



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

LUIZ CARLOS DE OLIVEIRA PAIVA JÚNIOR

**RESPONSABILIDADE PATERNA SOCIOAFETIVA NOS NOVOS
ARRANJOS FAMILIARES**

**SOUSA - PB
2011**

LUIZ CARLOS DE OLIVEIRA PAIVA JÚNIOR

**RESPONSABILIDADE PATERNA SOCIOAFETIVA NOS NOVOS
ARRANJOS FAMILIARES**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Maria dos Remédios de Lima Barbosa.

**SOUSA - PB
2011**

LUIZ CARLOS DE OLIVEIRA PAIVA JÚNIOR

RESPONSABILIDADE PATERNA SOCIOAFETIVA NOS NOVOS ARRANJOS
FAMILIARES

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Esp. Maria dos Remédios de Lima Barbosa.

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: 07/11/2011.

Prof^a.Esp. Maria dos Remédios de Lima Barbosa – Orientadora
Universidade Federal de Campina Grande - UFCG

Prof. Esp. Eduardo Pordeus Silva
Universidade Federal de Campina Grande - UFCG

Prof^a. Kaline Lima de Oliveira Moreira
Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

A Deus, pela vida e saúde.

Aos meus pais Luiz Carlos e Vera Lúcia, pela confiança e incentivo.

Aos meus sobrinhos, Maria Eduarda, Maria Luíza e Luiz Henrique, amados e queridos, presentes de Deus em minha vida, que preenchem o meu coração de esperança, amor e paz, me dando forças para conduzir meus caminhos em direção à felicidade.

AGRADECIMENTOS

A Deus, meu mais profundo e sincero agradecimento, por me guiar pelos caminhos de retidão, me abençoando sempre com muita saúde, paz, discernimento e sabedoria.

À minha amada mãe, pelo papel fundamental que desempenha na minha vida, pelo amor, confiança e admiração.

Ao meu querido pai, pela função determinante na minha vida, pelo apoio, dedicação, confiança e incentivo, sempre como grande torcedor da minha felicidade e realização profissional.

A minha admirável irmã Olga Priscilla, pelo amor, carinho, confiança e presença afetuosa e constante em todas as etapas da minha vida.

Ao meu irmão Lucas Pietro, também meu amigo, pelo companheirismo e admiração.

Aos meus avós, pelos conselhos experientes, confiança e admiração.

Aos demais familiares, pelo estímulo e apoio.

A Leticia Torres pelo carinho, solicitude e admiração.

A Matheus Simões Nunes pela sincera amizade, presteza e contribuição.

A minha querida amiga e companheira Inara Assunção pelo amor, presteza, paciência e ensinamentos, muito me acrescentando como pessoa, cristão e profissional.

Aos queridos amigos, Rebeca Torquato, Maria Luísa Capuxú, Sâmya Kaline, Daniel Veras, Dário Brito, Matheus Marques, Hugo Ayslan, Jonas Rolim e Rhafael Sarmiento, pela confiança, paciência e companheirismo.

Aos amigos Alana Araújo, Ricardo Lucena que, mesmo distantes, fazem parte da minha vida e são recordados com muito amor e saudade.

Aos amigos sousenses, pelo acolhimento, dedicação e presteza.

Aos amigos Dr. Sidharta John e Dr. Thiago Marques, Promotores de Justiça, referências em profissionalismo, dedicação e vocação.

A Prof^a Maria dos Remédios de Lima Barbosa, pela orientação, comprometimento e confiança depositada na realização deste trabalho científico.

A todas as pessoas que compõem o CCJS: Professores, Funcionários, Coordenadores e Diretores que contribuíram para minha formação acadêmica.

Posso, tudo posso Naquele que me fortalece
Nada e ninguém no mundo vai me fazer desistir
Quero, tudo quero, sem medo entregar meus projetos
Deixar-me guiar nos caminhos que Deus desejou pra mim e ali estar
Vou perseguir tudo aquilo que Deus já escolheu pra mim
Vou persistir, e mesmo nas marcas daquela dor
Do que ficou, vou me lembrar
E realizar o sonho mais lindo que Deus sonhou
Em meu lugar estar na espera de um novo que vai chegar
Vou persistir, continuar a esperar e crer [...].

(Celina Borges)

RESUMO

A família é atingida por constantes mudanças, que fazem surgir os mais diversos problemas, entre eles, a responsabilização civil dos pais pelo abandono afetivo de seus filhos. A nova filiação afetiva busca o reconhecimento da filiação integral como direito fundamental. Analisar-se-á o papel da família como elemento formador da sociedade e sua importância no desenvolvimento individual, bem como a possibilidade de a responsabilidade civil figurar como elemento solucionador dos conflitos. A relevância jurídica demonstra que é possível a aplicação da responsabilidade civil ao Direito de Família, no que diz respeito aos novos arranjos familiares. Analisar-se-ão as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais e a família enquanto um agrupamento social fundada por laços de afetividade. Justifica-se, preliminarmente, pela contribuição acadêmica proporcionada pelo estudo e incipiência do debate no Direito de família brasileiro, e, especificamente, pela sua incidência. Serão analisadas as famílias contemporâneas, nos seus diversos e novos desmembramentos, reconhecendo a importância da paternidade socioafetiva, buscando aprimorar a matéria à luz da Constituição Federal que rege o novo Direito de Família, bem como ressaltar a consequência da omissão do afeto por parte dos pais. Objetiva-se, ainda, conceituar família possibilitando a compreensão do instituto frente ao novo Direito de Família; examinar os novos arranjos familiares, identificando a responsabilidade paterna nas uniões socioafetivas. Utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo, analisando-se princípios e a legislação pátria, para argumentos específicos. Haverá utilização do método histórico, ante a necessidade de análise da compreensão do instituto família ao longo do lineamento histórico, bem como a evolução do instituto da responsabilização civil pela omissão afetiva. Será utilizado o método exegético jurídico, pelo uso interpretativo de leis e jurisprudência, juntamente com a técnica de pesquisa direta e indireta, fundada na coleta bibliográfica, de doutrinas, leis e julgados. Buscar-se-á uma resposta para a questão da aplicabilidade da responsabilização civil nos casos de omissão do dever de assistência afetiva aos filhos por parte de seus genitores. O projeto de Lei nº 700/2007 apresenta solução à temática, objetiva a modificação do tratamento dado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente à omissão de afeto, de forma a caracterizá-lo como ilícito civil e penal. Prima-se pela aplicabilidade da indenização pelo dano afetivo nos novos institutos familiares, uma vez configurado o abandono de fato e os respectivos danos, para fins de responsabilização dos agentes omissos.

Palavras-chave: Arranjos familiares. Responsabilização Civil. Abandono Afetivo. Direito de Família.

RESUMEN

La familia se ve afectada por los constantes cambios, que hacen surgir los mas diversos problemas, entre ellos, la responsabilidad civil de los padres por el abandono afectivo de sus hijos. La nueva filiación afectiva búsqueda de reconocimiento de filiación integral como derecho fