqueles sem laços de consanguinidade à posição marginal à funcionalidade da família. Agora basta a posse do estado de filho como fundamento ao reconhecimento à filiação, superando a valorização mecanicista do exclusivismo da filiação biológica, tudo em homenagem à estabilidade da família. (DIAS, 2016).

Tudo isso se deve, ao considerar a dignidade da pessoa humana como uma espécie de princípios dos princípios, exigindo, para sua configuração, não apenas o respeito, mas a aplicação de medidas para que seja efetivamente alcançada, em especial, no direito de família, por ser ambiente propício ao exercício das principais necessidades existenciais do indivíduo.

2.2. Princípio da solidariedade familiar

⁶ Art. 528 do Código de Processo Civil. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

(...)

§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses

⁷ Art. 133 do Código Penal - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos. § 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a cinco anos. § 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. Aumento de pena § 3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço: I - se o abandono ocorre em lugar ermo; II - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima. III - se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003).

A primazia da solidariedade tem relação direta com a fraternidade⁸, onde, antes de ser instituída no ambiente familiar, foi estabilizado como dever cívico geral, advindo da preocupação de sua utilização como fundamento social, buscando harmonização e acolhimento mútuo tão necessário ao equilíbrio das relações e desenvolvimento dos valores altruístas, defendido por juristas do final do século XIX e início do século XX. Nessa perspectiva, Lôbo (2013, p.1) apresenta sua versão acerca da solidariedade:

A solidariedade, como categoria ética e moral, que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade. A solidariedade cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social.

Portanto, a solidariedade, tendo como núcleo a ajuda ao próximo, antes apenas concebido como dever moral, foi instituída como ato obrigatório às relações interpessoais, fundamentada na Constituição, que, como tal, é conhecida como “Constituição cidadã,” prezando por uma sociedade justa, livre e, por óbvio, solidária, devendo refletir nas normas infraconstitucionais, em especial, ao direito de família, posto que seu objeto de tutela pressupõe elementos que presam pelo olhar cuidadoso ao outro, seja no viés moral ou material, sendo o cuidado inerente às suas relações.

No entanto, corresponde a um padrão contrário aos valores individualistas⁹ fundamentados em cenário pretérito, vivenciado no início da modernidade, carente do respeito à dignidade da pessoa humana e fortalecido no olhar patrimonial, sendo o direito responsável pela tutela material, contrária, portanto, ao valor afetivo, de onde inexistia, para as relações ordinárias, o conceito de subjetividade.

Assim, o valor da solidariedade deve ser concebido como reflexo do respeito ao afeto como mecanismo de formatação das relações humanas, e ainda como germen da responsabilidade social no seio desta instituição tão necessária ao

⁸ A solidariedade tem raiz na fraternidade, que visa à mutua cooperação para obtenção do objetivo comum de proporcionar a sustentação e o desenvolvimento digno de todos – o bem comum e a ordem social – e é norma que tem como objetivo garantir a toda pessoa condições adequadas para uma existência livre e digna pela afirmação e desenvolvimento da própria personalidade, objetivos que devem permear todos os dispositivos reguladores da convivência social. (SOARES, 2009, p.56).

⁹ “A repersonalização do direito civil, e particularmente o direito de família, deve ser perseguida sob as luzes da solidariedade social e não sob uma ótica individualista (ou seja, com especial atenção para a coexistência das pessoas). Nas questões de família, a influência da temática da solidariedade resta ainda mais visível e necessária, de modo que deve figurar ao lado da liberdade na busca da compatibilidade entre ambas, a fim de permitir o equilíbrio possível.” (CALDÉRON, 2013, p. 237).

equilíbrio da sociedade, amparando sob a forma da assistência material e moral entre os membros do grupo familiar (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

Em termos práticos, o princípio da solidariedade é identificado em várias aparições legais, desde a Constituição, ilustrada especificamente, além no art. 3º, no disposto no art. 227¹⁰, no qual define como parâmetro obrigatório a proteção por parte de Estado e da família, quanto a todos os âmbitos de uma evolução equilibrada, como saúde, educação, cultura, respeito, dentre outros, estendido tal preceito, aos idosos, o que é esclarecido no art. 230¹¹ do mesmo diploma legal.

Ela se estende as súmulas bem como a legislação infraconstitucional em várias situações, a exemplo da obrigação alimentar que pode ser, conforme o Código Civil, prestado, também, por avós¹² e tios¹³, ou até mesmo entre divorciados ou ex-companheiros¹⁴, ou, na via inversa, dos filhos aos pais, como expressado pela Constituição Federal (1988)¹⁵.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, se percebe que a solidariedade é extensa a obrigações extrapatrimoniais, como o sentimento de cuidado, de atenção, por representarem uma constante nas relações humanas, caracterizadas pela fraternidade e a reciprocidade, não significando dizer, no entanto, que o direito lida com o sentimento de forma pura, mas estuda condutas verificáveis nesse universo por compreender como categorias de ética e moral, onde a proteção legal se faz necessária, como no caso do cuidado aos idosos e incapazes (LÔBO 2017). Sobre o tema, complementa Maria Berenice Dias (2016, p.49)

Aproveita-se a lei da solidariedade no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do

¹⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹¹ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

¹² Súmula 596-STJ: A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais. STJ. 2ª Seção. Aprovada em 08/10/2017.

¹³ Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais

¹⁴ Art. 1694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

¹⁵ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação.

Quanto ao caráter existencial, que fundamenta, dentre outras condutas, o dever parental do cuidar sob laços afetivos, aponta Lôbo (2017, p.56) que, para o desenvolvimento da personalidade individual é “imprescindível ao adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade, que implicam condicionamentos e comportamentos interindividuais realizados num contexto social”.

Em vista disso, a cooperação deve ser lançada como elemento basilar das relações familiares, inculcado como valor moral e ético, por ser ato intrínseco à natureza humana e necessária à busca do equilíbrio social, correspondendo à valoração positiva e prática da dignidade da pessoa humana, afinal, o fato social antecede a norma, e, pela própria caracterização humana, o convívio é necessário, seja para a troca de experiências, seja pela necessidade de proteção mútua e cooperação, amplamente estimulado no ambiente familiar.

Logo, esta cooperação e compreensão são entendidas como elemento propulsor das relações afetivas construídas no seio da família, por ser a solidariedade exteriorização da unidade familiar, podendo ser remetido tanto às relações materiais, a exemplo da obrigação alimentar, quanto às imateriais, como no caso na união espiritual nos momentos de prazer e de dificuldade (MADALENO, 2018).

A solidariedade familiar deveria fluir sem nenhuma pressão externa proposta por postulados legais em face de se caracterizar como suporte necessário a expressão da natureza humana equalizar seus valores e sentimentos com os mais próximos, principalmente os integrantes do grupo familiar. No entanto, tamanha a importância dessa conduta, que, ao ser agraciada como princípio, mesmo em situações de desrespeito à regra por ela estimulada, a norma se faz presente, coagindo aqueles que desrespeitam ao cumprimento, por ser imperativo da unidade familiar como respeito à dignidade de seus integrantes.

2.3. Princípio da igualdade entre filhos

Muitos doutrinadores interpretam o princípio da igualdade como uma das manifestações da dignidade da pessoa humana, reconhecendo todos como iguais

perante a lei, evocando, em determinadas situações, “benefício” aos vulneráveis, para que a desigualdade prática seja superada, representando o que é conhecido como igualdade substancial¹⁶, “cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com sua desigualdade”. (MORAES, 2007, p.86)

Paulo Lôbo (2016, p.60). retrata a questão da igualdade substancial na relação entre pai e filho:

Há situações em que os pais podem adotar medidas diferentes na educação de cada um dos filhos, ou mesmo um dos filhos. Por vezes, a satisfação do princípio da igualdade na filiação impõe o atendimento a diferenças individuais, o respeito ao direito de cada um ser diferente. Outras vezes, um dos filhos apresenta necessidades especiais a demandar medidas especiais. Nessas situações, em que são tratados desigualmente os desiguais, os pais não podem ser acusados de discriminação.

Enquanto Dias (2016, p.47) apoia a existência da igualdade na medida em que:

o sistema jurídico assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. A ideia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada à ideia de justiça. Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com igualdade formal, consistindo em conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Aspira-se à igualdade material precisamente porque existem desigualdades.

Todavia nem sempre foi assim, a família patriarcal compreendia o núcleo familiar como propriedade do patriarca, seja em relação à mulher ou à prole, mas, a novel interpretação do direito, sob o viés constitucional voltado para a repersonalização do direito civil, alterou o destino das relações familiares, assim, ao que se refere à igualdade entre filhos, restou evidente que o interesse do legislador da nova ordem constitucional era instaurar a isonomia absoluta da prole perante sua filiação, independente da origem, se biológica ou afetiva, delimitado na Constituição

¹⁶ A evidente preocupação constitucional em ressaltar a igualdade substancial entre homem e mulher parece decorrer da necessidade de pôr cobro a um tempo discriminatório, em que o homem chefiava a relação conjugal, subjugando a mulher (CHAVEZ; ROSENVALD, 2011, p. 49).

Federal (1988)¹⁷ e reproduzido no Código Civil (2002)¹⁸, postulando a igualdade em sentido amplo, como aponta Maria Berenice Dias (2016, p. 387):

A necessidade de preservação do núcleo familiar – leia-se, preservação do patrimônio da família- autorizava que os filhos fossem catalogados de forma absolutamente cruel. Fazendo uso de terminologia plena de discriminação, os filhos se classificavam em legítimos, ilegítimos e legitimados.

Em homenagem à proteção patrimonial, a lei permitia a sua blindagem em oposição à dignidade da prole havida fora do laço matrimonial, revelando conduta desmedida à nova ordem, que agora buscava ampliar a igualdade independente da origem dos laços, seja biológico, afetivo ou registral, apresentando novel dinâmica de equivalência quanto à legitimidade.

Tais circunstâncias, inclusive, serviam para impulsionar discursos moralistas recheados de ódio preconceituoso, onde, numa batalha de imposição de valores autoproclamados como éticos, filhos consanguíneos não eram considerados como tal, caso tivessem origem em uma relação adúltera, fato positivado na codificação de 1916. (DIAS, 2016).

Como se observa, o ponto de partida dessa batalha de valores provém da relação entre direito, ética e moral, que, aos olhos da ordem política de determinadas nações, que primam em beneficiar ideias conservadoras em benefício de pequenos grupos autoproclamados éticos, renega à margem da sociedade e de sua proteção, aqueles que não se enquadram no paradigma imposto.

Entretanto, com respaldo na humanização das relações, a Carta de 88 dilapidou a questão preconceituosa, descaracterizando-a do seio da família, sepultando “qualquer designação discriminatória relativa à filiação, deixando finalmente de punir os filhos que não tinham a felicidade de terem sido fruto amoroso das justas núpcias” (MADALENO, 2018, p.146), nascendo um novo cenário onde

¹⁷ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹⁸ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

aqueles que eram postos e lado, na nova dinâmica constitucional, passaram a ser objeto de maior proteção.

Afinal, o filho, independente de sua origem, deve ser valorado como tal, pois, antes de ser denominado como adulterino, bastardo, espúrio ou ilegítimo, é qualificado como filho, sendo este detentor de patrimônio afetivo próprio, esculpido sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, merecendo toda proteção vinculada a seu reconhecimento como tal, inclusive superando a questão moral imposta pela sociedade.

Como estandarte da isonomia da era contemporânea, importante citar a equivalência entre a filiação biológica e socioafetiva, que determina que seja reconhecido como filho até mesmo aqueles que mantêm ou mantiveram relação parental estranha a ordem biológica, o que, todavia, ainda vem sendo alvo de desigualdade, inclusive pela ordem legal, como aponta o entendimento de Madaleno (2018, p. 146):

Embora ainda não tenha sido atingido o modelo ideal de igualdade absoluta de filiação, porque esquece a lei a filiação socioafetiva, ao menos a verdade biológica e a adotiva não mais deveriam encontrar resquício algum de diferenciação e tratamento, como ainda ocorre, inadvertidamente, quando a lei trata de só presumir a paternidade no casamento e não na união estável e também quando outorga apenas ao marido de mulher casada impugnar a paternidade de filho gerado por sua esposa.

Assim, ao se buscar a equiparação na realização da família, o olhar deve estar voltado para a busca de uma igualdade absoluta, presumindo a diferença de cada um dos integrantes, visando à aplicação da justiça no reconhecimento da igualdade substancial, pois, muito se evoluiu nesse sentido, apesar de algumas limitações como já apontado. Portanto, no momento em que se reconhece a paridade de direitos e deveres entre marido e mulher, e, principalmente, entre a prole, ou seja, a origem dos filhos, isso não deve ser motivo de discriminá-los, sendo a unidade familiar um complexo de relações individualizadas, seja no aspecto horizontal ou vertical, mas, que devem se harmonizar, justamente por sua imperativa característica de coexistência.

2.4. Princípio da afetividade

Nas palavras de Welter (2009, p.57), afetividade corresponde a “um direito fundamental individual e social de afeiçoar-se ao outro ser humano”. Por ser direito fundamental, deve ser reconhecido como imprescindível ao ser humano dentro de sua dignidade, ampliada sob a ótica de um direito, que, além de fundamental é reconhecido como individual e social, o que revela seu necessário estabelecimento nas relações humanas.

Ampliando a tese acima, (2009, p. 56) leciona que “de toda sorte, deve ser esclarecido que o afeto equivale à interação entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas”, correspondendo a “afeto positivo por excelência”, mas que, “há também o ódio, que constitui o lado negativo dessa fonte de energia do Direito de Família Contemporâneo”.

Merece a reflexão de que, mesmo não sendo expressamente considerada como tal, a Constituição, sem sombra de dúvidas, elegeu a afetividade como princípio, por corresponder valor decorrente da dignidade da pessoa humana¹⁹, protegido como direito fundamental e necessário à existência das relações impulsionadas pela proteção, também, à subjetividade.

Quando se trata de princípios, por significarem participação determinante na elaboração e estruturação ao que diz respeito à tutela de novos elementos da engrenagem social que ainda não possuem proteção legislativa, mas, que repercutem valores que patrocinam alterações significativas no modo de se relacionar, como deixa demonstrar novamente as palavras de Tartuce (2019, p.56):

Os princípios estruturam o ordenamento, gerando consequências concretas, por sua marcante função para a sociedade. E não restam dúvidas de que a afetividade constitui um código forte no Direito Contemporâneo, gerando alterações profundas na forma de se pensar a família brasileira [...].

Nesse sentido, é que a família, como núcleo essencial da sociedade contemporânea, frente à nova dinâmica, foge do ideal patrimonialista, sendo galgada sob a égide da afetividade, a qual se tornou “valor jurídico, e na esteira da evolução do pensamento jurídico ganhou status de princípio jurídico”(PEREIRA, R. 2016,

¹⁹ Ao elevar a dignidade da pessoa humana a macroprincípio norteador das suas disposições, e de toda a sociedade, a Constituição Federal a colocou no vértice do ordenamento constitucional. Esta posição exige não apenas o seu respeito (em uma dimensão negativa), mas vai além, indicando a adoção de medidas promocionais no sentido de que esta dignidade seja plenamente alcançada (dimensão positiva), o que trouxe diversas consequências também no direito de família. (CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 236).

p.218). No entanto, o mesmo autor ressalta que o afeto inerente à família possui elementos específicos, devendo estar acompanhado de outros valores, também de cunho principiológico, como a solidariedade, responsabilidade e igualdade²⁰. Isto porque, ao ser considerado como estrutura principal na arquitetura familiar, necessita de outros pilares que venham a ajudar na concretização do seu objetivo.

Assim, nota-se que o afeto de um amigo, vivenciado sem responsabilidades maiores, é diferente daquele produzido entre irmãos, que demanda um cuidado mais apurado, pois, ainda acompanhando o magistério de Pereira, R. (2016, p. 219), a família é o “lugar privilegiado de realização da pessoa, pois, é o *locus* onde se inicia um desenvolvimento pessoal, o seu processo de socialização, onde vivem as primeiras lições de cidadania e onde se reportará mais tarde para os laços sociais”.

Por ser fonte de valores de comportamentos que serão externados na produção de laços, o afeto é mais amplo, o cuidado proveniente dessa conduta deve ser paramentado de outros valores representativos de determinado grupo familiar, não significando o simples amar, mas o proteger, o cuidar, tudo objetivando colocar a família no seu devido lugar, ou seja, como provedor ao bem-estar dos seus integrantes. Por isso, ao ser reconhecido como princípio é que a afetividade se diferencia do afeto em si²¹, sendo obrigatório nas relações familiares, principalmente as parentais, não significando propriamente o amor, mas, o cuidado como instrumento fundamental a estruturação da família por corresponder à ideia e unicidade.

Lôbo (2017, p.70) aprofunda a reflexão afirmando que:

A concepção contemporânea da família como lugar de realização dos afetos na sociedade laica difere da que a tinha como instituição natural e de direito divino, portanto imutável e indissolúvel, na qual o afeto era secundário. A força da afetividade reside exatamente nessa aparente fragilidade, pois é o único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares.

Essa afetividade une os integrantes da família por ser amparada pela obrigação do cuidar, do cooperar, características básicas e necessárias à evolução coerente,

²⁰ “O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais. O sentimento de solidariedade recíproca não pode ser perturbado pela preponderância de interesses patrimoniais”(DIAS, op. cit., p.52)

²¹ Na psicopatologia, por exemplo, a afetividade é o estado psíquico global com que a pessoa se apresenta e vive em relação às outras pessoas e aos objetos, compreendendo o estado de ânimo ou humor, os sentimentos as emoções.

elevando toda ação humana na vivência da família, não sendo necessário, para tanto, revelação de cunho religioso, mas afeição ontológica à particularidade do indivíduo.

Tanto que, a condição do afeto como moeda principal nas relações familiares se encontra devidamente positivada no Código Civil, quando, no art. 1.593, define que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, ou seja, além do laço histórico de consanguinidade, a família pode ser originada por meio diverso, identificando na afetividade o germen para as formas alternativas, equivalendo dizer, na realidade, que, mesmo nas conformações meramente biológicas, a afetividade deve estar presente, mesmo que por imposição legal. Também é expressa em outras codificações e ramos do direito, como apontado por Vargas (2017, p.105):

A indenização por dano moral, que busca ressarcir o dano emocional sofrido e compensar o desgosto provocado por uma conduta ilícita no campo do direito civil, assim como a previsão de tipos penais como o homicídio privilegiado cometido por violenta emoção, que possuem o afeto como parte do tipo, ou tratam a emoção ou a crueldade como elementos de redução ou majoração da pena, são exemplos da atuação do direito em relação aos afetos.

A jurisprudência e doutrina, nos seus primórdios, também contribuíram muito para a construção da afetividade como princípio de tamanha envergadura na ordem jurídica do Brasil, pois, mesmo antes da previsão legal na codificação civil, decisões já prestigiavam casos concretos, como, por exemplo, no ano de 2001, do reconhecimento da paternidade socioafetiva em litígio que se discutia a verdade biológica em caso de adoção brasileira, prevalecendo esta última, justamente pelo teor constitucional quanto o valor do afeto²².

Assim, é necessário o respeito por uma interpretação sempre voltada à valorização do afeto, por ser considerado como elemento balizador de várias situações presentes nas relações diárias, sempre agregadas ao fato social com correspondência na ordem posta. Justamente por tais considerações é que o entendimento majoritário, que não poderia ser diferente, prima a afetividade como princípio que “fundamental o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico” (DIAS, 2016, p.52).

²² TJ/PR. Apelação Cível 108.417-9.

A família não se mantém simplesmente pela ordem biológica, pois o seu principal desenvolvimento foge das determinações instintivas dos animais, sendo refugiada na afetividade como maestro de todas as condutas, pois, é através dela que se cresce com respaldo nos principais valores da experiência humana, considerando um ser que possui sentimentos, e por eles realizam a sua existência.

Desse modo, contribui para essa visão a análise do ser humano sob o olhar da psicanálise, vislumbrando como um ente dotado de desejo, de onde se deve buscar a desconstrução patrimonial de séculos, e a inauguração de novos valores jurídicos, sendo o sujeito, ante o respeito a dignidade da pessoa humana, como centro das atenções, tendo como ponto máximo o princípio da afetividade como norteador das relações familiares (VARGAS, 2017).

Com base em tais assertivas, na análise da afetividade como valor jurídico, Calderón (2013, p. 310-311) reflete no sentido da existência de duas facetas:

A primeira delas é voltada para os que já possuem algum vínculo familiar estabelecido, reconhecido pelo sistema (parental, de conjugalidade ou de qualquer união familiar); para estas pessoas reflete a face do dever jurídico (ou seja, uma imposição conferida pelo princípio neste sentido). Já a segunda face é voltada para pessoas que não possuam vínculo familiar já reconhecido pelo direito, para as quais reflete a face geradora do vínculo familiar, pela qual consubstanciará uma relação de parentalidade ou conjugalidade, aspecto que englobaria a noção de posse de estado.

O primeiro olhar do princípio em comento é voltado para a sua aplicação nas relações familiares já existentes, nas quais se torna necessário o respeito à aplicação do princípio, como no caso dos deveres de cuidado atinentes ao marido e a mulher, entre pai e a sua prole. O outro sentido será utilizado para a caracterização e confirmação das relações como familiares, ou seja, a afetividade, no seu aspecto principiológico, servirá como instrumento na aferição e na confirmação de determinadas situações como vínculos de ordem familiar.

Vislumbra-se, desta feita, a importância da afetividade como ponto crucial na confirmação do que seria a família, fortalecendo como entidade de fato e distanciando da unicidade característica do passado, onde apenas se considerava a família como instituição definida exclusivamente pela lei, valorada pela norma a partir do seu vértice formal e patrimonial.

3 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA E O DESENVOLVIMENTO DA PESSOA

3.1 A relação da família com o caráter existencialista do indivíduo

Segundo Heidegger (1997, *apud* Mascaro 2012, p.56) grandes filósofos como Kierkegaard, Karl Jaspers Gabriel Marcel, e Sartre, seguiram a corrente filosófica existencial, e analisa a ideia existencialista como oposição ao pensamento que prestigia a metafísica, considerado como a filosofia do dever ser, posto que, “ao contrário de buscar compreender os fenômenos e as realidades tal qual se manifestam, liga-se a um conceito ideal, uma espécie de duplo da realidade, ou, em muitas vezes, um complexo estranho a própria realidade”.

O ser-aí, criado na filosofia de Heidegger (1997), significa que o ser existencial do humano está vinculado a sua realidade, nas suas relações com a vida que lhe cerca não sendo possível identificar um existir de forma isolada, nos moldes da metafísica. O que ele definiu como Dasein, na sua obra “Ser e Tempo”, externa a ideia de que o ser é tempo, justamente por seu caráter histórico. Portanto, resta patente que a condição de cada ser humano está pactuada na forma que se relaciona com o mundo, significando este, todos os valores passados, e acolhidos na dinâmica da vida ante a complexidade das interações que irão produzir a consciência relacional de cada um.

Independente dos seus precursores, cristãos ou ateus²³, o existencialismo segue o enunciado que a existência sempre precede a essência, ou seja, primeiramente o homem surge no mundo para depois se definir, e, para cumprir essa função, basta se prender as várias oportunidades que o mundo disponibiliza, e, justamente na vivência dessa busca, é que cada ser humano passa a se definir (BITTAR, 2012).

²³ O existencialismo ateu que eu represento declara que Deus não existe, há ao menos um ser no qual existência precede a essência, um ser que existe antes do poder ser definido por algum conceito e que esse ser é o homem ou, como diz Heidegger, a realidade humana. O que significa aqui que a existência precede a essência? Isso significa que, primeiramente, existe o homem, ele se deixa encontrar, surge no mundo, e que ele só se define depois. O homem tal como o concebe o existencialista não é definível porque, inicialmente, ele nada é. Ele só será depois, e ele será tal como ele fizer. Assim, não existe natureza humana, já que não há Deus para concebê-la. O homem é apenas não somente tal como ele se concebe, mas tal como ele quer, e como ele se concebe após existir, como se ele quer depois dessa vontade de existir – o homem é apenas aquilo que ele faz de si mesmo. Tal é o primeiro princípio do existencialismo. (SARTE, Jean Paul. O existencialismo é um humanismo, p. 24).

Nesse cenário, torna-se fácil compreender que a família tem papel importante na contribuição na formação da essência do ser humano, já que os valores não nascem com o indivíduo, mas no seu diálogo com o mundo, sendo a família o primeiro norte de contato com os valores que irão compor a sua condição humana.

José Manoel de Sacadura Rocha (2013) expõe o mesmo pensamento por entender que o existir é que possibilita a materialização de essência do homem norteado pela vivência com meio no qual está inserido, onde, a partir as obrigações elencadas, construirá seu conhecimento e sua rede de valorações, sendo, desta feita, o nascimento da essência do homem produto da práxis:

Antes de tudo, ela nasce pela práxis, ou seja, a partir da prática da vida humana, da vida humana como palco de manifestações concretas, das ações humanas diante da criação dessa mesma vida. A existência é esse conjunto de práticas criativas que coletivamente possibilita aos homens a realização circunstanciada de sua sobrevivência material e vivência espiritual (ROCHA, 2013, p. 173).

A realidade impulsiona os homens, às vezes, a buscar um caminho diferente do que o seu eu, de fato, se enquadra, imposto por valores estranhos à sua percepção prática, mas que, por ser considerado como regra por uma maioria, deve ser obedecido, situação estranha a teoria existencialista, vez que o “ser-aí”, pressupõe liberdade de escolha referente às valorações das condutas relacionais.

A liberdade existencialista não é determinante quanto aos fatos que acontecerão na vida dos indivíduos no futuro, vez que, mesmo sendo livre para decidir sobre o seu destino, o ser está sujeito às respostas das interações com o meio, o que revela que a essência, construída a partir da liberdade existencial, depende do meio relacional, sendo, no entanto, a liberdade o principal ingrediente na construção nas concepções do indivíduo:

É possível compreender, então, que a liberdade a que se refere nossa abordagem não diz respeito à gratuidade do acaso, como se a construção do sujeito escapasse a quaisquer designações do meio na qual ele se insere. A liberdade existe a partir de uma estrutura de escolhas em uma dada situação, a qual compreende as condições impostas pelo meio em que vivemos, pelas significações que damos às vivências de nosso passado e pelas relações que estabelecemos com os outros. (VIEIRA JUNIOR; ARDANS-BONIFÁCIO; ROSO, 2016, p. 120).

Mesmo em tais circunstâncias, a liberdade continua sendo o ponto principal da teoria existencialista como instrumento vital a se escapar do condicionamento

determinado pelo meio em que o indivíduo está inserido, estimulando, portanto, o movimento de onde estabelecerá a essência do homem que poderá fazer diferente do que o mundo tenta lhe impor.

Cada geração busca a manutenção dos seus valores, impondo regras como limitações, o que, ante a inexistência de liberdade, tal desiderato estaria firmado. Todavia, posta em prática, mesmo combatida, pensar e agir diferente comprova que a condição humana é inerente ao movimento, e mesmo com a imposição de valores provenientes de gerações pretéritas, o homem, de certa forma, tem impulsionado o seu valor através do direito de escolha:

A liberdade de escolha consiste na principal característica da condição humana, pois é precisamente através dela que temos a possibilidade de nos fazermos diferentes daquilo que foi feito de nós. Mesmo que estejamos inseridos em um determinado contexto, não somos simplesmente condicionados por ele, nem somos unicamente um produto enrijecido do nosso passado ou das condições objetivas que nos rodeiam, pois o movimento é inerente à condição humana, seja no sentido de negar e superar as condições dadas seja em acomodar-se a ela. (VIEIRA JUNIOR; ARDANS-BONIFÁCIO; ROSO, 2016, p. 120).

O fato de o existencialismo apontar para a construção do ser a partir da vontade de cada indivíduo no proveito da sua liberdade, ou seja, de respaldar uma moral subjetiva imbricada na ideia de liberdade, não significa dizer que deva trilhar esse caminho isolado, justamente porque o homem é um ser relacional, portanto, a liberdade de um indivíduo não consiste em conviver sozinho, mas emparelhada com as demais liberdades individuais. (BITTAR, 2012).

No campo da família, a liberdade compartilhada deve sempre valorizar o interesse de cada um nessa comunhão. O mesmo autor define que a liberdade, como algo de relevância extrema na concepção do indivíduo, não deve limitar a liberdade de outrem, posto terem a mesma valoração, como bem necessário à existência dos indivíduos:

Se a liberdade desse indivíduo é um bem caro, ela não pode constringer a liberdade também cara daquele outro indivíduo. Tudo concorre no sentido de vislumbrar na sociedade, e nas práticas jurídicas que a sustentam, um campo de forças complexo, com muitas descargas energéticas particulares, mas neutro por sua manifestação de todo, em prol da sobrevivência das liberdades individuais e grupais. (BITTAR, 2012, p.432).

Nesse mesmo viés é que Heidegger (1997, p.116) descreve a necessidade de se compartilhar essa liberdade e não de se isolar, afinal, o ser-aí pressupõe interação para a realização da liberdade de cada um:

Ao clarificar o ser-no-mundo, nós mostramos que um puro sujeito sem um mundo nunca é em nossa proximidade, nem jamais será dado. E, assim, finalmente, um eu isolado sem os outros também está igualmente distante do ser que está sendo dado em nossa proximidade.

A forma de conduzir em relação é conceituada pelo mesmo autor como ser-no-mundo-com-os-outros, onde, ao vivenciar a relação, o indivíduo é dividido a partir de sua dinâmica com o ser das coisas e com o ser dos outros, não sendo possível ser de forma isolada, sendo a construção existencial lastreada pela liberdade em relação:

Presença como abertura para sentir, para se abrir à construção constante de si, por meio das relações estabelecidas consigo e com o outro (seus semelhantes). Assim, no movimento determinado por sua condição humana, é lançado ao mundo. Seu modo de ser é fruto das influências e das marcas deixadas pelas orientações do mundo circundante. (HEIDEGGER, 1997, p.116).

Sartre (1987) expõe que o existencialismo tem como objeto o ser humano singular, mas inserido no campo social. Nesse sentido, as relações entre as pessoas não acontecem simplesmente ao acaso, mas, na verdade é o resultado de diversas designações, sejam sociais ou culturais, sempre através das mediações exercidas pelo outro como parte do meio circundante.

Assim, é através dessas mediações vivenciadas que a pessoa poderá transformar o seu contexto social e apropriar-se de suas significações, justamente porque o ser humano pressupõe relação, sendo suas vivências no mundo sempre mediadas pelo outro. De certa forma, o ser humano, na condução da sua vida, se estabelece como meio para a realização do projeto existencial do outro, e a família deve ser retratada como a força motriz por subsistir fonte de relação.

3.2. A ordem jurídica constitucionalizada e a família

Com novo paradigma a fundamentar a ordem legal vigente, considerando o indivíduo no seu interesse subjetivo, as entidades familiares e a unidade familiar

passam a ter nova representação, o que, nas palavras de Pereira, S. (2007, p.186) significa que:

A família passa a ter papel funcional: servir de instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana. Não é mais protegida como instituição, titular de interesse transpessoal, superior ao interesse de seus membros, mas passa a ser tutelada por ser instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram. Merece a tutela constitucional, como lugar em que se desenvolve a pessoa, em função da realização das exigências humanas.

Há, na realidade, inversão de posições de cunho hierárquico, onde, antes, os indivíduos eram recepcionados como meros serviçais aos interesses da família, o que, com a nova dinâmica, é a família que deve aplaudir a atuar objetivando a consagração dos interesses dos seus integrantes. Desse modo, a sua tipologia representava o que era chamado da “grande família”, apenas voltada para o interesse patrimonial e inexistência da realização dos seus componentes, onde o caráter subjetivo era menosprezado pela sociedade e, por consequência, pelo direito (CALDERÓN, 2013).

O que se vislumbrava era um ideal iminentemente racionalista acerca das relações familiares sem aprofundar sua investigação para o patamar do afeto, mas, agora, ao contrário, a igualdade substancial, na valorização de cada componente ganha espaço, como consequência da substituição da versão patriarcal e hierarquizada pela contemporânea família democratizada. (PEREIRA, S., 2007).

Essa construção se deu pela mudança da ótica experimentada entre final do século XIX, com posterior vigência do Código Civil de 1916, e a vivenciada no projeto de lei da novel ordem civil externada na codificação de 2002. Quanto à primeira codificação, importante enfatizar que a sua elaboração foi alicerçada no pensamento burguês, revelando a intenção eminentemente privada, que, para Leonardo Barreto Moreira Alves “o código civil era, na verdade, um meio legal de garantia das elites econômicas do país contra as intervenções e ingerências estatais no livre mercado”. (ALVES, 2010).

Outrora, a realidade burguesa foi precedida pelo poder absoluto, onde tudo e todos eram de certa forma, propriedade da coroa, e, em tal lógica, com a derrocada do absolutismo, o novo poder deveria se precaver de possíveis retaliações dos derrotados, e, por corresponder a família instituição forte na representatividade das relações sociais, a força do Estado também deveria ser inserido na sua dinâmica.

Nesse contexto, não havia espaço para os indivíduos exercitarem outros *status* na relação familiar diferente da patrimonial, equivalendo à intenção real na norma vigente, aplaudida por doutrinas voluntaristas e individualistas, que tinham como principal objetivo o reconhecimento do indivíduo na qualidade de sujeito de direito apenas como contratante ou proprietário.

Nesse sentido, interessante se referir novamente à obra de Alves (2010, p.40):

A propriedade, esta sim, era o valor absoluto, ilimitado e necessário para a realização da pessoa humana, a qual figurava nas relações jurídicas como sujeito abstraído de sua dimensão real. Daí por que o sujeito de direito passa a ser definido como aquele agente apto a contrair relações jurídicas na órbita patrimonial, independentemente da sua essência humana, da sua dignidade e de seus desejos e necessidades existenciais.

Ao analisar a questão burguesa frente à ordem capitalista vigente, relacionando a codificação de 16 com a de 2002, se nota a existência de um embate entre o ter e o ser. Por ser considerado como valor inerente a condição humana, referendado, portanto, como parâmetro para o agir do indivíduo, a relação do homem com seu patrimônio lhe alocava a status de poder, felicidade, como razão da existência, ao passo que, com a alteração patrocinada pela codificação inaugurada no século XXI, o interesse do indivíduo se identifica com condutas livre das amarras patrimoniais, caracterizado por atos que coincidem a com a natureza humana. Na mesma toada aponta Calderón (2013, p.53), que era uma época em que:

[...] a forte racionalidade instrumental do período, a pretensão de garantias de liberdade comercial, o pleno respeito a uma propriedade privada de feições absolutas e o acentuado individualismo refletiu intensamente nas escolhas das alternativas jurídicas encontradas.

Não há dúvida dessa relação entre o governo e os governados, valorizando com bem máximo o patrimônio material, estandarte erguido pela sociedade burguesa, como forma em se garantir na posição alcançada frente ao Estado absolutista, que, por séculos, submeteu toda ordem aos seus caprichos, como aponta Fiterman (2016, p.45):

A partir da reação burguesa, tornou-se inevitável a busca de proteção em relação às atitudes do Estado, uma defesa que possibilitasse, por meio da falta de excessiva presença do Estado, o real desenvolvimento econômico. Assim, a mola propulsora do liberalismo é a de um Estado omissivo, garantidor da liberdade dos indivíduos, intervindo somente para garantir essa liberdade formal. Presume-se então a igualdade entre os indivíduos e, como isso, não há motivação para a intervenção do Estado.

A frieza do Estado quanto às questões humanitárias, considerando as relações familiares no seu bojo, se originou por fazer parte de uma realidade que tinha como arquétipo a igualdade formal dos indivíduos, visualizada pela produção de leis que deveriam ser seguidas literalmente, afastando qualquer tipo de interpretação, o que se resumia em estratégia quase que matemática na aplicação da norma ao caso prático.

O liberalismo econômico teve participação importante na produção do racionalismo instrumental, afastando o Estado de preocupação quanto aos interesses naturais dos seus súditos, buscando maior segurança nas relações quanto, tão-somente, ao quesito patrimonial, independente das suas origens e pretensões, o que, de forma incontestada, teve repercussão no direito, que deveria prezar por um modelo de segurança as relações patrimoniais institucionais, mesmo que custasse a liberdade e o interesse do povo. A esse respeito se posicionou Fachin e Ruzyk (2011, p.57):

É discurso por demais conhecido, e repetido à exaustão, o que o direito teria por função assegurar a “paz social”. Trata-se de reflexo da racionalidade regulatória, que em nome de uma “paz” – sobre a qual não se questiona a quem se destina – estrutura um modelo de direito fundado em conceitos estáveis e em uma pretensão de neutralidade do operador jurídico. O ser humano concreto se transforma em meio para esta estabilidade, na medida em que não é ele o fim último: o fim se apresenta na abstração do dado formal que se denomina “segurança jurídica”.

O papel do Estado democrático, normalmente é reconhecido no sentido de estar apto a produzir a paz social, tendo como instrumento, além da aplicação de políticas públicas, um ordenamento jurídico, eficaz e completo, albergando o interesse de todas as classes. Todavia, no Estado burguês, o olhar, na busca almejada da paz social, equivalia à proteção ao patrimônio, onde da classe dominante era a principal detentora, facilmente alcançada através do distanciamento do interesse do Estado pelo ser humano quanto a sua existência.

Entretanto, os meios utilizados na persecução dessa paz social deveriam ser promovidos ao fundamento de regras, aplicada em caráter objetivo, fundamentada numa ordem jurídica atenta a apreciar de forma superficial as necessidades individuais, pois, nada era mais importante do que o Estado na sua acepção patrimonial. Nessa nova realidade, onde se prezava por uma racionalidade regulatória, a lei positivada é reconhecida como pontífice máximo à regulação das

relações sociais, o que, nos apontamentos de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p.26):

O Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo, objetivando eliminar as tradições jurídicas do absolutismo e do *ancien régime*. A administração e os juizes, a partir dele, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei.

O poder da lei era supremo, e a desnecessidade de interpretação pelos juizes ou da administração pública no momento da sua aplicação, não se deu por seu reconhecimento como um ato de justiça, formatado à perfeição quanto às relações sociais, econômicas e política, mas, ao contrário, representava a moral patrimonialista da época, além da manutenção do *status quo* após a derrocada da era absolutista.

Assim se percebe que a tão defendida paz social apenas prestigiou parte da população, em especial aqueles que detinham o poder, equivalendo dizer que a intenção da realidade superada não foi alterada quando ao objeto principal, no caso, a manutenção no poder a um determinado grupo, apenas, os sujeitos que controlavam as engrenagens e o *modus operandi*, sempre aderente à proteção unilateral de interesses, como bem enfoca os autores citados acima, ao declararem que constituiu uma forma encontrada pela burguesia de substituir o absolutismo do regime deposto (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2016).

Nascia um sistema jurídico garantidor da manutenção do poder burguês lastreado legalmente por um sistema positivista, onde se fazia crê, na busca de uma melhor aceitação, se tratar de um ordenamento completo e justo, como definiu Welter (2009, p. 77):

Os positivistas compreendem o Direito como um sistema completo, fechado, infalível e justo, decorrente da vontade do legislador, sendo a lei equiparada ao Direito que não apresenta lacunas, descabendo, em decorrência, qualquer interpretação hermenêutica.

A grande falácia da obra burguesa enquanto garantidora de um ordenamento exclusivamente favorável às suas intenções, patrocinava uma igualdade formal que, em substância, representava forte desigualdade material (CALDERÓN, 2013), fato muito bem representado no código de 1916, que teve como princípio máximo a autonomia da vontade como forma a garantir a estabilidade das relações privadas (MONTEIRO, 2007). Como reflexo, a família, para o legislador do código de 1916, era

vista “como um ente de produção de riqueza, perpetuando nas gerações seguintes através do direito de sucessões” (ALVES, 2010, p.47), comprovado pela quantidade de famílias numerosas nas quais os integrantes, na qualidade de mão de obra, significavam fatores de produção.

A preocupação, mesmo na dinâmica familiar, sempre manteve o olhar limitado ao padrão patrimonial, evidenciado, por exemplo, como apontado na quantidade de famílias numerosas, buscando a disponibilização de mão de obra gratuita, época, inclusive, em que não se existia qualquer norma voltada ao risco nas atividades laborais, principalmente ao que tange a idade dos trabalhadores ou da responsabilidade dos seus genitores, mesmo sob a égide doutrinária da igualdade, liberdade e fraternidade tão festejada pelo ideal iluminista do século XIX.

Porquanto, a relação matrimonial também externava o parâmetro patrimonial daquela época, como lecionou Leonardo Moreira Alves (2010, p.48), ao explicar que “o regime matrimonial de bens teve tratamento primordial do legislador, pois, nada menos que 59 (cinquenta e nove) dos artigos do código foram responsáveis por essa disciplina.”

Assim, o cenário apontado pode ser facilmente explicado, a considerar a sua realidade expressa numa época identificada pela defesa dos direitos de primeira geração, que premiava o liberalismo como modelo ideal, configurando a separação entre o público e o privado com um olhar forte para a liberdade patrimonial dos indivíduos, quase que de forma absoluta. Na realidade, a lei civil não se importava com o indivíduo em si, mas no reflexo patrimonial das suas relações.

Nesse contexto, os acontecimentos sociais que seguiram caracterizados pela realidade pós-guerra, repleto de movimentos em massa, motivou maior intervenção do Estado nas relações privadas, quebrando, de certo modo, a hegemonia da autonomia da vontade, até então supervalorizada e protegida pelo ambiente liberal, nascendo uma nova era, qualificada pelo que se chamou de socialização do direito civil, caracterizada por uma maior atenção ao indivíduo, que passou a ser interpretado sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, algo completamente diferente do que estava acontecendo. (MONTEIRO, 2007).

A concentração da força do Estado visando, quase que exclusivamente, a manutenção do *status quo*, ao mesmo tempo, em que observava como telespectador, as amarguras das relações humanas, onde o olhar superficial não vislumbrava diferença entre as diversas classes sociais, impulsionou revoltas populares,

motivando o mesmo Estado abdicar da inércia, tão característica da sua conduta ao longo do século. Como não poderia ser diferente, tendo o Estado cedido aos fundamentos estabelecidos, passou a apoiar uma visão mais digna da família, reconhecendo-a como norte promovedor à dignidade dos indivíduos que a integrava, que, no dizer de Paulo Lôbo (2017, p.31) significava:

O modelo igualitário de família institucionalizada contemporânea se contrapõe ao modelo autoritário do Código Civil anterior. O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiraram o marco regulatório estampado nos Arts. 226 a 230 da Constituição de 1988.

Desse modo, correspondia a um reflexo do que, de fato, se esperava dos poderes em relação à sociedade, devendo as primeiras condutas ser idealizadas no seio da família, por ser instituição reprodutora de valores para a sociedade na sua totalidade. Washington de Barros Monteiro (2007, p. 11), ao contextualizar a nova realidade com a constitucionalização do direito civil, pontua que várias relações privadas foram apresentadas com a proteção constitucional, agregando a nova realidade às relações familiares:

As profundas transformações ocorridas na sociedade no decorrer do século XX receberam a devida atenção no plano constitucional, tendo em vista a almejada e merecida proteção aos membros de uma família, como se verifica na consagração dos princípios da absoluta igualdade entre pessoas casadas, da total isonomia entre filhos, independentemente de sua origem, da proteção à união estável e à família monoparental. (Arts. 226 e 227).

Ao compasso da época que se inaugurava, vinha se esboçando uma crise da dita família patriarcal por tentar manter modelos superados de autoridade e dominação, não mais condizentes com os limites impostos pela “publicização da família”, que, agora, tinha no Estado a imagem de um novo patriarcado com forte influência nas entidades familiares. (ROSA, 2016).

Pois, a autoridade estipulada nas conexões pretéritas, postulava o império do *pater* frente os interesses dos integrantes dos grupos familiares, representando extensão da ingerência do Estado frente às relações privadas, situação banida e apresentada sob a nova ótica, a qual buscava afastar qualquer tipo de autoridade sobre os interesses individuais.

Portanto, se qualificava cenário onde as relações civis eram acatadas sob o fundamento pelo que era conhecido como repersonalização do direito civil,

consequência da constitucionalização do mesmo direito civil, caracterizada pelo respeito ao indivíduo como sujeito de valores, de ideias, contrária a representação do indivíduo pelo seu *status* patrimonial.

Todas as relações abraçadas pela ordem jurídica que se inaugurava, deveria primar por sua representação benéfica ao indivíduo quanto a sua dignidade, verificando, por exemplo, nos contratos, primeiramente o interesse dos contratantes, e não o respaldo patrimonial correspondente, o que equivale fazer valer a função social do contrato. No mesmo sentido, o *affectio societatis* deve estar atento para que todo objeto da sociedade que se inaugura deve estar vinculada em sua totalidade a liberdade e interesse na união de pessoas para a realização de um determinado negócio empresarial. Finalmente, no direito de família, as conjugações no seu âmbito devem ser formalizadas, sempre, a partir, e para a afetividade.

Nesse sentido, é que o “novo” direito civil com “olhar voltado à pessoa concreta (de carne e osso), permitirá dar primazia à subjetividade, proceder que alcançará a afetividade marcada nos diversos relacionamentos intersubjetivos”, (CALDERÓN, 2013, p.177) situação em que observa os valores fundamentais expressos no texto constitucional estimularem as relações civis, promovendo maior zelo as relações privadas. (ALVES, 2010).

Assim sendo, a nova vivência da ordem civil é uma resposta ao reconhecimento potencial da dignidade da pessoa humana como pedra de toque das relações privadas, incentivando a despatrimonialização das relações humanas, evitando que o Estado ceife os direitos pessoais. Fiterman (2016, p.31) diz que: “A despatrimonialização reprime o conteúdo patrimonial como um fim em si mesmo e passa a recebê-lo como modo de realização da pessoa humana, estabelecendo uma nova abordagem acerca do patrimônio: uma relação de meio e fim.”

Porquanto, há uma reversão dos valores até então implantados nas relações jurídica quanto sua funcionalização, onde o indivíduo passa a ser a premissa de todas as relações, não significando dizer, no entanto, que o patrimônio perdeu a sua proteção, mas, na ponderação com os valores pessoais, há submissão à viabilidade das garantias pessoais.

Logo, o reconhecimento da família socioafetiva pela construção doutrinária e jurisprudencial²⁴ exemplifica bem os valores da realidade recém-inaugurada, tendo

²⁴“Consolida-se a família sócioafetiva em nossa Doutrina e Jurisprudência uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como Direito Fundamental, a não-discriminação de filhos, a co-

como suporte o respeito aos princípios constitucionais, revelando verdadeira vinculação afetiva, sobrepondo, inclusive, à realidade biológica, consolidando interesse voltado para a posse de estado de filho afetivo como núcleo da paternidade jurídica.

Por conseguinte, nascem novas representações na vivência familiar ao se reconhecer que a família não mais seria compreendida como um núcleo econômico e reprodutivo, mas, uma unidade de afeto, ampliando o rol, antes taxativo, para o reconhecimento de conformações inéditas do que pode ser considerado como grupo familiar, definido nas palavras por De Farias (2010, p.6) no seguinte enfoque:

Ao colocar em xeque a estruturação familiar tradicional, a contemporaneidade permitiu entender a família como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade. E, nesse passo, forçoso é reconhecer que, além da família tradicional, fundada no casamento outros arranjos familiares cumprem a função que a sociedade contemporânea destinou à família: entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna.

Portanto, no sentido de se reproduzir valores importantes à dignidade da pessoa humana, é que arranjos apreciados sob o mesmo paradigma, com a capacidade de produzir relações que sobreponham o interesse do indivíduo em suas particularidades a patamar superior aos demais interesses, devem ser entendidos como família.

Nesse contexto é que se elevou o interesse quanto ao que se é conhecido por família eudemonista²⁵, que, em prol dos vínculos afetivos, proporciona o reconhecimento das famílias neoconfiguradas, como ao exemplo da união estável e da parentalidade afetiva oriundas da relação com padrastos e madrastas. Nesse sentido, colaciona-se trecho da obra de Vargas (2017, p.246):

Para além da ausência de códigos linguísticos próprios para nomear seus membros, as famílias neoconfiguradas precisam caminhar com destino à constituição do sentimento de pertencimento entre seus membros. Esse sentimento advém da constituição e observância das regras de convivência que se criam (e se consolidam com o tempo), especialmente no que diz

responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar e o núcleo monoparental reconhecido como entidade familiar (PEREIRA, Caio Mário. Instituições do direito civil. 16° ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pg. 39)

²⁵ O termo família eudemonista é usado para identificar aquele núcleo familiar que busca a felicidade individual e vive um processo de emancipação de seus membros.⁷⁹ O Direito de Família não mais se restringe aos valores destacados de ser e ter, porque, ao menos entre nós, desde o advento da Carta Política de 1988 prevalece a busca e o direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade.(MADALEN, 2018, p. 69)

respeito à forma como se exercitarão as funções parentais nas dimensões do cuidado e educação dos filhos.

Por conseguinte, o apreço ao reconhecimento das famílias neoconfiguradas tem como pressuposto a necessidade de pertencimento entre seus integrantes, significando a compreensão da vida em caráter de complementariedade, vislumbrado numa dependência vinculada ao afeto, ao cuidado, por serem estes elementos constituintes da força geratriz da família contemporânea. Assim sendo, a estruturação desses novos arranjos, equalizados aos elementos apontados, pode se dar através da existência de afinidades, ou, representado o lado mais formal, através da adoção ou reconhecimento judicial a parentalidade socioafetiva. (VARGAS, 2017).

As palavras de Vargas aprimoram os fatos narrados, no momento em que exemplifica que a relação de afetividade entre enteado e padrasto não nasce pelo simples fato daquele ser casado com sua a genitora, mas pela conjugação de condutas que revelam a natureza intrínseca da relação de parentalidade, como cuidado, assistência, enfim, de inúmeras expressões inerentes à relação da posse de estado de filho. (VARGAS, 2017).

Ainda, em homenagem à família oriunda sob o prisma eudemonista, devem ser identificadas outras conformações familiares, como as uniões homoafetivas, revelando realidade que define bem a caracterização dos grupos familiares sob o enfoque da afetividade, afastando, de vez, a sua recepção formal²⁶ materializada no casamento civil entre pessoas de sexo diferente.

Por tanto, a sociedade, ao se inspirar na afetividade com norte as relações, termina por compor as conformações, até então renegadas a último plano, de proteção jurídica²⁷, principalmente ao que tange, ainda que em alguns casos de forma

²⁶ Entretanto, até mesmo para o enquadramento da união estável homoafetiva havia resistência jurisprudencial por alusão expressa à oposição de sexos, exigindo a sua diversidade como requisito fundamental para aplicar os efeitos jurídicos à qualquer entidade familiar, não sendo considerado qualquer outro vínculo afetivo que não fosse formatado exclusivamente entre um homem e uma mulher, destacando os julgados alguns artigos do Código Civil e da Constituição Federal, que aludem à expressa possibilidade de casamento e de união estável apenas entre pessoas de diferentes sexos, e assim seguiria sendo decidido por significativa parcela da jurisprudência brasileira enquanto o sistema legal não remediasse este vazio constitucional e mudasse no ponto, o Código Civil. (MADALENO, 2018, p. 70)

²⁷ Alenta poder reconhecer, finalmente, que a união homoafetiva também se torna destinatária das consequências jurídicas tradicionalmente atribuídas aos parceiros heteroafetivos e tal afirmação entoa absolutamente serena diante do histórico julgamento conjunto, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADPF 132/2008 (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) e da ADI 4.277/2009 (Ação Direta de Inconstitucionalidade), que pediam a validade das decisões administrativas que equiparavam as uniões homoafetivas às uniões estáveis, como também requeriam a suspensão dos processos e dos efeitos de todas as decisões judiciais em sentido oposto. Julgamento cuja procedência foi proferida

tímida, ao universo material, como no caso do direito das sucessões e na possibilidade de meação quanto aos bens do casal no caso de futura dissolução.

Superada a questão homoafetiva, a controvérsia ainda se sustentava quanto a possibilidade de ampliação dos integrantes desse grupo familiar a adoção de filhos, situação que deveria ser encarada com normalidade e consectário lógico, por ser comum a estruturação da família para além do casal, onde, ante a impossibilidade ou até mesmo por opção própria, buscar o caminho de se colocar como família substituta. Todavia, a opção dos julgadores está em acompanhar o teor da ADI 4.277 reconhecendo a possibilidade de adoção.

Portanto, à medida que passa a existir um espaço democrático substitutivo da antiga autoridade do patriarcal, as decisões passam a ser submetidas a uma dialética livre, sem a utilização dos punhos de aço do Estado, sendo reconhecido, na realidade, sob a égide da nova ordem constitucional, como patrocinador institucional dos indivíduos, utilizando a família, independente de seus laços formais ou de fato²⁸, como instrumento na confecção de um ambiente que proporcione liberdade e igualdade, visando, com a valorização da afetividade, o patrocínio da dignidade da pessoa humana.

3.3 Família no contexto dos bens relacionais

A nova conformação familiar, na diagramação social vigente, é consequência da inauguração de uma realidade democrática, o que possibilitou a alteração de valores com repercussão em novos objetos e sujeitos de direito que não eram identificados no sistema pretérito, que limitava a família a mero símbolo do respeito de dominação do Estado.

por unanimidade e que conferiu ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição, para dele excluir qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Diante do teor do artigo 102, § 2º, da CF, fica vedada qualquer desobediência das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, que produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, em suas esferas federal, estadual e municipal. (MADALENO, 2018, p. 70)

²⁸ [...] não deve ingerir no âmago familiar, devendo ser reservado espaço íntimo para que seus próprios componentes, por meio do afeto, busquem a felicidade própria, desenvolvam a sua personalidade, e, por consequência, fomentem a satisfação uns dos outros. Nesse sentido lembre-se mais uma vez que a família dos dias de hoje, por envolver relações afetivas, é muito mais uma entidade de fato do que uma instituição jurídica de monopólio do Estado, como outrora era tratada (ALVES, 2010, p.142)

No entanto, há aqueles que entendem que a realidade atual corresponde a um risco para a manutenção da família dentro do que representa a sua grandiosidade, pois, “aquilo que antes era uma instituição obrigatória, metamorfoseou-se agora em instituição de gênero emotivo e elástica” (LIPOVETSKY, 2005, p.139), representando um contrato para promoção da felicidade dos indivíduos, o que possibilita um maior afrouxamento das obrigações inerentes correspondente, ainda mais a se considerar o cenário consumerista o qual as pessoas se encontram vinculadas. Para o autor (2005, p.139):

A ordem moral proclamava o primado do direito de família em face do indivíduo; agora, o que a ordem pós-moralista determina é justamente o contrário. Isso condiz com a família do império consumista, com a noção de filho por encomenda, com o equilíbrio voluntário da família em relação ao sexo da criança e, daqui a pouco, talvez com outras características que irão aparecer.

O mesmo confirma que, em que pese à inauguração das novas formas de viver as relações familiares, prezando o individualismo, observa que a erosão dos deveres relacionais não extinguiu as obrigações no seio da família. Para Lipovetsky (2005, p.142), “realmente, nestes dias, não há nada mais escandaloso do que não querer bem aos seus, descuidar da felicidade destes e de seu futuro. Nesse ponto, o individualismo narcisístico freou seu ímpeto de aceleração”.

É nesse sentido que foi identificada a família como paradigma para o que é conhecido como bens relacionais, fruto da desmercantilização das relações, com característica peculiar em não se identificar totalmente na esfera privada, por esta se caracterizar por uma sociabilidade de cunho eminentemente particular, e do público, moldado a uma sociabilidade neutra, pois seu contexto traz, como característica importante, sociabilidade ativa, seja nos limites da família, seja na sua relação com o mundo.

E justamente por isso, é que tais delimitações, público e privado são considerados limitados, na medida em que estabelecem uma realidade binária e antagônica, inexistindo significação que apreenda a ideia do que não é público nem privado, uma espécie de área cinzenta, o que, nas palavras de Petrini e Dias (2012, p.62), bens relacionais:

[...] são os bens da sociabilidade humana, bens cruciais para a existência da mesma sociedade, a qual não poderia sobreviver sem eles. Caso estes bens

venham a ser ignorados, removidos ou reprimidos, todo tecido social ficaria empobrecido, mutilado, privado da linfa vital, com graves danos para as pessoas e a organização social no seu conjunto.

O ponto de vista abraçado pelos autores toma como base à conceituação do que seria bens relacionais, o elenco de bens que devem ser “consumidos” pela sociedade por sua importância na sobrevivência da mesma, representado pela confiança, cooperação e reciprocidade, tidos como capital social²⁹, qualificada como moeda de troca na construção das conexões da vida real, onde, também, nas palavras de Petrini e Dias (2012, p.34) são “significativos para a pessoa e relevantes também para a convivência social, pois, através da família a pessoa constrói a sua orientação pró-social”.

Configura equívoco entender que o viés da vida provém, principalmente, da apreciação material, pois, impossível à vida em relação sem a apreensão dos bens relacionais, os quais, tendo como substrato o capital social, evita a paulatina desumanização das relações sociais, sendo a família enaltecida a como principal ente reprodutor.

Saraceno (1997, p.12), ao conceituar família, traz na sua análise considerações dos bens relacionais como característica importante:

Espaço ao mesmo tempo físico, relacional e simbólico aparentemente mais conhecido e comum, a ponto de ser usado como metáfora para todas as situações que têm a ver com espontaneidade, com a naturalidade, com o reconhecimento sem necessidade de mediação.

Deve-se pensar a família elevada às relações espontâneas que revelam o cuidado e toda a vivência que fundamentará o indivíduo para a sua vida em sociedade, pois, ainda conforme as palavras do mesmo autor: (p. 12)

É dentro das relações familiares, tal como são socialmente definidas e regulamentadas, que os próprios acontecimentos da vida que mais parecem pertencer à natureza, recebem o seu significado e através deste, são entregues à experiência individual: o nascer e o morrer, o crescer, o envelhecer, a sexualidade, a procriação.

²⁹ O capital social familiar tem uma dimensão interna às relações familiares, como recurso que beneficia diretamente os membros da família, e uma dimensão social, na medida em que os recursos apropriados pelas pessoas são, ao mesmo tempo, relevantes para o bom desenvolvimento da convivência em sociedade. Trata-se de uma propriedade da relação e não dos indivíduos. PETRINI, João Carlos. DIAS, Marcelo Couto. Família no debate cultural e político contemporâneo. 2º ed., São Paulo: Edições Loyola, 2012, p.35.

Sob tal ótica, facilmente se percebe que o campo propício ao surgimento dos bens relacionais é no ambiente familiar, por corresponderem à semente da sociabilidade, seja entre os entes de um mesmo grupo familiar, seja da vivência deste com o mundo externo, pois, se socializa com o que se tem de conteúdo ético e moral, dos quais, a base é suplantada pelos valores produzidos no ambiente familiar, e, no momento da sua reprodução, é que será agregado a demais valores, tais como, os oriundos das regras de convivência e do próprio Estado.

Tal enfoque também é aplaudido na obra de Donati (2008), quando afasta conceitos que abordam a família como “coisa”, devendo, em verdade, considerá-la sob um enfoque relacional, célula da sociedade, lugar-espço, além de padrão como modelo simbólico. Desta feita, ao se valorizar a família como núcleo de produção de valores sociais cunhados com olhar voltado à vivência intersubjetiva dos seus integrantes, se está a assumir o seu valor como reprodutor de bens relacionais. Portanto, torna-se fácil identificar que os bens relacionais têm as suas raízes fincadas na família, ente privado por natureza, mas que também é revestido de grande influência no público, uma vez que assume papel importante na reprodução do seu capital para a sociedade.

Donati (2008) explicita que a natureza humana recepciona elementos da família possibilitando a incursão no mundo cultural, empreendendo no sentido de dar luz à existencial das pessoas, tudo graças ao capital social advindo dos bens relacionais, tão ricos na esfera da família, reproduzido ao meio externo, âmbito público.

Portanto, na dinâmica nas relações civis, a família possui o primado em se (re)produzir ideias e valores de que é necessário à sociedade no seu aspecto mais substancial, fato advindo da mais pura relação entre os seus integrantes na busca do que, efetivamente importa ao desenvolvimento do indivíduo, valorizando os laços que formam a sociedade como um todo e que propicia a verdadeira evolução.

4. A FIGURA PATERNA NA NOVA DINÂMICA FAMILIAR

4.1. Aspectos históricos da paternidade

Antes de se adentrar na análise nas ideias que balizam a representação paterna na era contemporânea, necessário se faz pontuar alguns aspectos relacionados à parentalidade, pois, compreende posição abraçada pelos costumes e referendada na norma voltada ao cuidado da prole por parte de homens ou mulheres, focando nas necessidades daqueles, compreendendo a dimensão afetiva, material e psíquica. (AMARILLA, 2014).

Pressupõe, assim, que a relação de parentalidade coabita com o dever de cuidado, seja no seu tópico material ou estritamente afetivo, justamente por corresponder à conduta que reflete, e muito, na evolução do ser na qualidade de cidadão balizado no interesse da sociedade como todo.

Nesse sentido, a figura paterna, ao longo do tempo, conheceu diversas formas de atuação, inaugurando, no direito romano, o *pater familias*, representando um vínculo, caracterizado pelo poder absoluto do pai perante seus descendentes, inexistindo, inclusive, a previsão da transferência de patrimônio com o falecimento do chefe da família, ressaltando que toda a valoração de cunho político, religioso e ideológico era totalmente restrita à determinação do pai. A influência, na mesma medida, era estendida à figura da mulher, que, quando deixava a sua família natural para viver com o marido, era recepcionada ocupando a qualidade de filha. (CEZAR FERREIRA; MACÊDO, 2016).

A experiência no Brasil seguiu o mesmo ritmo no que diz respeito a esta família nuclear de cunho eminentemente patriarcal, principalmente na época do Brasil-colônia, momento em que vários fatores aplaudiam tal condição, a se iniciar pela distância do poder central do Rei, sediado em Portugal, depois, pela existência de muitos locais isolados, que cultivaram a figura do homem detentor da terra e da ordem, ditador da lei e da justiça, seja na vila onde exercia o seu domínio, seja na sua família:

Era, então, esse homem que manejava o poder de julgar, prender e regulamentar os combates surgidos num ambiente de Estado ausente. Sua figura exigia uma figura simbólica suficientemente grande para conter os tempos rudes de mentalidade belicosa e rural, as brigas constantes por terras sem custódias ou escrituras definidas, os raptos, os assassinios, os combates pela honra e os reclames políticos escondidos no sertão nordestino [...].

Nesse contexto, sem aquele indivíduo, o pai patriarcal, nenhuma ordem poderia acontecer. (PETRINI; FILGUEIRAS, 2010, p. 26).

Assim, os limites do ambiente onde eram cultivados esses agrupamentos familiares foram determinantes na preponderância da responsabilidade irrestrita por parte do chefe da família, pois, além de representar a presença de um Estado completamente ausente, para o estabelecimento e manutenção de sua condição, se via obrigado a lutar com mão de ferro, cego às questões morais, mas vivo quanto às suas necessidades e de sua família. Logo, sem qualquer controle instituído, a força e a autoridade eram os únicos instrumentos possíveis naquela realidade, transportados ao centro da vivência no grupo familiar.

Todavia, o poder patriarcal começa a perder força ante a uma urbanização acelerada, modulando o espaço social entre público e privado, sendo aquele com vozes cada vez mais crescentes, representada pelo bacharel, propagador de ideias com espírito científico arrojado, postulando justificações acaloradas contra a conduta absoluta dos pais do sistema familiar vigente.³⁰ Por isso, a rispidez do sistema posto, característico de uma sociedade eminentemente rural, estava sendo substituída por ideologias voltadas aos reclames de uma sociedade mais urbana, importando valores europeus que incentivava maior oposição à situação vexatória de opressão que a prole e as esposas viviam nas relações diárias.

Mesmo com o patriarcado em plena decadência quanto ao seu poderio na era colonial, o ordenamento nacional vigente até os idos de 1916, época das Ordenações Filipinas, manteve o papel da mulher submissa, caracterizado no instituto da *capitis diminuto*³¹, que determinava a necessidade de autorização por parte do marido para poder ingressar no mercado de trabalho.

Felizmente, o mesmo século XX trouxe revoluções favoráveis ao papel da mulher no âmbito familiar, em especial com a vigência da lei 4.121 de 27 de agosto de 1962, o Estatuto da Mulher Casada, que, ao alterar a codificação civil da época, afastou a qualificação da mulher casada como relativamente incapaz, que, mesmo

³⁰ O pai patriarcal, então, vê seus espaços de atuação invadidos e sua justificação contestada. Os filhos, até então submissos e devotados, substituem as reverências pelo desprestígio, evocando suas formações acadêmicas sobre a rudez dos gestos da mentalidade rural. Pela fronteira aberta por esse processo com o desenvolvimento da industrialização e o fortalecimento do proletariado moderno, o pai patriarcal sucumbe no papel de polarizador do universo familiar (PETRINI e FILGUEIRAS, 2010, p. 19).

³¹ Entre as competências do marido estava o direito de autorizar a profissão da mulher, que sem tal autorização, revogável a qualquer tempo, e dada em caráter geral ou especial, mediante instrumento público ou particular previamente autenticado, não a poderia exercer (TORRE; KATAOKA; GALDINO, Op. cit. p. 517)

mantendo a posição hierárquica do marido, proporcionou maior liberdade e o surgimento de elementos iniciais da isonomia entre marido e mulher:

Com propriedade, referiu-se a doutrina à inauguração do tempo de igualdade entre os cônjuges, sem que a organização familiar tenha deixado de ser tendencialmente patriarcal, adotando-se a ideia básica de cooperação diferenciada dos cônjuges, revelada claramente ao se atribuir à mulher, com o casamento, a condição de companheira, consorte, colaboradora do marido nos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. (BARBOZA, 2010 p.518)

A submissão gradativamente foi sendo relativizada, pois, ao ser cunhada de consorte e companheira, reconhecida a sua capacidade civil, mesmo sob os limites preconceituosos e autoritários da época, já se pronunciava nas decisões quanto à possibilidade de ter reconhecida a sua influência sobre a criação moral da prole. No entanto, apenas com a promulgação da Constituição de 1988 é que, efetivamente, ao menos em tese, foi reconhecido o direito de igualdade entre marido e mulher, em especial no quanto disposto no parágrafo 5º do artigo 226³² da carta republicana, para os quais, nas palavras de Heloísa Helena Gomes Barboza, introduzia uma era que não há mais deveres próprios do marido e da mulher. Desde 1988, mas apenas deveres de ambos os cônjuges, que exercem em colaboração a direção da sociedade conjugal, sempre no interesse do casal e dos filhos.

Os valores promulgados na nova ordem constitucional buscam a equivalência entre marido e mulher quanto a todos os papéis possíveis nos limites da família, correspondendo a uma vitória sem precedentes, não apenas para o sexo feminino, mas para relação parental, pois, a contribuição da mãe e esposa quanto às atribuições na família se revela circunstância importante na fomentação dos valores referências aos bens relacionais.

4.2 O papel do pai e o poder familiar na contemporaneidade

³² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Os direitos e deveres normalmente são originados de uma força motriz representativa de poder, que, na família patriarcal era vinculada a figura do pai, sendo a relação denominada pátrio poder. Contudo, a nova dimensão que a Carta Constitucional nutriu a família, aplaudiu um conceito mais abrangente para essa força motriz, chamado de poder familiar, onde, para alguns autores, a definição correta seria autoridade parental³³, tese de merecido reconhecimento, pois, distancia o sentimento de que àqueles aos quais são emanados os seus atos pressupõem a “obrigatoriedade de acatamento incontestável, situação extirpada das relações parentais, por ser a utilização do diálogo buscando o melhor interesse da prole o comando delineado nas linhas do ordenamento que trata do assunto.” (LÔBO, 2017, p.461)³⁴

O conceito de qualquer instituto, principalmente os que navegam na área do direito, sociologia e antropologia, estão sempre agregados aos aspectos históricos, por isso, a compreensão da autoridade parental passou por uma evolução ao longo das eras, considerado, no início, na época do patriarcado, como pátrio poder, ante a dinâmica de majoração absoluta de poder do homem perante os seus familiares, uma espécie de *pater potestas* romano³⁵.

Tão incisivo era o poder inerente ao *pater familias* que o pai possuía total liberdade de matar o filho sem nenhuma necessidade de autorização, ou, em caso de crise financeira, vender os filhos por um período de até cinco anos, objetivando recuperar a sua condição econômica. Certas situações autorizavam a disponibilização da prole como forma de compor qualquer prejuízo causado por ela, conhecido como

³³ É o que pensa Paulo Lôbo ao definir que “não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais, como fez o Código Civil de 2002, ao denominá-lo poder familiar”.(LÔBO, op. cit. P.287)

³⁴ Maria Berenice também aplaude a “falha” do uso de poder ao ressaltar que o poder familiar “sendo menos um poder e mais um dever, converteu-se em um múnus, e talvez devesse falar em função familiar ou em dever familiar (BERENICE DIAS . Op. Cit. p. 461)

³⁵ A redação originária do art. 264 do Código argentino, por exemplo, conceituava o pátrio poder como o conjunto de direitos dos pais com relação às pessoas e aos bens dos filhos menores. Essa noção traduzia a ideia imperante até o século XIX e início do século XX. Até então, o pátrio poder ainda tinha a compreensão da *patria potestas* do Direito Romano. A sociedade rural, em nosso país, incentivava a manutenção do poder patriarcal de forma quase incontestável. Com a urbanização, industrialização, a nova posição assumida pela mulher no mundo ocidental, o avanço das telecomunicações e a globalização da sociedade, modificou-se irremediavelmente esse comportamento, fazendo realçar no pátrio poder os deveres do pai com relação aos filhos, bem como os interesses destes, colocando em plano secundário os respectivos direitos dos pais. O exercício desse poder pressupõe o cuidado do pai e da mãe em relação aos filhos, o dever de criá-los, alimentá-los e educá-los conforme a condição e fortuna da família. (VENOSA, Sílvio de Salvo. Código civil interpretado. São Paulo : Atlas, 2010, p.1499)

noxae deditio, além do reconhecimento da eugenia como ato legal. (MADALENO, 2018).

Por isso, a força do *pater familias* se dava por sua proximidade com a religião bem como o entendimento que a sociedade tinha da família, à época, como célula importante ao fortalecimento do Estado, considerando como uma extensão dos seus poderes (VENOSA, 2013). Nessa perspectiva, as prerrogativas disponibilizadas ao pai eram vistas com normalidade e justificada ante a estruturação da sociedade na desvalorização da família como ente coletivo e enaltecimento como instrumento à perpetuação do poder do chefe de família como extensão ao aparato estatal.

No que lhe concerne, a Carta de 88, estendeu a isonomia entre marido e mulher à relação parental, fomentando, poucos anos depois, a sanção da lei que deu origem ao Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (1990), onde se mitigou a ideia de domínio dos pais para a noção de proteção, elencando mais deveres daqueles e mais direitos aos filhos. (DIAS, 2016).

Notadamente, a alteração contida na Constituição também percebeu estímulo do padrão da sociedade instalada, muito mais voltada para o meio urbano, o que diminuía a influência do pensamento rural característico da sociedade patriarcal, além da valorização quanto à industrialização, a posição da mulher no ambiente de trabalho e no lar e a globalização que galgava cada vez mais espaço. (VENOSA, 2013).

Dentre outras fontes normativas, o ECA, influenciado pelas ideais promulgados na Constituição de Weimar³⁶, a qual, em 1919, estabeleceu uma nova dinâmica aos direitos sociais, focou na situação da criança e juventude, considerando que “a educação da prole para o desenvolvimento corporal, espiritual e social constitui o dever supremo e um direito natural dos pais, deixando evidenciado que a criança e o adolescente fazem parte integrante do complexo familiar e como tal gozavam de proteção do Estado”.(BARBOZA, 2010).

Nesse sentido, toda a evolução histórica quanto à proteção da criança e adolescente, os quais eram vistos, nos primórdios, como mero instrumento aos interesses do pai, estava, agora, protegido de qualquer ingerência, seja da família ou do Estado, positivado com chancela constitucional, pois não apenas a Constituição de

³⁶ Instituidora da primeira república alemã, a Constituição dita de Weimar, cidade da Saxônia onde foi elaborada e votada, surgiu como um produto da grande guerra de 1914-1918, que encerrou o “longo século XIX”. Promulgada imediatamente após o colapso de uma civilização, ela ressentiu-se desde o início, em sua aplicação, dos tumultos e incertezas inerentes ao momento histórico em que foi concebida.(fonte: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>)

Weimar dava propulsão ao ambiente protetivo a favor das crianças, mas também, sendo acompanhada pela Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) a Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José (1969) por compreenderem que os mesmos não deveriam ser encarados como servos aos interesse da família, mas como membros efetivos, onde, antes recepcionado como objeto, agora respeitado como finalidade, visando sempre o seu benefício, atento para sua condição de vulnerabilidade física e mental. (BARBOZA, 2010).

Num primeiro olhar, a conotação de poder familiar pode vislumbrar ideia relacionada a autodeterminação dos pais frente aos filhos, presumindo controle absoluto sobre os seus pensamentos e vontades, onde, na verdade, não passa de um leque de deveres voltados, em primeiro plano, aos interesses da prole, tendo ainda o Estado como guardião e patrocinador à proteção integral, como descrito na obra de Fiterman (2016, p.96):

A repersonalização das questões familiares acabou por inverter a ótica antes consolidada pela filosofia liberal codificada em 1916, a partir da concepção social consolidada a partir do ano de 1988, com o advento da Constituição Federal ainda vigente. No campo das relações paterno-filiais, crianças e adolescentes, antes sujeitos ao pátrio poder, passam a condição de sujeitos de direitos protetivos. Ou seja, de objeto dos direitos dos pais, os filhos passam a figurar como sujeitos de seus próprios direitos.

Sob tais argumentos é que se compreende por poder familiar como um poder-função ou direito-dever que, ante a teoria funcionalista, é exercido pelos pais, mas sempre no interesse da prole, e que, objetivamente, além da obrigação material, possui índole existencial, demandando a produção de bens relacionais. (DIAS, 2016).

Muito da proteção apoiada pela norma positivada se originou, principalmente, pelo reconhecimento da criança e adolescente como vulneráveis, sendo necessária a produção de campo sólido que propicie o desenvolvimento de forma sadia com olhar para a dignidade da pessoa humana.

Os aspectos fundantes do instituto do poder familiar, por guardar relação com o desenvolvimento integral dos filhos, leva a conclusão que o poder a qual são “presenteados” os pais, possui enquadramento teleológico, impulsionando a compreensão no sentido de que, antes da sua eficácia como poder, na realidade, corresponde a um dever, ou, em exame mais apurado, o poder está, exclusivamente, a serviço do dever.

Por isso, é que o amor, na relação paterno-filial, como conduta jurídica, foge da realidade subjetiva, devendo ser apreciado sob os seus aspectos objetivos. Não se

estar a defender que não deva existir o amor entre pai e filho, mas que, na impossibilidade da sua produção na relação, como conduta obrigacional, deve ser recepcionado nos limites do dever.

O referido carácter obrigacional é facilmente vislumbrado na conceituação do que seria o poder familiar, expressado por Carvalho (1981, p.175) como “conjunto de direitos concedidos ao pai, ou à própria mãe, a fim de que, graças a eles, possa melhor desempenhar a sua missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida”.

Por tanto, direitos proporcionam deveres, que, por seu turno, incentivam a manutenção da vida da prole, ou seja, tão importante é autoridade parental que é norteadora de regras que privilegia os pais para poderem exercer o dever de cuidar, cuidar este, necessário ante a dependência dos filhos, que, com o passar do tempo, vai diminuindo, até que se alcance a maioridade. Nesse sentido, doutrina Madaleno (2018, p.904):

Logo, é ao mesmo tempo dever e interesse natural dos pais propiciarem as melhores condições para os seus filhos, tanto no respeitante à sua educação e formação como no pertinente aos seus interesses físicos, morais, sociais, intelectivos e afetivos, porque todos esses elementos contribuem na boa estruturação intelectual e psíquica da criatura por eles trazida ao mundo.

Por quanto, seria uma espécie de regulamentação do dever natural de cuidar, fato inato à natureza humana em proteger sua cria, por ser presumidamente dependente necessário à sua evolução, com olhar voltado ao cuidado material e afetivo a lhe estruturar para a viagem da vida. Por ser inato, em tese, não se faria necessário sua normatização, no entanto, ante a complexidade das relações humanas, o carácter uniforme não se mostrou perene, necessitando a positivação.

Portanto, o poder familiar é tão determinante, que, mesmo em caso de separação dos pais, sua manutenção persiste posto considerar que a unidade familiar é diferente da convivência do casal, sendo este, parte de um todo, já que a família está relacionada a um complexo de relações (ALBUQUERQUE, 2002). A codificação civil deixa também evidenciar essa situação conforme o disposto no Art. 1.634³⁷.

Também há de cogitar que a sistemática da autoridade parental pressupõe que o seu exercício pode ir além da relação propriamente filial, evidenciada na

³⁷ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos. [...]

necessidade natural do menor ter proteção e aparato humano que possibilite a sua evolução, orientada a um terceiro. Essas são as considerações de Paulo Lôbo(2017, p.291):

Ante o princípio da interpretação em conformidade com a Constituição, a norma deve ser entendida como abrangente de todas as entidades familiares, onde houver quem exerça o *múnus*, de fato ou de direito, na ausência da tutela regular, como se dá com o irmão mais velho que sustenta os demais irmãos, na ausência de pais, ou de tios em relação a sobrinhos que com eles vivem.

O teor constitucional está voltado para a proteção integral dos menores, que pode ampliar a definição quanto a titularidade do poder familiar disposto no art. 1631³⁸ e na segunda parte do art. 1633³⁹ do Código Civil, significado compreender que as obrigações especiais ao instituto devem vincular os seus deveres àqueles que, sob o âmage da família, exerce, de alguma forma, cuidados aos menores.

Conforme Cezar-Ferreira e Macêdo (2016), a autoridade parental não corresponde a atos limitados ao dever privado na relação parental, mas de um *múnus* criado pelo Estado e vinculando aqueles que dele participam complementado por Rizzardo (1994), o qual estabelece como um encargo e não uma expressão do exercício de um poder, significando dizer que corresponde a uma obrigação incontestável, um direito potestativo da prole em exigir um tratamento digno por parte daqueles que detém a referida autoridade, sendo, inclusive, em caso de descumprimento, objeto de retaliação parte do poder judiciário, como o vivenciado nos casos de, por exemplo, abandono de incapaz.

Tendo como base a interpretação adotada por Tartuce (2019), que reconhece no poder familiar uma relação democrática inspirada na colaboração e, principalmente, no afeto, os deveres dele proveniente devem estar relacionados com a proteção, a convivência, a educação, o que inspirou a formulação do texto do inciso I e II do art. 1634⁴⁰ da Codificação Civil, justamente por corresponderem elementos

³⁸ Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

³⁹ Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

⁴⁰ Art. 1.634 Código civil. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação. II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; [...]

que garantem base estrutural do desenvolvimento saudável e equilibrado das crianças e adolescentes. Prologando quanto à análise dos demais incisos da norma delimitadora dos deveres parentais, se observa o consentimento para que os filhos possam casar, no caso de contarem com idade entre 16 e 18 anos, bem como a assistência e representação nos atos da vida civil, em caso de menoridade⁴¹.

Com efeito, as consequências decorrentes, da não subjugação dos pais em face dos deveres aderentes ao poder familiar, ou a sua utilização fora do padrão, podem configurar em abuso de direito, como no exemplo em que o genitor se aproveita do exercício do seu poder na qualidade de pai para exigir obediência em relação ditatorial ou até mesmo no abandono de incapaz, tipo penal delimitado na descrição do teor do art. 133⁴² do Código Penal. Na seara civil foi criada a figura da suspensão e destituição do poder familiar, as quais acompanham situação em que também, há negligência ou abuso no exercício do poder familiar.

No caso da suspensão, Venosa (2013, p. 1503) ensina que “esse dispositivo, no que lhe concerne, reporta-se aos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos, bem como à obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais, no interesse deles”. Nota-se que a suspensão contida na Lei 10406/02 parágrafo único no art. 1637 do Código Civil⁴³, ligada a condutas gravosas, é apontada de forma genérica pelo legislador, equivalendo dizer que pode ser vislumbrada em ações ou omissões que representam cenário crítico à prole, como o risco à segurança do filho e ao seu patrimônio e atos de alienação parental, exemplificados por Lôbo (2017, p.297), no suposto caso do “pai, tendo bebido, quis matar o filho, ou quando, por total irresponsabilidade, quase levou à ruína os bens do filho”.

Outro ponto importante nessa observação é a disposição deste mesmo artigo do Código Civil que cuida do tema referente à suspensão do poder familiar, permitindo

⁴¹ Art. 4º do Código Civil: São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - o pródigo.

⁴² Art. 133 do código Penal- Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos.

§ 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos

⁴³ Art. 1.637 do Código Civil. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando 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.

a sua materialização quando o “pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão”⁴⁴.

Em verdade, como já fundamentado por muitos doutrinadores⁴⁵, foi infeliz o legislador em estender a punição do genitor à sua prole, pois, a depender da conduta que levou a um dos pais ou em conjunto a delinquir, não significa, propriamente, que ensejará algum mau potencial quanto ao cuidado dos seus filhos. Em breve reflexão, a extensão da punibilidade delineada na esfera civil pela norma apontada, aplaude o olhar preconceituoso que a sociedade imprime ao delinquente, ao considera-lo nulo as demais atribuições da sua vida quando falha em determinado seguimento.

Ademais, a questão da suspensão é restrita aos interesses da prole, fato nem sempre verificado no momento em que os pais são condenados a algum tipo de pena. Por reconhecer que a convivência entre pais e filhos é salutar no desenvolvimento destes, a norma compreende que, sempre que possível, se deve preservar a relação mesmo em situações em que há certa gravidade na convivência, o que legitima que, ao serem superadas, deve ser retomado o exercício do poder familiar, que é o caso da suspensão, salientando que a mesma pode ser limitada a determinadas prerrogativas, mantendo o exercício quanto as demais. (DIAS, 2016).

Contudo, quando, no exercício das prerrogativas agraciadas pela lei civil, os condutores a prestam de forma abusiva e imoderada, alterando gravosamente os efeitos esperados, passa a se considerar que o retorno ao *status quo* não é mais possível, pois, o limite quanto a ponderação na preservação da aliança se tornou insustentável, não sendo plausível recepcionar o castigo imoderado, abandono do menor, ou, até mesmo, o cometimento de crime de natureza sexual⁴⁶ como conduta

⁴⁴ Art. 1637. Código civil[...].

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

⁴⁵ Desarrazoada a suspensão do poder familiar em face da condenação do guardião, cuja pena exceda a dois anos de prisão (CC 1637 parágrafo único). Tal apenação não implica, necessariamente, em privação de liberdade em regime fechado ou semiaberto, sem falar na possibilidade de substituição da pena por sanções restritivas de direitos. Ao depois, existem creches nas penitenciárias femininas, e as mães ficam com os filhos em sua companhia, ao menos quando forem de tenra idade. Como a suspensão visa a atender ao interesse dos filhos, descabida sua imposição de forma discricionária, sem qualquer atenção ao que mais lhe convém. (DIAS, 2016, p. 471).

⁴⁶ 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. Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; II – praticar contra filho,

normal daquele que deveria zelar por sua segurança, revelando fato enfadonho, comprobatório na impossibilidade no prosseguimento da relação de parentalidade, logo se está diante da perda do poder familiar.

No entanto, em que pese o artigo em comento numerar os atos que levam a perda do poder familiar, o exame deve ser verificado na investigação no casoprático, já que, ante a importância da prática do poder familiar, a sua extirpação do seio da família deve ser apreciada como último caminho a ser percorrido, como descrito no magistério de Venosa (2013, p.310) que ensina que “os fatos graves relatados na lei devem ser examinados caso a caso. Sevícias, injúrias graves, entrega do filho à delinquência ou a sua facilitação, entrega da filha à prostituição, etc. são sérios motivos que devem ser corretamente avaliados pelo juiz.”

Todavia, mesmo estando diante de situações que não coadunam com a representatividade do que é o poder familiar, posto a percepção quanto a inadequação da continuidade em convivência com a prole por restar configurado sério risco ao desenvolvimento dos filhos sob a imputação gravosa, é possível, em determinadas situações, seguir os caminhos da suspensão e retornar ao estado prévio. Dias (2016, p.474) cometa:

A perda do poder familiar não deve implicar a extinção no sentido de afastamento definitivo ou impossibilidade permanente. Ou seja, a perda do poder familiar é permanente, mas não pode se dizer que é definitiva, pois os pais podem recuperá-lo em procedimento judicial de caráter contencioso, desde que comprovem a cessação das causas que determinaram.

Ao se diferenciar o permanente do definitivo, quis o autor salientar que a extensão da medida que determina a perda das prerrogativas do poder familiar ao ser aplicado, pressupõe durabilidade sem expectativa momentânea de retorno, diferente da suspensão que, no ato da sua vigência já figura a predisposição para que seja afastada.

4.3 Abandono afetivo

filha ou outro descendente: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

A concepção do que seja o abandono afetivo é de se qualificar como condutas ditas obrigatórias pelo ordenamento pátrio, e que diz respeito aos afetos verificados na órbita familiar que são evitados pelo genitor, operando a favor de consequências negativas à personalidade da prole, podendo se estender, inclusive, às questões patológicas. Importante salientar, como observado por Pamplona e Stolze (2019), que não se trata de abandono material, fato que também pode ser verificado na referida relação, tanto na esfera cível como na criminal⁴⁷, mas que tem relação exclusiva com a questão do afeto, facilmente identificável, inclusive, na denominação do instituto.

Madaleno (2018) segue os mesmos parâmetros utilizados pelos autores acima suscitados, relacionando o abandono afetivo como abandono físico e psíquico do filho, ante a situação de dependência e carência dos filhos, natural à ordem biológica, e que deve ser superada pelo cuidado inerente à relação, fato devidamente recepcionado pela ordem jurídica como um dever legal.

Tartuce (2019, p.463) se filia à mesma posição, utilizando como fundamento a norma civilista e constitucional:

Cumprido destacar que, para o presente autor, há que se falar no dever de indenizar em casos tais, especialmente se houver um dano psíquico, a ser demonstrado por prova psicanalítica. O desrespeito ao dever de convivência é muito claro, eis que o art. 1.634 do Código Civil impõe como atributos do poder familiar a direção da criação dos filhos e o dever de ter os filhos em sua companhia. Além disso, o art. 229 da Constituição Federal é cristalino ao estabelecer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Sendo assim, verifica-se que o texto legal impõe como obrigação a direção, criação e de ter os filhos na sua companhia, fato decorrente do teor constitucional firmado no art. 229 da Constituição, vislumbrando, assim, como um dever de conduta, levando a possível reparação em caso de descumprimento.

⁴⁷ Art. 244 do Código Penal:

Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003) Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei nº 5.478, de 1968)

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. (Incluído pela Lei nº 5.478, de 1968)

Entrega de filho menor a pessoa inidônea

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO PATERNO

5.1 Aspectos gerais da reparação civil no ordenamento brasileiro

A reparação civil pressupõe a ideia e responsabilidade que provêm da delimitação de deveres, podendo ser delineados como dever de fazer, dar, ou de não fazer, enfim, correspondem a atos obrigacionais as determinadas relações, equivalendo, ante a sua positivação, em dever jurídico, o qual tem o sustentáculo na norma como forma de coação, justamente porque tais condutas representam atos de exigência para a convivência social. (CAVALIERI, 2015).

Tal positivação aplaude a necessidade de se responsabilizar condutas que foram contrárias aos fundamentos do ordenamento jurídico onde se encontra inserida a relação vivenciada, posto existir algum bem jurídico tutelado, onde, na exteriorização da relação, por algum ato registrado ou omitido, tal bem restou afetado, gerando a obrigação de indenizar.

Segundo as palavras de Cavalieri (2015, p.16), “a essência da responsabilidade está ligada a noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as ações ou omissões praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem”. Portanto, quando se expõe a ideia de está contra o direito, significa compreender que algum ato obrigacional foi desobedecido, seja por uma conduta positiva ou negativa, e, quando a referida conduta tem relação com um efeito não desejado a outrem, pode se estar a incorrer na produção de dano.

Confirma, desta feita, que obrigação e responsabilidade, em que pese se relacionarem, são compreendidas como institutos distintos, reforçado nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo (2004, p.276):

A responsabilidade civil, nós a diferenciamos da obrigação, surge em face do descumprimento obrigacional. Realmente, ou o devedor deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou deixa de observar o sistema normativo, que regulamenta sua vida. A responsabilidade nada mais é do que o dever de indenizar o dano.

Quando se está obrigado a algo, e não se cumpre com o pactuado, a obrigação não foi acatado, o que, a depender da extensão quanto a não cumprimento, pode gerar responsabilidades, ou seja, quando a obrigação não é operada ou praticada em desconformidade com a regra estipulada pela norma, o que pode qualificar em dano

ensejando a necessidade de reparar. Desse modo, se observa que a conduta pode estar limitada a um ato, fato ou negócio jurídico, o qual, por alguma irregularidade na sua conformação, gerou o dano. Para tanto, interessante compreender que ato jurídico, no pensar de Cavalieri (2015, p. 21):

O ato jurídico caracteriza-se pelo fato de ter seus efeitos predeterminados pela lei. É certo que depende do querer do homem praticá-lo ou não; vincula-se, neste aspecto, à vontade humana. Mas, ao fazê-lo, objetiva alcançar determinados efeitos jurídicos, isto é, aqueles já estabelecidos no ordenamento jurídico.

Ainda na mesma obra, Cavalieri (2015, p.21) define negócio jurídico, comparando com ato jurídico, evidenciando que ambos dependem do querer humano, mas “os efeitos por ele produzidos serão aqueles eleitos por quem o pratica”, ao tempo em que fato jurídico, “é acontecimento capaz de produzir consequências jurídicas, como o nascimento, a extinção e a alteração de um direito subjetivo”.

Há uma relação do ato e negócio jurídico com o fato jurídico, sendo aqueles, expressão deste, onde atuar, independente de norteador por uma negociação ou em conformidade com um comando legal, gera efeitos práticos no mundo jurídico, e quando, a partir desses laços volitivos, a conduta representa resultado negativo no mundo das relações que corresponda a um dano, estará à frente de um ato ilícito indenizável. Colaborando com a mesma ideia, Venosa (2013, p.21) conceitua ato ilícito como:

[...] os que promanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento. O ato voluntário é, portanto, o primeiro pressuposto da responsabilidade civil. Esse conceito prende-se ao de imputabilidade, porque a voluntariedade desaparece ou torna-se ineficaz quando o agente é juridicamente irresponsável.

A ideia de ato ilícito, que pode ser oriundo de uma obrigação legal ou contratual, se posiciona ao lado da responsabilidade civil quando gera um dano, seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, o que, em decorrência deste vínculo, produz a obrigação de indenizar. Para tanto, se faz necessário diferenciar a responsabilidade contratual da extracontratual, que, nas ordens de ideias de Venosa (2013) significa que a primeira se situa no âmbito da inexecução obrigacional, enquanto que a segunda posicionada no inadimplemento normativo.

Na responsabilidade contratual o ato ilícito provém na não obediência de um acordo de vontade entre aqueles que se relacionam o que, potencialmente, pode gerar a obrigação de indenizar, o que, na responsabilidade extracontratual, está vinculado a um comando legal. No primeiro caso há desobediência a uma estipulação bilateral, produzido perante uma avença ou até mesmo numa declaração unilateral de vontade, enquanto que na outra situação, há uma fuga ao comando legal. Meireles (2016, p.16) aprofunda os conceitos ao discorrer que:

Na contratual, a responsabilidade deriva de um contrato. Tem sua fonte nas obrigações contratadas, ainda que acessórias decorrentes da boa-fé objetiva. Aqui se imputa a obrigação em perdas e danos sempre que uma das partes, faltando com sua obrigação, causa dano a outro contraente.

E, quanto à responsabilidade extracontratual, define que (Idem):

(...) a fonte da obrigação deriva mais rapidamente da lei. Neste caso, entre ofensor e ofendido inexistente uma prévia relação jurídica. A partir, no entanto, de um interesse protegido por lei, dela se gerando dano a outrem (lesão a direito subjetivo) surge a relação obrigacional entre ofensor e ofendido, na qual aquele passa a dever uma prestação a este último.

Em ambas as situações há uma obrigação vinculada a uma subordinação prévia, seja quando os contratantes, livremente, estipulam as obrigações as quais estão submissos, normalmente atrelado ao campo privatístico, ou quando efetuam determinadas condutas subordinadas a ordem jurídica instituída, representado um dever de acatamento à lei, relacionado, de forma geral, ao ambiente publicístico.

Ao se apreciar o dano, importante verificar a substância das amarras legais onde a conduta foi registrada, uma vez que o enquadramento do dano sempre se dará frente a relação entre a pessoa e os bens da vida, onde, numa sociedade eminentemente patrimonial, fatalmente o dano será reconhecido na diminuição dos bens matérias da vítima, conquanto, numa sociedade onde o bem da vida está vinculado aos aspectos existenciais da pessoa, o dano deve ser verificado na afetação da dignidade dos indivíduos (MARTINS - COSTA, 2001).

Sopesada obrigação, desrespeitado o seu teor e gerado algum dano, nasce à obrigação de indenizar, confirmando que a responsabilização, conforme a obra de Stoco (2011, p.118) “seria meio e modo de exteriorização da própria justiça e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar a outro”. Assim é que, ao não corresponder na formalização dos fatos jurídicos, as

delimitações legais ou contratuais, será tal conduta reconhecida como ato ilícito, sendo vinculado a uma responsabilização, da qual poderá gerar, a partir da sua influência negativa, a necessidade da reparação civil⁴⁸, desde que tenha gerado algum tipo de dano, o qual, por sua vez, vai depender o tipo de interesse protegido pelo ordenamento vinculante:

De fato, em matéria de dano ressarcível, os ordenamentos modernos dividem-se em duas vertentes bem definidas: (i) ordenamentos típicos ou fechados, que indicam taxativamente os interesses cuja violação enseja um dano reparável; e (ii) ordenamentos atípicos ou abertos, que não empregam semelhante restrição (SCHREIBER, 2015, p.102).

Alguns ordenamentos ditam quais interesses serão protegidos perante a conduta de terceiros, podendo gerar o direito de indenizar, enquanto outros consideram o dano de forma mais dinâmica, podendo estar conectado a qualquer tipo de conduta, desde que configurada a lesão a um interesse imaterial relevante para aquele indivíduo, como elencado, ainda, nos termos da obra Schreiber (2015, p. 103):

Nesta esteira, diz-se típico, originariamente, o ordenamento alemão, em que o ressarcimento dos danos vem assegurado apenas em face da lesão a interesses tipificados em lei, como a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade e a propriedade. É atípico, por outro lado, o ordenamento brasileiro, em que o legislador não indica os interesses cuja violação origina um dano ressarcível, limitando-se a prever uma cláusula geral de ressarcimento pelos danos patrimoniais.

A partir da ideia descentralizada de dano, Álvaro Villaça Azevedo (2004, p. 225) de forma categórica, aponta que, “sendo patrimonial o dano, o que importa no direito brasileiro, é a perquirição da existência ou não de repercussão econômica, que possa ser convertida em dinheiro”, ou seja, dano patrimonial seria a diferença entre o que se tem e o que se teria se não fosse o evento danoso.

A limitação do que seria o dano patrimonial vai além dos aspectos corpóreos, mas também a elementos incorpóreos, como no caso dos direitos de crédito, ou nos direitos personalíssimos, onde não há uma lesão direta ao patrimônio, mas de forma

⁴⁸ Todo cidadão tem o peculiar dever de ressarcir qualquer conduta sua consciente, que tenha eventualmente vulnerado e imposto um dano a outro sujeito, quer essa violação decorra de uma transgressão contratual, quer se trate de responsabilidade aquiliana, quando ausente relação jurídica entre o autor do dano e a vítima do ilícito. Por conseguinte, ao agir no plano dos fatos ou dos contratos, todo ser humano tem o dever de abster-se de causar qualquer comportamento lesivo para as demais pessoas, sob pena de ser civilmente responsabilizado em comando ao sistema normativo por quebra de dever de conduta contratual imposto por lei. (ROSA, C. P. da; CARVALHO, D. M. de; FREITAS, D. P.. Dano moral e direito das famílias. 2º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.37)

reflexa, como o bom nome, a reputação e a saúde, quando maltratadas por condutas de outrem, terá influência no patrimônio da vítima. (CAVALIERI, 2015)

Acompanhando a ideia de responsabilização que padroniza o universo do dano, há a proteção de atos contra o patrimônio imaterial das pessoas, onde Meireles (2016, p.71) discorre:

No atual estágio do nosso desenvolvimento já se sedimentou o entendimento de que o patrimônio da pessoa não é somente formado pelos bens que estão no comércio jurídico, ou seja, que podem ser objeto de disposição jurídica (bens móveis e imóveis, direito autoral, etc.) A eles se agregam, também, os bens que são inerentes à pessoa humana em sua dignidade, incluindo-se sua imagem, honra, saúde, moralidade, ética, religião, raça, etc.

O caráter imaterial do patrimônio possui conexão com valores naturais à condição de indivíduo reconhecido na sua dignidade, que representam muito além de uma valoração pecuniária, pois compõe meio a ser compreendido como ser. A obra de Moraes (2007, p.155) expressa bem à realidade do que seriam os danos a esse tipo de patrimônio:

Os indivíduos são titulares de direitos personalíssimos que integram suas personalidades e não detêm qualquer conotação econômica. Os danos a esses direitos foram chamados de morais, pois atingem atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa com ente social, ou seja, integrada à sociedade.

No entanto, o gosto do poder judiciário para a apreciação favorável à existência do dano extrapatrimonial, em especial o moral, nem sempre teve papel coadjuvante, mantendo-se, por longo período, distante das linhas acaloradas das decisões judiciais, caracterizada por aparições tímidas, acatado normalmente como uma espécie de dano acessório ao dano material:

Indenizava-se, por exemplo, o dano moral decorrente de ferimento físico, porque acompanhado do dano patrimonial relativo às despesas médicas e à incapacidade para o trabalho nos dias de recuperação, mas o dano exclusivamente moral, ou seja, desacompanhado de prejuízo econômico restava, frequentemente, irressarcido. (SCHREIBER, 2015, p107).

Todavia, após décadas na busca do reconhecimento do dano de natureza imaterial como fato relevante nas relações, o sistema jurídico terminou por positivá-lo sob a roupagem de dano moral, seja na Constituição Federal de 1988, inaugurada no teor do inciso X do art. 5º, quando dispõe que “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 da sua violação”, seja na codificação infraconstitucional exteriorizada no art.186 do Código Civil (2002) o qual determina que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A norma escrita, ao positivar o dano moral, o elevou a seguimento principiológico, resultado de um privilégio e valorização da dignidade da pessoa humana como cláusula geral, marca preponderante na nova ordem cidadã, que buscava a garantia de proteção além da realidade material, compondo, como patrimônio, também, os bens imateriais vinculados à realidade do indivíduo:

Desta forma, considerou-se que o dano moral dizia respeito exclusivamente à reparação de violações causadas a direitos de personalidade. Foram, então, os danos morais conceituados como lesões sofridas pela pessoa humana em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal o conjunto de tudo o que não é suscetível de valoração econômica. (MORAES, 2007, p.155).

Interessante notar que, mesmo após o reconhecimento do dano extrapatrimonial pelo ordenamento, ainda se vislumbrava a sua limitação ao dano moral, conceituado, inclusive, como sinônimo, o que foi combatido, dentre outros doutrinadores, por Flaviana Rampazzo Soares (2009, p.60) quando ressalta que, na realidade, “o constituinte, quando utilizou a expressão danos morais, empregou o termo como se o mesmo fosse um sinônimo de danos extrapatrimoniais”.

Ao enfatizar esta interpretação, a autora oportunamente verificou que os danos morais significavam uma espécie de dano extrapatrimonial, e não a sua totalidade, fundamentando o teor do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal ⁴⁹, onde defende que na interpretação dos mesmos “os direitos e garantias reconhecidos, expressamente, não excluem outros que sejam admitidos em razão do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou de tratados que o Brasil adira” (SOARES, 2009, p.61).

Ponto complementar a questão de o dano extrapatrimonial ser acolhido exclusivamente como dano moral, adveio da própria recepção da figura jurídica no ordenamento pátrio como *dommage moral*, ou seja, como um dano moral puro, o que

⁴⁹Art. 5º (...)§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

limitou a reflexão acerca da sua extensão, posto ter sido alocado de normas alienígenas e disponibilizado nos casos práticos sem nenhuma apuração pormenorizada, o que representou reducionismo de um conceito que vincula a complexidade do indivíduo que, incontestavelmente, vai além da proibição da prostração ilícita quanto a afetação direta da moral. (SOARES, 2009).

5.2 A responsabilidade civil no direito de família

Não se pode negar que as peculiaridades no direito de família prezam para que a responsabilização civil frente as suas relações sejam analisadas sob ótica diferenciada, tendo quem entenda que não é possível o seu reconhecimento⁵⁰, fato verificável, por exemplo, no impulso do legislador de, na produção do código civil, deixar o diploma isento de qualquer regulamentação sobre o tema, sendo objeto exclusivamente da produção doutrinária e jurisprudencial.

Sobre outro viés, não haveria necessidade de produção legislativa específica às relações familiares sobre o tema, uma vez que a responsabilização civil, ante seu propósito, pode ser aplicada a qualquer relação⁵¹, sendo reconhecida quando o interesse patrimonial ou extrapatrimonial for ceifado pela conduta de outrem.

Na realidade, acredita-se que o problema não seria o reconhecimento da responsabilização no direito de família, mas, o momento da sua mensuração e aplicação ao caso prático, em especial, ao que diz respeito ao de natureza extrapatrimonial, principalmente por considerar o afeto como elo primordial, sendo este um tema por demais sensível.

Acerca do tema, importante expor a tese de Karow (2012, p.123) quando, ao refletir sobre o abandono afetivo, declara que:

⁵⁰ A família, como é entendida atualmente, baseia-se muito mais na força do afeto do que em liames puramente biológicos. Assim, “direito de família” e “responsabilidade civil” são expressões que, em princípio, se excluíam, e cuja combinação esboça quase um paradoxo: a própria lança contra o próprio escudo, na metáfora do antigo provérbio chinês. (MORAES, Maria Celina Bodin de. A responsabilidade e a reparação civil no direito de família. *In*: Tratado de direito das famílias/ Rodrigo da Cunha Pereira (organizador). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p.805.

⁵¹ Todo cidadão tem o peculiar dever de ressarcir qualquer conduta sua consciente, que tenha eventualmente vulnerado e imposto um dano a outro sujeito, quer esta violação decorra de uma transgressão contratual, quer se trate de responsabilidade aquiliana, quando ausente relação jurídica entre o autor do dano e a vítima do ilícito. Por conseguinte, ao agir no plano dos fatos ou dos contratos, todo ser humano tem o dever de abster-se de causar qualquer comportamento lesivo para com as demais pessoas, sob pena de ser civilmente responsabilizado em comando ao sistema normativo por quebra de dever de conduta contratual ou imposto por lei (DA ROSA, Conrado Paulino. Dano moral e direito das famílias. 2° ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 37 e 38)

[...] para a responsabilidade civil por abandono afetivo, surgiram jargões descontextualizados e que causavam comoção social pelos não adeptos à tese, como, por exemplo, “amor não se compra”, “*não se pode monetarizar as relações familiares*”, “*amor não tem preço*”, “*o Estado não pode obrigar ninguém a amar*”;

Tais opiniões não se sustentam, pelo simples fato de que o objetivo da reparação civil extrapatrimonial, pelo menos o expressado pelo ordenamento, não se configura, por si, em algum ganho financeiro⁵², mas na busca em reparar o dano produzido na alma, o qual, ante a impossibilidade de retorno ao *status quo*, como no caso dos danos patrimoniais, se correlaciona a uma compensação material.

Importante ainda balizar, que o direito obrigacional e contratual, vai além da proteção exclusivamente patrimonial, posto que possui nas suas entrelinhas, institutos que protegem a pessoa humana, relacionado aos princípios sociais do contrato de natureza constitucional. (TARTUCE, 2019).

Ademais, o novo contexto da relação familiar só tem a aplaudir a confirmação quanto à aplicação da responsabilidade civil no seu âmbito relacional, por corresponder força aliada à valoração positiva dos integrantes do grupo familiar considerados como a razão de existir do instituto, e não o contrário, o que reforça a necessidade do Estado protegê-los, utilizando a reparação civil como instrumento de consolidação dos valores individuais. Importante enfatizar Schreiber (2015,p.?) quando esclarece que:

A conquista de uma efetiva isonomia entre cônjuges e parceiros, bem como a atribuição aos filhos de um papel mais efetivo no seio familiar, vieram expor à sociedade “novas” espécies de conflitos, não faltando hoje tentativas de solucioná-los por meio de imposição do dever de indenizar.

Desse modo, quando o autor fala na existência de novas espécies de conflitos, significa compreender que antigos interesses passaram a serem tutelados, como, no exemplo citado, na relação entre marido e mulher, pai e filhos, pois, ao passo que, em tempos pretéritos, a esposa e a prole eram entendidos, em função da sua utilidade à

⁵² Em que pese alguns estúdios pensarem de forma diversa, como Brandão, apontando para o fato da doutrina e jurisprudência “enfocar a reparação dos danos morais com o viés patrimonialista do direito civil, cingindo-se à penalização pecuniária do ofensor; muito embora distinta a natureza do dano causado, a reparação moral é sempre dimensionada ao dinheiro, como se prejuízo material fosse” (BRANDÃO, Tom Alexandre. Ainda sobre o abandono afetivo: reflexões sobre as consequências de uma condenação ao pagamento de indenização. In: ROSENVALD, Nelson. MILAGRES, Marcelo. (coordenadores). Responsabilidade civil: novas tendências. Indaiatuba, São Paulo: Editora foco jurídico, 2017, p.449.

materialização da vontade do patriarca, o reconhecimento da isonomia entre o casal, bem como a afetividade como conduta obrigatória na relação parental, corresponde a equivalência de interesses, o que, em consequência, atos antes vistos como normais, como no caso do abandono afetivo, ou a violência doméstica, agora são enxergados como conflito que deve ser apreciado pelo poder judiciário.

No entanto, a sensibilidade atrelada às relações familiares, aparece como campo fértil à banalização da aplicação do instituto. Não se está a censurar a mais bela expressão do homem no exercício da sua humanidade, no caso, o afeto, mas, tão somente, a rechaçar que qualquer resposta ante a sua falta configure dano moral. Logo, o afeto sempre será visualizado como conduta necessária às relações familiares⁵³, e, em que pese a sua falta significar fuga ao elo primordial a vigência da relação, o que pode permear dor e aflição, não significa que a expressão destas venham a coincidir sempre com o abalo moral, conforme apontado no entendimento de Dias (2016, p.89):

Todas as relações que tem origem em vínculo de afetividade propõem-se eternas, estáveis, duradouras e com uma perspectiva infinita de vida em comum, até que a morte os separe. Os pares carregam a expectativa de um completar o outro na satisfação de suas necessidades de afeto, amor, relacionamento social, etc, e a separação representa o rompimento desse projeto. É um dos mais sofridos e traumáticos ritos de passagem. A dor, comum no fim de todos os relacionamentos,, muitas vezes serve de justificativa à pretensão indenizatória, a título de dano moral.

Na compreensão da realidade dentro dos limites da família, notório o valor do afeto, o que, qualquer irregularidade na sua expressão, pode representar espécie de dor mais significativa que em outras relações, como, por exemplo, nas contratuais fomentadas pelo interesse econômico. Assim, se deve interpretar o sofrimento nas relações familiares com olhar mais atento a essa característica peculiar, evitando que se banalize o instituto da reparação civil e mercantilização de tais relações, pois, a seguir o caminho da emoção, praticamente qualquer descumprimento de obrigação poderá gerar o dever de indenizar.

A título de exemplo, importante trazer à discussão a questão do adultério, fato sempre vinculado a fortes emoções, por significar, normalmente, o fim de um

⁵³ Olvida-se, no entanto, que o direito das famílias é o único campo do direito privado cujo objeto não é a vontade, é o afeto. Como diz João Baptista Villela, o amor está para o direito de família assim como o acordo de vontades está para o direito dos contratos. Ou seja, se busca transformar a desilusão pelo fim do amor em obrigação indenizatória. (DIAS, Op. cit. p., 90)

relacionamento a dois, motivado pela presença de terceiro estranho a relação, o que enseja alteração ao brio, na vaidade, autoestima daquele que foi alvo da conduta, mas o que, por si, não deve gerar o dever de indenizar. Por certo, tal dor, em qualquer outro tipo de contemplação contratual, teria o condão ao deferimento da indenização, mas, ante a especialização dos ritos de família, se deve afastar o simples adultério como matéria a propiciar a reparação civil.

O sentimento, como característica comum nos vínculos familiares, não pode ser utilizado como suporte isolado à aferição de condutas que podem significar a responsabilização civil, justamente por consolidar figura típica nos atritos familiares, como ao exemplo da dor proveniente o rompimento de um casamento em que apenas um dos consortes mantinha o sentimento amoroso, enquanto ao outro restam às amarguras da perda.

5.3 A culpa na reparação civil no direito de família

A questão da culpa na esfera familiar teve o seu advento no século XIX, em especial quanto ao fim do matrimônio no que tange a separação judicial, vez que o paradigma daquela época se preocupava com a família compreendida como uma entidade eterna e imutável⁵⁴, onde, para a sua dissolução, se fazia necessário à comprovação da culpa, deferindo ao infrator, punição severa que poderia ir, desde a perda ao direito a pleitear alimentos, como a guarda dos filhos. Acredita-se, até, que a imposição de tais castigos tinha força intimidatória a desfalecer qualquer estratégia, e, por um fim a uma instituição percebida como imortal.

Desse modo, em que pese à utilização da culpa como norte necessário ao reconhecimento à possibilidade de impor a separação judicial, em fato, o objeto sempre foi a obediência para manutenção do matrimônio, pois, conforme comando do art. 1.572⁵⁵, aquele que agiu contrariando as diretrizes da codificação civil, no caso grave violação aos deveres conjugais ou que torne a vida conjugal insuportável, caso

⁵⁴ Em apertada síntese, a família do Código de 1916 era caracterizada a partir do binômio família matrimonializada – indissolubilidade do vínculo conjugal. De fato, no entender do legislador, o meio mais adequado (e único) aos hábitos sociais da época para a constituição de uma família era o casamento, razão pela qual nunca o vínculo matrimonial poderia ser dissolvido (ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p. 189.

⁵⁵ Art. 1.572 CC. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

não seja suscitado pela “vitima”, permanecerá incólume a relação e a seu “pecado”. Isso impõe reflexão no sentido de que o objeto da norma não se trata propriamente de remediar a dor daquele que sofreu com a conduta do parceiro, mas perfilar a ação dos integrantes na manutenção da célula *matter* da sociedade, como reflexo de um Estado impositor dos seus valores e cego quanto ao interesse dos indivíduos.

Ademais, se deve registrar que, mesmo quando exercido pelo elo desfalecido, muita das vezes este está a por em prática seu poder de vingança sustentado pela norma, a ser remediado por ações em que a causa de pedir, se fosse verificada subjetivamente, seria na busca de remediar a dor sofrida.

Para Welter (2009, p.248) a culpa significa “a imputação e a atribuição de fato pelo descumprimento de um dever do casamento, da união estável ou outros modos de ser-em-família, por um ou ambos os cônjuges/conviventes/membros da família”. Vislumbra-se, portanto, a culpa, na responsabilidade civil no universo da família, como condutas contrárias aos elementos definidores de tais relações, sendo, na sua maioria, de natureza extracontratual, que buscam a harmonização do papel dos integrantes neste corpo complexo consubstanciado tanto por obrigações de cunho material quanto afetivo.

O instituto da culpa, segundo o mesmo autor, na perspectiva familiar tem origem a partir das religiões, seja na religião doméstica, com norte nos seus antepassados, na monoteísta, tendo como núcleo o pai, e a católica, quando se vislumbra o paradigma a partir do filho, onde os preceitos religiosos, através da sua moral, ditavam o que era certo e errado, elencando uma série de castigos, terrenos e sobrenaturais, em caso de desobediência.

A respeito da análise da culpa, Dias (2016, p. 84) compreende situação onde “o agir de alguém coloca em risco a vida ou a integridade física, moral, psíquica ou patrimonial de outra, ou de outras pessoas, ou de algum bem jurídico tutelado pelo direito”. Pressupõe-se que há uma proteção ao patrimônio moral e material da pessoa, e de que todos, conforme o pacto social, devem respeitá-los, sob pena de responsabilização. No entanto, na ótica do direito de família não se pode importar a culpa na forma aplicada nos outros ramos do direito civil sem que se imponham filtros, sob pena de se estimular a aplicação do instituto como elemento balizador de vingança e de mera punição, fugindo do viés principal que seria o papel de reparar.

Nesse sentido, se deve perfilar ao entendimento, que as relações parentais são vivenciadas sob o pulsar de sentimentos, o que deve afastar como base a

responsabilização a uniformização da ideia de que qualquer contrariedade afetiva gere o dever de indenizar. Tem-se como verdade paradigmática que o campo da família democrática é patrocinado pela dignidade da pessoa humana, de onde se notabiliza a promoção do afeto, situação completamente contrária a condutas vivenciadas em outras relações civis as quais prezam, normalmente, pela proteção patrimonial.

Justamente seguindo esse parâmetro que a notável evolução legal, a Emenda Constitucional nº 66/2010⁵⁶ extinguiu a questão da culpa no casamento, permitindo que, a qualquer tempo, os pares possam por um fim a união matrimonializada, independente de justificativa, sendo reconhecido, inclusive, como verdadeiro direito potestativo.

Dentre os aspectos marcantes no direito de família ao que diz respeito à culpa, parte da doutrina defende estar identificada na inerência do dever de cuidados entre os seus integrantes, correspondendo relação com a prática da boa-fé objetiva, configurando, neste sentido, diálogo entre o direito de família, direito das obrigações e, por consequência, responsabilidade civil, como apreciado nas palavras de Tartuce (2019, p. 124):

As interfaces, as interligações mutualistas, entre os diversos ramos do Direito Civil também são constantes na contemporaneidade. As mais marcantes são as interações entre o Direito de Família e o Direito das Obrigações. Ilustrando, surgem trabalhos que pregam a aplicação de princípios próprios do Direito Contratual para o Direito de Família, caso da boa-fé objetiva. Na mesma linha, a responsabilidade civil tem incidido nas relações familiares, seja nas relações de parentalidade ou de conjugalidade. Entre pais e filhos, um dos temas mais debatidos pela civilística nacional refere-se à tese do abandono afetivo, abandono paterno-filial ou teoria do desamor. Entra em discussão jurídica, amplamente, se o pai que não convive com o filho, dando-lhe afeto ou amor, pode ser condenado a indenizá-lo por danos morais.

A proteção integral visa estabelecer um equilíbrio do menor frente aos obstáculos da vida ante a sua posição de vulnerabilidade, tendo como responsável, além do Estado e da sociedade, os pais, evidenciando um dever constitucional de caráter principiológico, tendo na sua mira, além do crivo econômico, o bem-estar afetivo (PEREIRA, 2018).

⁵⁶ Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:
"Art. 226.

(...)

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."

A evidência do dever também encontra suporte na letra civil, focado no art. 1566, quando o inciso IV ensina que são deveres de ambos os cônjuges o sustento, guarda e educação dos filhos, apontado por Venosa (2013, p.1419) como aspecto fundamental no casamento:

O sustento, guarda e educação dos filhos é outro aspecto fundamental do casamento. Embora a existência da prole não seja essencial, trata-se de elemento fundamental da existência conjugal. Incumbe a ambos os pais o sustento material e moral dos filhos. A orientação educacional é fundamental não só no lar, como também na escola, sendo ambas, em última análise, obrigações legais dos pais. O Estatuto da Criança e do Adolescente impõe igualmente ao pais o dever de sustento, guarda e educação da prole. A omissão desse dever terá implicações de caráter civil, como a imposição de prestar alimentos, e de caráter penal, podendo caracterizar crimes de abandono material e intelectual.

A prioridade absoluta, definido como princípio, desenhado implicitamente nas linhas do art. 227 da Constituição Federal, também contribui para definir o dever parental ao cuidado com a prole por conceber a criança. Ana Carolina Brochado Teixeira (2018, p.20) faz referência ao tema com a seguinte abordagem:

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a criança e o adolescente ganharam proteção especial, por serem vulneráveis, o que justifica a atribuição de tutela especial. O ordenamento jurídico deles cuidou de forma qualitativamente diferenciada, por estarem em fase de desenvolvimento e construção da sua personalidade e dignidade. Foi um “investimento” normativo que se fez na infância e na juventude, chancelado pelas diretrizes principiológicas contidas no bojo do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990.

Conforme pontua Madaleno (2018), a razão de ser acolhido como dever, garante no fundamento de que o exercício da autoridade parental proporcionará aos menores instrumentos de convivência frente aos obstáculos da vida, para que possa gozar dos seus direitos e garantias fundamentais como elementos de expressão da sua existência.

Assim, a relação de inerência vem do pensamento voltado para a subjugação ao papel de pai que deve cuidar de sua prole, independente da existência de laços afetivos, pois, o que se está a proteger é a plena evolução dos filhos, que mereçam atenção incondicional por parte dos seus genitores, devendo ser compreendido a atenção, como cuidado material e, principalmente afetivo, pois, repita-se, mesmo não sendo obrigado a dar amor, o afeto deve estar presente, por ser pilar da construção do filho como indivíduo agraciado pela dignidade.

Sempre que a norma reconheceu o elemento objetivo da responsabilidade civil, vislumbrou alguma forma de risco atinente à relação ao qual estava inserida, claro, desde que verificado os elementos primitivos à matéria, no caso, a atividade ilícita, o dano e o nexo causal. Na seara das relações de cunho familiar, considerando o princípio da eticidade e da sociabilidade, a boa-fé amplia a sua participação para um caráter mais objetivo, externado por práticas de lealdade, passando a ser vista como cláusula geral, o que não é para menos, tendo em vista os valores definidos no universo das famílias. (TARTUCE, 2019).

Infere-se que a relação de risco na atividade paternal está vinculada a patrocinar a vida de uma criança, pois, conforme adágio popular, “ninguém pediu para vir ao mundo”, sendo de pura responsabilidade o risco que a condição paterna pode levar na referida relação. Nesse sentido, ao compreender a pertinência da boa-fé, importante aprofundar o estudo acerca da relação entre responsabilidade objetiva e subjetiva nas interrelações familiares.

Na ótica de Tartuce (2006, p.3), a responsabilidade objetiva está relacionada “com os deveres anexos, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial”, compreendendo, desta feita, que esse caráter anexo deve ser interpretado como cláusula geral, sempre acompanhando o negócio jurídico, principalmente quando os tratados no direito de família, fato bem perceptível no momento em que exemplifica espécies de deveres anexos:

Como deveres anexos, podemos citar, entre outros: a) o dever de cuidado em relação a outra parte negocial; b) o dever de respeito; c) o dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo do negócio; d) o dever de agir conforme a confiança depositada; e) o dever de lealdade e probidade; f) o dever de colaboração ou cooperação; g) o dever de agir conforme a razoabilidade e a equidade. (Idem)

Por certo, como defendido por Dias (2016) a relação entre pai e filho deve figurar como um dever de cuidado em relação a outra parte, no caso, o mais vulnerável externado na figura do filho, fato que representa a paternidade responsável. Assim, há responsabilidade objetiva do genitor frente ao cuidado com os filhos justamente por não ser visualizado como um direito do pai, mas um dever, posto que o dano possa caracterizar em respostas negativas⁵⁷ que podem permear o resta da vida dos filhos.

⁵⁷ “A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o seu desenvolvimento saudável. A figura do pai é

Outro exemplo que revelado nas palavras da mesma autora, desagua nos deveres do casamento, quando aponta que, para da parte da doutrina, a simples violação dos deveres do casamento produz a obrigação de indenizar:

A tendência à a aplicação de penalidade a quem deu causa à dissolução, bastando ao ofendido demonstrar a infração e os danos decorrentes para que se estabeleça o efeito, que é a responsabilidade do faltoso. Não importa a culpa para impor a obrigação de ressarcir os danos. A simples inobservância dos deveres do casamento configuraria dano alvo de indenização. (DIAS, 2016, p. 92).

No entanto, nem sempre a responsabilidade objetiva pode ser recepcionada em absoluto nos limites das relações familiares, como no caso da obrigação de reparar, pelo simples fato da infidelidade, apresentando a doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 411) que:

Em que pese ser reconhecida como intolerável no sistema jurídico brasileiro, principalmente por considerar a bigamia como conduta ilícita, a saída trivial seria, simplesmente, a ruptura do relacionamento, cabendo a indenização a possíveis desdobramentos da traição, como no caso de se tornar público o ato através da divulgação de vídeos pelo o infiel.

Assim, se observa que, não querendo significar a inexistência de possíveis reparações no âmbito patrimonial, mas, tendo em vista a caracterização do dever de cuidar e da afetividade como elementos primordiais nas relações contemporâneas familiares, normalmente, o ambiente social e jurídico experimenta casos voltados para a reparação civil extrapatrimonial direcionado ao dano moral:

Todas as relações que tem origem em vínculo de afetividade propõem-se eternas, estáveis, duradouras e com uma perspectiva de vida em comum, até que a morte os separe. Os pares carregam a expectativa de um completar o outro na satisfação de suas necessidades de afeto, amor, relacionamento social, etc. e a separação representa o rompimento desse projeto. É um dos mais sofridos e traumáticos ritos de passagem. A dor, comum no fim de todos os relacionamentos, muitas vezes serve de justificativa à pretensão indenizatória, a título de dano moral. (DIAS, 2016, p. 89).

Ao se querer balizar a obrigação de indenizar sempre impulsionada pela questão exclusivamente afetiva, se corre um risco de taxar toda a desordem de cunho familiar como conduta que enseja a reparação civil, podendo tornar insustentável as

responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos dos parentes e da sociedade” (DIAS, Op., cit., p. 97

relações familiares ao se utilizar sempre o apelo judicial na busca das soluções cotidianas, formatando o Estado como única via a solucionar tais questões, sem olvidar a monetarização das condutas em que a reparação pode ensejar.

Junto a tal assertiva, importante enfatizar que, por não ter na sua essência a caracterização a atividades que não impliquem em risco, a culpa deverá ser verificada como elemento necessário à configuração da obrigação de reparar, conforme o sentido apontado pelo teor do art. 186 do código civil⁵⁸.

Rolf Madaleno (2018, p.456), apoiando a existência majoritária de danos de ordem moral na esfera das relações familiares, exemplifica diversas condutas que podem ensejar a reparação civil:

Pode também ser apurado o dano moral: a deserção de herdeiro determinada por agressão ao titular da herança e na suspensão do poder familiar derivada de castigos imoderados aos filhos; os danos causados ao marido pelo registro que fez de filho alheio como se fosse conjugal, falseando a paternidade que é fruto de adultério, com a ocultação do pai real, causando não só o dano moral, tanto para o filho como para o pai, como o dano material; os danos decorrentes da negativa de reconhecer a paternidade; aqueles provenientes do descumprimento de um dever de visitas; pelo inadimplemento alimentar, ou do descumprimento do dever de educar e de velar pela saúde e segurança dos filhos, na alienação parental, na fraude à partilha, na divulgação da intimidade nas redes sociais; na violência doméstica; no abandono de idoso, no abuso sexual intrafamiliar, que são algumas situações exemplificativas de dano moral nas relações familiares e afetivas.

Finalmente, a respeito do dano, notório ter em mente que podem ser verificados em vários aspectos da condição humana, sempre voltando o olhar para a integridade existencial, por corresponder a valor primordial do indivíduo como ser, o que, definido como cláusula geral, merece a responsabilização, principalmente ao que tange a esfera familiar das relações humanas, por compreender uma complexidade de vivências que abordam, num primeiro plano, o afeto como patrimônio relacional, reconhecido pelo ordenamento jurídico como bem jurídico a ser tutelado.

5.4 Principais elementos do abandono afetivo paterno.

A ótica do direito mergulhado na interação interdisciplinar também aponta um diálogo na relação parental, em especial entre o genitor e sua prole, configurado no

⁵⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

instituto do abandono afetivo ou como expressado na obra de Tartuce (2019, p.631), “abandono paterno-filial ou teoria do desamor”, vinculando a ideia, se, de fato, o pai tem que amar seus filhos, e, em caso de negativa, se esta incorrendo em uma conduta ilícita, repercutindo na obrigação de reparar.

No entanto, a questão da reparação civil por abandono afetivo se encontra devidamente pacificada, como demonstra o teor de decisões recentes, a se considerar a época da promulgação da carta cidadã que se deu em 1988, e de que a tese vencedora teve como certidão de nascimento o ano de 2003, em processo julgado na comarca de Capão da Canoa, no Rio Grande do Sul.

Ademais, a vasta proteção constitucional à família como ente gerador de segurança aos seus integrantes alinhado ao princípio da solidariedade familiar personifica o “direito ao amor” como elemento obrigatório à conformação das relações existentes em seus limites, o que leva a objetivar a responsabilidade civil com uma visão peculiar ante as características exclusivas desse setor, refletindo, sobremaneira, aos institutos da responsabilidade civil.

5.4.1 A questão do ilícito civil, nexos causalidade e da culpa e do dano no abandono afetivo

Nesse cenário, surge um questionamento irreduzível para a discussão posta, a saber, o porquê, tão somente, no século XXI foi superado o pensamento vinculado à exclusividade da reparação de cunho patrimonial. Pois bem, enfaticamente, como bem direcionado pelas palavras de Karow (2012, p.231), se deve levar em consideração a teoria do interesse, que “consiste numa posição de uma pessoa em relação a um bem, suscetível de satisfazer-lhe uma necessidade”.

Tal necessidade deve ser vislumbrada nos valores atinentes a determinada sociedade e época, visto que, considerando a relação inerente que se tem entre responsabilidade civil e dano, este, no magistério de Judith Martins Costa (2001, p.182), deve ser focado na dinâmica de que “como tudo no direito, o conceito de dano não é dado, mas construído e, mais ainda, é para usar um conceito caro aos existencialistas, um conceito situado”.

Luiz Felipe Brasil Santos (2005, p.121) acompanha o mesmo raciocínio definindo que:

[...] a noção do que seja dano se altera com a dinâmica social, sendo ampliado a cada dia o conjunto dos eventos cuja repercussão é tirada daquilo que se considera inerente à existência humana e transferida ao autor do fato. Assim situações anteriormente tidas como fatos da vida, hoje são tratadas como danos que merecem a atenção do Poder Judiciário, a exemplo do dano à imagem e à intimidade da pessoa.

Portanto, a relação de dano sofre gradações proporcionais aos valores postos em uma dada sociedade, o que, repercutindo na era contemporânea, se pode observar o interesse do direito na proteção dos bens imateriais, dentre eles os vivenciados no âmbito familiar, em especial na paterno-filial, que deixa de ser encarado com mero fato da vida, algo atrelado ao simples agir, consequência normal das atribuições relacionais.

Ora, ao se optar, na teoria do interesse, pela inserção dos valores inerentes a cada pessoa, quanto ao seu sentir, amar, enfim, no âmbito dos afetos, se está a proteger um interesse que guarda total relação com a paternidade, por extremar campo de vivência afetiva de grande importância, inclusive, para o desenvolvimento do indivíduo, sendo este o paradigma do direito posto.

É nesse mesmo sentido que o citado autor afirma, em sua obra, que o dano sempre corresponderá a uma conduta abusiva, por ser intrínseco à relação paterno-filial os elementos da autoridade parental. Neste seara impõe observar a existência da conduta ilícita, nexos de causalidade e o dano, restando somente, delimitá-las. Alinhando a Norma Civil, o conceito de ato ilícito vem positivado no art. 186, quando expressa que “aquele que”, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Schreiber (2015) trata do ato ilícito como qualquer conduta reprovável pela ordem vigente, o que, no universo da família é imposta pela existência poder familiar, por ser este um núcleo de direitos e, principalmente, deveres que atribuem valoração positiva a afetividade como alicerce ao desenvolvimento dos indivíduos.

A razão de ser do poder familiar se dá, principalmente, pela estrutura familiar que impõe, para o desenvolvimento do indivíduo, e até mesmo a sobrevivência⁵⁹, a presença constante de laços afetivos, conhecido como patrimônio afetivo, que, nas

⁵⁹ “A responsabilidade dos pais para com os filhos corresponde ao segundo tipo, posto que não basta o cumprimento estrito às normas jurídicas e morais que envolvem o exercício do poder familiar; é necessário considerar a relação de dependência que existe entre pais e filhos” (SANTOS, Op., cit., 2011, 196)

palavras de Santos (2011, p.188) seria o “valor proveniente dos múltiplos relacionamentos que possuem significados próprios e especiais”.

Certamente, ao se propor tal proteção, se valeu o legislador da condição relacional do ser humano de onde constrói a sua história afetiva, servindo como sustentáculo à formação da personalidade, tendo, por óbvio, como atores principais os mais próximos, normalmente nomeados na pessoa de seus familiares. É o que sustenta as colocações de Wladimir Porreca (2010, p.117).

A instituição familiar desempenha um papel decisivo na educação formal e informal, é em seu espaço que são absorvidos os valores éticos e humanitários, e onde se aprofundam os laços de solidariedade. É também em seu interior que se constroem as marcas entre as gerações e são observados valores culturais, propiciando os aportes afetivos e, sobretudo, materiais necessários ao desenvolvimento e bem-estar dos seus componentes.

Posto tais considerações não há controvérsia quanto à possibilidade da existência do ato ilícito ao que tange as relações familiares, por corresponder o abandono afetivo como uma violação de direito, sendo este preservado pela força que o trânsito pessoal familiar possibilita ao desenvolvimento do indivíduo, na qualidade pessoa com interesses imateriais balizadores das relações interpessoais.

Nesse particular, importante trazer a colaboração de Madaleno (2018), ao examinar, em sua obra, as famílias de eras pretéritas e identificar que, por exemplo, o direito de visitação, tão importante por preservar o contato entre genitor e filho em caso de separação dos pais, sendo, portanto, elemento inerente ao cuidado da prole, era limitado a uma prerrogativa do genitor, que poderia exercer de acordo com sua vontade, evidenciando a parca preocupação do legislador quando a condição dos filhos, mantendo-se milhas de distância do interesse que hoje a ordem jurídica tanto preza.

A repaginada impulsionada pela nova ótica constitucional, que, dentre outras consequências, transformou a visita do pai perante a prole, antes, uma prerrogativa, agora em um direito-dever do genitor, terminou, também, por incorporar o comando disposto no art. 186 do Código Civil ao universo da família. Nesse sentido, é que se deve, de forma veemente, se contrapor à teoria de parte da doutrina que não reconhece como ato ilícito a negativa do afeto, tendo como suporte o fato de que o amor deve ser algo natural e espontâneo, e não estruturado por relações norteadas pela influência do Estado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019)

Contudo, a desobediência que enseja a materialização do abandono afetivo como ato ilícito, se dá, justamente, pelo efeito da falta de amor, que pode albergar quantidade significativa de consequências negativas à ordem moral e psíquica, configurando, nessas condutas, desrespeito ao ordenamento pátrio quanto ao dever dos genitores. Para sua identificação, no entanto, é necessário que seja verificado, além da violação do direito, o patrocínio de um dano ao patrimônio afetivo, por condutas omissivas ou comissivas, por parte do pai.

Quanto ao dano, o ponto de apoio é reverenciado sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, servindo, inclusive, como base à decisão do julgador pioneiro acerca do reconhecimento da reparação civil nos limites da relação paternal, quando aponta, em seu teor, que “a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que privou o direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.”⁶⁰

Ponto importante nessa discussão é se o dano é presumido ou deve ser devidamente comprovado, onde, para tanto, interessante colacionar trecho da ementa de acórdão proveniente do Superior Tribunal de Justiça (2009)⁶¹:

Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

Assim, em análise um pouco mais apurada, se vislumbra que o pensamento do julgador, em seu voto, utilizou como pressuposto para a percepção do dano, a existência de um dever legal, uma conduta, que pode ser omissiva ou comissiva e contrária à imposição normativa, e que o bem seja juridicamente tutelado, e estará configurado o dano moral *in re ipsa*.

Charles Bicca (2015, p. 46) enfatiza a necessidade de se qualificar o dano no seu caráter objetivo:

O dano *in re ipsa* é aquele que, pela própria dimensão do fato, fica impossível pelo senso comum imaginar que o dano não tenha ocorrido. Sendo assim, a comprovação dos danos morais decorrentes do descumprimento dos deveres familiares não é feito da mesma forma que os danos materiais, pois existe *in*

⁶⁰ ApCv 408.550, rel. Unias Silva,, 7° Câmara Cível, julgado em 1° de abril de 2004.

⁶¹ RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

re ipsa e deriva do próprio fato ofensivo. Assim, provado o descumprimento, *ipso facto*, estará demonstrado o dano por ser presunção natural que decorre inclusive das regras da experiência comum. Dessa forma, todo o debate processual sobre comprovação da ocorrência ou não de dano deveria ser absolutamente desnecessário, porque o dano decorre do próprio abandono, que causa tristeza e sofrimento mais que óbvio e presumível.

Tal posicionamento é enaltecido ante a natureza especial em que os litígios de famílias são identificados, frente obviedade da necessidade da participação paterna nas relações com sua prole, propulsando o desenvolvimento na qualidade de indivíduo e ser humano evidenciado pela proteção constitucional⁶² e de sua configuração como direito de personalidade⁶³, tornando o dever de cuidado como algo absoluto, o que, pressupõe que, na sua falta, o bem jurídico será afetado.

Reforça a tese a Ministra Nancy Andrighi, em voto em uma das ações paradigmáticas a respeito do tema, em recurso especial⁶⁴ onde foi relatora:

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Para a julgadora, por ser necessária a conduta sempre positiva por parte do genitor, a sua omissão, por si, patrocina um sentimento íntimo que é reconhecido como dano, o que, efetivamente, gera o direito de indenizar compensatoriamente.

Mas, frente à própria dinâmica das relações familiares, torna-se forçoso reconhecer que é impossível manter o olhar exclusivamente objetivo na identificação do dano, justamente por mirar a proteção legal em aspectos pessoais, caracterizado pela subjetividade de cada ser, bem como pela complexidade das relações familiares, como, ao exemplo, do pai, que, de fato, abandona o filho, mas a este é dado o privilégio de ter norteadada a figura paterna, por exemplo, na pessoa do padrasto, ou outros que possuem um referencial socioafetivo.

⁶² Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁶³ (...) Acompanha-se, aqui, a corrente que valida o dano moral presumido, objetivo ou *in re ipsa*, diante da violação de direito constitucionalmente previstos. E para Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2013), o dano moral independe de provas, pois atinge direitos de personalidade, que são intangíveis, e por isso existe *in re ipsa*, ou seja, decorrem de presunção absoluta. (CASSETTARI, Christiano. A responsabilidade civil de quem não registra filhos. *In*: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. Responsabilidade civil: Novas tendências

⁶⁴ Resp. nº 1.159.242-SP (2009/0193701-9)

Tal ideia compartilhada por Schreiber (2015) defende que o autor deve provar a existência da violação ao bem tutelado, que significa dizer que a omissão quanto à guarda, sustento, educação e companhia refletiram, de fato e de forma concreta na formação de sua personalidade de forma negativa.

O abandono afetivo, no entanto, é uma conduta delimitada por duas vias, onde deve ser verificado, além da omissão do genitor quanto ao exercício do poder familiar, a resposta efetiva na realidade imaterial do filho, para, aí sim, restar configurado o ato ilícito, abordado na doutrina de Aline Biasuz Suarez Karow (2012, p. 224) do seguinte modo:

Para que a ausência da figura materna ou paterna venha a ser indenizável, é necessário que não haja na vida da criança outra pessoa que assuma a função da figura paterna ou materna. Justamente o dano se configura em função da ausência do paradigma, da direção, do acompanhamento do desenvolvimento da personalidade, psíquico e emocional. Portanto, é necessário que o encargo não seja assumido por outra pessoa, podendo ser uma causa de exclusão da responsabilidade civil. Pois se a carência afetiva do menor é suprida em face de uma terceira pessoa evitando-se os danos não há sentido de ingressar com a demanda. É que o instituto da responsabilidade civil atual pende de forma precípua para a reparação do dano injusto; não havendo dano, não se falar em reparação.

Afasta, portanto, a tese do dano presumido, devendo, para a mensuração, ser analisado cada caso, já que há caminhos diversos na construção do afeto, principalmente por se compreender que as variadas conformações familiares podem ser utilizadas como meio a suprir espaços vazios criados ao longo da construção dos laços familiares, como no caso do tio ou padrasto que supre a falta do genitor no papel de pai.

5.4.2 Perda do poder familiar e responsabilidade civil

Interessante notar que ainda há certa confusão entre o instituto da responsabilidade civil e da perda do poder familiar quando se fala na questão do abandono afetivo, o que, no entanto, se refere a situações bem diferentes, mas que já fora utilizado como institutos similares em decisões das primeiras ações que chegaram aos tribunais superiores, considerando o juízo de que a única previsão

punitiva para o genitor que não segue os atributos do poder familiar seria a perda do pátrio poder.⁶⁵

Em verdade, conforme dispõe o entendimento da norma civil, a perda do poder familiar, não se trata, por si, de uma sanção ao genitor, mas, em primeiro plano, da proteção ao filho, pois, como aponta Paulo Lôbo (2017, p. 298), “a perda da autoridade parental somete deve ser decidida quando o fato que a enseja for de tal magnitude que ponha em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho”.

Fato facilmente mensurável na própria leitura do Art. 1638⁶⁶ do Código Civil, de onde se depreende em análise das causas postuladas, que representam condutas temerárias ao menor, sempre contrárias à tutela conferida pela norma constitucional, reproduzida pela norma infraconstitucional.

Assim, se verifica que o filho não deve ser mantido sob a proteção do genitor que, por reiteradas vezes lhe abandone sem prestar a devida manutenção afetiva, pois, representa sério risco ao desenvolvimento intelectual e estrutural do menor, ou aquele pai que “educa” sua prole pregando valores contrários a moral posta, como, por exemplo, ensinando a cometer pequenos delitos ou utilizando os mesmos como

⁶⁵ No recurso para o STJ, o advogado do pai afirmou que a indenização tem caráter abusivo, sendo também uma tentativa de ‘monetização do amor’. Alegou que a ação de indenização é fruto de inconformismo da mãe, ao tomar conhecimento de uma ação revisional de alimentos, na qual o pai pretendia reduzir o valor. A defesa afirmou que, a despeito da maioridade do filho, o pai continua a pagar pensão até hoje. Em seu parecer, o Ministério Público opinou pelo provimento do recurso do pai. ‘Não cabe ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor’, afirmou. Por maioria, a Quarta Turma deu provimento ao recurso do pai, considerando que a lei apenas prevê, como punição, a perda do poder familiar, antigo pátrio poder” (Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=80156&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=abandono%20afetivo>

Acesso em 03 de agosto set. 2019)

⁶⁶ 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. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017) Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018); I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018); a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018); b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018).

instrumento à percepção de benefícios financeiros, como no caso da mendicância, ou que lhe castigue mantendo em cárcere privado.

Os exemplos deixam em evidência da urgência na manutenção do pai distante dos filhos, por ser claro que, antes de representar uma punição ou até mesmo uma forma de intimidar a reiteração das referidas condutas, é determinante para a segurança dos menores, tanto da própria vida quanto dos valores atinentes ao desenvolvimento.

No entanto, a reparação civil empregada no abandono afetivo em nada prioriza a ideia de preservação do filho, pois, como o próprio termo define⁶⁷, se trata da compensação de um mal que já foi feito, a violação dos bens tutelados está efetivada, deixando rastros negativos ao patrimônio imaterial da vítima, que deve ser reparado.

Lôbo (2017, p.303) apresenta a reparação civil por abandono afetivo como sendo uma “compensação por danos extrapatrimoniais, em virtude da violação dos deveres de assistência moral a afetiva e de criação, para os quais não bastam os valores pecuniários despendidos com o sustento material.”

Reparação e perda são situações distintas, em que pese estar entrelaçado ao mesmo fato obrigacional, no caso, o dever de cuidar, e que determinada conduta pode repercutir nos dois ambientes, como no caso de alienação parental⁶⁸, pois, além de ser necessário o afastamento do filho da vivência paterna para sua proteção, os atos perpetrados podem ter representado reflexo significativo na saúde mental quanto ao desenvolvimento emocional e da personalidade da criança.

5.4.3 O caráter da reparação civil por abandono afetivo

O mundo de relações característico do seio familiar possui interesse próprio, tendo como prioridade o efetivo desenvolvimento de seus atores como forma a prezar pela valorização da dignidade da pessoa humana, merecendo olhar pontual quanto à

⁶⁷ “O termo responsabilidade civil é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deve arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio jurídico danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar” (VENOSA, Sílvio de Salvo. Responsabilidade civil procurar o livro

⁶⁸ “Destituição do poder familiar. Abuso sexual. Síndrome da alienação parental. Estando as visitas do genitor à filha sendo realizadas junto a serviço especializado, não há justificativa para que se proceda à destituição do poder familiar. A denúncia de abuso sexual levada a efeito pela genitora não está evidenciada, havendo a possibilidade de se estar frente à hipótese da chamada síndrome da alienação parental. Negado provimento” (TJRS, Agravo de Instrumento 70015224140, 7.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Maria Berenice Dias, 12.06.2006).

função da responsabilidade civil no seu bojo. Em termos gerais, Pereira, R. (2016) defende que a reparação civil alcança três esferas quanto a sua aplicação, no caso, a compensatória quanto ao dano causado à vítima, de punição ao ofensor e desmotivação à reiteração da conduta lesiva.

Sua aplicação, no entanto, dever ser provida de atenção especial, quando praticada na vivência familiar, momento em que deve afastar a interpretação norteada unicamente fincada no quesito patrimonial, por este agregar à reparação valor monetário específico quando enxergado como instrumento compensatório, fato oponível à representação extrapatrimonial familiar, que galga outros objetivos.

Essa preocupação é expressa por Schreiber (2015, p.195) quando trata do assunto referente aos interesses extrapatrimoniais ao afirmar que:

O temor de que o imenso oceano de novos interesses extrapatrimoniais deságue em ações frívolas voltadas à obtenção de indenização pelos acontecimentos mais banais da vida social deriva, em grande parte, do fato de que a abertura ao ressarcimento do dano moral deu-se por meio de uma extensão da função histórica patrimonialista da responsabilidade civil, sem que se procedesse, ao mesmo tempo, a qualquer modificação substancial na estrutura do instituto. Assim, mesmo às lesões a interesses não patrimoniais o ordenamento jurídico continua oferecendo, como única resposta, o seu remédio tradicional, de conteúdo estritamente patrimonial, qual seja, a deflagração do dever de indenizar.

Tal especulação se dá, principalmente, ao aspecto monetário no momento do reconhecimento e sanção quanto à reparação civil, o que pode contribuir para dificultar, ainda mais, as conexões entre os litigantes, fato que deveria ser moldado em acordo com as peculiaridades da relação prática que estimulou a busca pela reparação civil, mas, ao revés, deixa, em determinados casos, transparecer, a ideia da indústria do dano moral.

Colaborando com a discussão, Welter (2009, p.247) aponta a tese apresentada pela doutrina contrária a monetarização das relações abraçadas pelo direito de família:

[...] é por isso que autores contestam a indenização por dano moral no picadeiro familiar, uma vez que seria o término da paixão, do amor, dalibido, da força do sexo, impondo puritanismo retrógado e de, quebra, acabaria com o mundo afetivo na constância da família, tornando-a monetarizada, como se ela fizesse parte unicamente do mundo genético.

Vislumbra-se, desta feita, que, ao prestigiar a compensação pela via monetária, a moeda irá substituir valores morais elevados que compõe a esfera familiar, e, em vez de apaziguar os ânimos, passará a contribuir na potencialização do quadro de guerra que já estava instalado, tendo como percepção que o interesse daquele que se apresentou em juízo como a vítima, em verdade, não era do de reparar a dor, de se obter alguma resposta do judiciário, mas de galgar acúmulo de valores.

Tal fato prestigia o ideal atual de onde tudo tem um valor antes de sua substância, sendo a representatividade das coisas norteadas quanto a sua expressão material, remetendo ao ter antes de verificar o ser. A lógica da acumulação de riquezas é direcionada ao campo de onde se busca uma repercussão muito mais voltada para valores outros que competem ao indivíduo na qualidade de ser, correndo o risco de, em determinadas situações, o judiciário ser utilizado como um instrumento a um investimento para créditos futuros referendados da decisão do magistrado. Sérgio Gischkow Pereira acompanha esse pensamento:

A tendência de querer ver em tudo uma causa de dano moral é ainda mais perigosa porque se insere em um pensamento econômico-financeiro que quer monetizar todas as relações sociais, impregnando-as, de maneira radical, pelo fator dinheiro. Diviniza-se o lucro, sacraliza-se a moeda, endeusa-se a competição desenfreada e o consumo. Com isto, em gravíssimo perigo para a humanidade, é fomentada a pulsão de destruição e de morte (thanatos), em detrimento da pulsão para a vida (Eros).

Justamente por tais situações é que se deve buscar um olhar diferente na aplicação dos instrumentos usuais, como por exemplo, a indenização pecuniária, posto que a finalidade da reparação pode ser obstado frente tal conduta, ainda mais em se tratando do abandono afetivo, já que a sentença que venha reconhecer tal obrigação, poderá, de vez, decretar a falência da relação paterno-filial, correspondendo em um grande paradoxo.

Brandão (2016, p. 456) defende que a responsabilização pela via pecuniária apenas deve ser aplicada na inexistência de relação entre pai e filho, e da impossibilidade de ser vivenciada no futuro, pois considera que eventual condenação em situações em que há proximidade representa um “atestado de fracasso, o resultado de uma relação de paternidade que nunca mais será retomada, e, também, de uma intervenção jurídica malsucedida”.

Busca-se, em fato, com a aplicação da reparação civil, claro, considerando a compensação pelo sofrimento propiciado, como eixo predominante o respeito à

dignidade da pessoa humana e os interesses de cunho existencial, o que, com a limitação à pecúnia estará a incentivar interesses outros, o que afasta o alvo quanto à aplicação do instituto nas relações afetivas. Os doutrinadores apontam como condutas judiciais alternativas à condenação em dinheiro⁶⁹, desde a busca pela mediação com a presença de equipes multidisciplinares, retratação pública, sendo esta, inclusive, retratada no enunciado 589 do Conselho da Justiça Federal⁷⁰.

Afinal, ao se buscar o poder judiciário, o único caminho que não deve ser escolhido é de instrumentalizar o processo para a percepção de “lucro”, mas para buscar a solução do litígio que é dado, o que alberga a construção de uma cultura contrária a depreciação dos valores afetivos, sendo a jurisdição o trapézio para impulsionar a reunião dos afetos positivos entre o pai e sua prole, afastando de vez a pretensão judicial para se ter na condenação em números o gosto da vingança ou a confirmação de projeto para a aquisição de novos bens materiais.

No entanto, há os que consideram necessário e coerente, a condenação vinculada à reparação de cunho pecuniário, principalmente por representar um instituto que possui viés punitivo e de coerção, diferenciado a indenização compensatória e punitiva.

Atento a esta situação, Rolf Madaleno (2018, p.491) explica que o aspecto pecuniário da reparação deve sempre ser verificado ante seu valor propedêutico de caráter imensurável, como prevenção para que não venha se repetir em momentos à frente, enumerando importantes julgados⁷¹, sendo necessário para o autor “que filhos sejam postos a salvo de toda a forma de negligência e para que pais irresponsáveis pensem duas vezes antes de usar seus filhos como instrumento de vingança de suas frustrações amorosas”.

Reflete o entendimento de que, ao abordar a decisão condenando o réu a obrigação de cunho econômico, não se está a motivar o aproveitamento do instituto como fonte de enriquecimento, mas um valor significativo a frear os ímpetos para que

⁶⁹ As formas não patrimoniais de compensação, longe de atenderem a uma preocupação exclusivamente econômica vinculada ao custo das reparações, satisfazem, na maior parte dos casos, de forma mais plena os anseios da vítima. Uma análise isenta da jurisprudência revela que, nos ordenamentos do civil law, o valor das indenizações monetárias por dano moral tem se mantido, em geral, baixo. E, a insuficiência da quantia, não raro, é sentida pela vítima como nova afronta à sua dignidade corroborada pela postura mercantilista muitas vezes adotada por ofensores habituais e seus representantes. (Schreiber, 2015, Op., cit., p.198)

⁷⁰ “A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação in natura, na forma de retratação pública ou outro meio”

⁷¹ REsp. n. 757.411/MG de Relatoria do Ministro Fernando Gonçalves e REsp. n. 514.350/ SP, de Relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior.

não se reitere a conduta do ofensor, além de vislumbrar a atividade como temerária repercutindo a terceiros para que fiquem atentos, também, ao não incorrer nos mesmos erros de conduta. Stolze e Pamplona Filho (2019, p.783) acompanham:

Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a “perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor.

Romualdo Bapstista Santos (2011) rechaça o pensamento de que a condenação em indenização não restabelece o afeto, tão necessário à relação, afastando ainda mais das partes envolvidas, afirmando que, em razão do litígio já está a ser apreciado pelo judiciário, aponta que o relacionamento já se encontra desgastado, e caso não venha se reestruturar nada se perdeu.

Para o autor, a compensação do dano não deve refletir, necessariamente, na busca de uma reestruturação da relação parental, a qual normalmente, já está abalada, representada, justamente, pelo ato de se buscar o poder judiciário, mas, buscar reparação por uma conduta que trouxe sofrimento à vida pessoal da vítima.

Ademais limitar da “responsabilização” dos genitores sob o fundamento que a norma já possui como instituto a tal propósito a perda do poder familiar, estaria a estabelecer benefício ao infrator, que estaria, de vez, liberado de qualquer obrigação pertinente à condição de pai, não representando medida satisfatória a frear ou desestimular condutas contrárias à boa evolução da prole, remediado pela condenação indenizatória configurada como ato punitivo e pedagógico, surtindo efeito nas relações familiares.

Não há dúvida a respeito da responsabilização, tanto por sua previsão legal como incluso nos fundamentos de em um Estado voltado para preservar os interesses das pessoas, mas, o que se deve atentar é a forma de reparar o dano extrapatrimonial, o qual deve se aproximar muito mais à natureza regulatória e distanciar de motivações diversas, o que repercute como positivo a substituição gradativa por formas alternativas à condenação em indenização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na perspectiva apresentada, notou-se uma preocupação em se analisar inicialmente, como a família agrega, ao seu seio, valores sociais, já que ela é considerada como um meio reprodutor e até mesmo em consolidar a ordem posta na sociedade a qual se encontra inserida, fato facilmente visualizado, a partir de um olhar histórico mais aguçado.

Fácil identificar tal relação, principalmente, a partir do momento em que se reconhecia como única forma de conformação familiar, a patriarcal, caracterizada por ser forte na mão do chefe de família, registrado na pessoa do marido/pai, onde se reproduzia o pensamento patrimonial da época, renegando ao indivíduo a qualidade de mero “serviçal” aos caprichos dos valores matérias impostos, com o objetivo de preservar a conduta voltada para a acumulação de riquezas.

Entretanto, percebendo a nova ordem constitucional dos países ocidentais, com a implantação de novas constituições, aos poucos, a preocupação das nações, através de seus arcabouços legislativos foi degradando a visão exclusivamente patrimonial, em que pese o cenário neoliberal, para registrar nas linhas da ordem jurídica, a valorização no ser humano na qualidade de indivíduo, alterando, de forma significativa, códigos já consolidados, como o caso do Código Civil de 1916, que, na sua nova roupagem, empregou como fundamento a repersonalização do direito civil.

Como reflexo esperado, a família passou por significativas alterações, caracterizado, em especial, pela harmonia quanto às definições hierárquicas que, até então, aplaudiam no sentido único, voltado aos caprichos do pai/marido, passando, no entanto, a uma configuração mais harmônica fincado na preocupação de que todos os integrantes devem observá-la como instrumento útil e necessário à sua consolidação como ser dotado de valores e sentimentos garantidos constitucionalmente pelo fundamento da dignidade da pessoa humana.

Agregando os novos pressupostos consolidados ao interesse do indivíduo como núcleo das relações familiares, é que deveres jurídicos, até então, “tosados” quanto seus objetos, foram requalificados e inseridos como elementos vinculativos a determinados papéis, como ao exemplo do poder familiar, entendidos por muitos como autoridade parental, representando um direito - dever o qual detém em seus contornos a o cuidado em relação aos filhos, agregando à sua educação, não apenas

o aporte material, mas, em especial, fomentando o valor afetivo positivo, por ser determinante no desenvolvimento sadio e equilibrado dos indivíduos.

Todavia, nem sempre é verificada a harmonia entre a norma e vida prática, onde, em caso de desobediência, se faz necessário buscar a tutela do Estado, tendo como instrumento valoroso a aplicação dos instrumentos legais disponíveis no instituto conhecido como a reparação civil, já que, de forma incontroversa, a falta do contato paterno no que diz respeito ao afeto, angariado como carinho, atenção, é concebido como forma a produzir significativo dano moral.

No entanto, é importante vislumbrar que a meta quanto à tutela pretendida, deve ser norteadada longe dos contornos patrimoniais característicos da responsabilidade civil tomada em seus primórdios, ante a especificidade da matéria aplicada ao direito de família, ainda mais por se tratar de uma relação tão necessária ao desenvolvimento do indivíduo, o que pressupõe a busca por medidas alternativas, caso possível, à aplicação da indenização, justamente por se preocupar numa ressignificação quanto à referida relação.

Dessa maneira é que o presente trabalho se debruçou, ao longo de suas páginas, desde a evolução da família, recepcionada como elo determinante na consolidação dos valores individuais, até a reflexão principiológica do tema, fomentando, também, a discussão do valor do pai nessa construção e de como, na sua falta, pode ascender à aplicação da reparação do direito de família, com ramificação aos casos de abandono afetivo.

Restou, portanto, evidenciado, a importância em se mensurar a questão da responsabilidade civil por abandono afetivo nas relações familiares, mas que deve ser verificado, de forma minuciosa, posto às peculiaridades ali expressadas.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais [...]**. Família e cidadania. O novo CCB e a *vactio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. **O afeto como paradigma da parentalidade**: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais. Curitiba, Juruá, 2014.

AVENA, Maura Espinheira. RABINOVICH, Elaine Pedreira. Família, paternidade e parentalidade. *In*: **Paternidade na sociedade contemporânea**/ Curitiba: Juruá, 2015, p.77 e 78.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. 10º ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. *In*: TORRE; KATAOKA; GALDINO. **Dicionário de princípios jurídicos**. 1º edição. s jurídicos. 1º edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BEVILAQUA. Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos Comentado**. Rio de Janeiro: Rio, V.1- Edição Histórica, 1940.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito** /. Bittar, Guilherme Assis de. São Paulo: Atlas. 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República,. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 jan. 2011.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Resolução nº 35 do CNJ, de 24 de abril de 2007. **Disciplina a aplicação da Lei 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro**. Disponível em:

<http://jus.com.br/forum/154785/resolucao-35-do-cnj-disciplina-a-lei-1144107-lei-do-inventario-e-divorcio-em-cartorio/>. Acesso em: 10 abr. 2019.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CARVALHO, João Andrades. **Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8° ed, São Paulo: Atlas, 2015.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. de Motta; MACÊDO, Rosa Maria Stefanini de. **Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica**. Porto Alegre: Artmed, 2016.

DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito das famílias**. 2° ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10 ed., ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Dicionário de princípios jurídicos/ Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka, Flávio Galdino, organizadores; Silvia Faber Torres, supervisora – Rio de Janeiro: Elsevier: 2011.

DONATI, Pierpaolo. **Família no século XXI: abordagem relacional**. Tradução João Carlos Petrini. São Paulo: Paulinas, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. 3° ed.; tradução Leandro Konder; Aparecida Maria Abranches. 3° ed. – Rio de Janeiro: Bestbolso, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 4° ed. Salvador: Juspodivum, 2012.

FITERMAN, Mauro. **Direito de família contemporâneo: temas controversos**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2016.

FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O fundamento filosófico do dano existencial. In: **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados. MS/ V.12/ 24 DE Jul/Dez, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6** : direito de família, 9. Ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis, Vozes, 1997.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos**. São Paulo: Manole, 2005.

LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25364>. Acesso em: 08 ago. 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Sérgio. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. 2º ed. Ver., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRG**, v.19, março de 2001. Disponível em: [file:///C:/Users/Dell/Downloads/71527-296779-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Dell/Downloads/71527-296779-1-PB%20(1).pdf). Acesso em: 27 ago 2019.

MASCARO, Alysso Leandro. **Filosofia do direito**. 2º ed. . São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELES, Edilton. **Responsabilidade civil no acidente de trabalho: questões processuais e materiais** – Salvador: Juspodium, 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Vol. 2. 38º ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renova, 2007.

MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos; RABINOVICH, Elaine Pedreira; ZUCOLOTO, Patrícia Carla Silva do Vale. **Paternidade na sociedade contemporânea: o envolvimento paterno e as mudanças na família**. 1 ed. Ed.: Juruá. Brasil, 2015.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. 3º ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NALINI, José Renato. **Por que filosofia?** .3º ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. 12º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**, 1959. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm. Acesso em: 30 ago 2019.

Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do direito de família**, 3º ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

PETRINI, Giancarlo e FILGUEIRAS, Marcos Ribeiro. O pai patriarcal segundo Gilberto Freyre. *In*: CAMPOS MOREIRA, Lúcia Vaz de ; PETRINI, Giancarlo; BARBOSA, Francisco de Barros. **O pai na sociedade contemporânea**. São Paulo: EDUSC, 2010.

PETRINI, João Carlos. DIAS, Marcelo Couto. **Família no debate cultural e político contemporâneo**. 2º ed., São Paulo: Edições Loyola, 2012.

PORRECA, Waldimir. A família como lugar privilegiado para a socialização dos filhos: a contribuição paterna. *In*: MOREIRA, Lúcia Vaz de; PETRINI, Giancarlo; BARBOSA, Francisco de Barros, coordenadores. **O pai na sociedade contemporânea**. Bauru, SP: EDUSC, 2010.

ROCHA, José Manoel de Sacadura. **Fundamentos de filosofia do direito**. São Paulo:Ed. Atlas, 2013.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. Salvador: Juspodivum, 2016.

ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. **Responsabilidade civil: novas tendências**. Indaiatuba, São Paulo: Editora foco jurídico, 2017.

SARACENO, Chiara; NALDINI, Manuela. *Sociologia da Família*. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2003.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Indenização por abandono afetivo**. ADV, Seleções Jurídicas, fev.2005. Disponível em: https://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_Felipe_Brasi_%20Santos/Indenizacao.pdf. Acesso em 28 ago 2019.

SANTOS, Romualdo Bapstista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. Curitiba: Juruá, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos**. 6º ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOARES, Fláviana Rampasso. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência: 5° ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. v. 2.14°. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. *In Revista Brasileira de Direitos da Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano VIII, n .35, abr/mai 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. v. VI. São Paulo: Atlas, 2013.

VIEIRA JUNIOR, Cezar Augusto; ARDANS-BONIFACINO, Hector Omar; ROSO, Adriane. A construção do sujeito na perspectiva de Jean-Paul Sartre. **Rev. Subj.**, Fortaleza , v. 16, n. 1, p. 119-130, abr. 2016 . Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-07692016000100010&lng=pt&nrm=iso. Acessos em : 18 set. 2019.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.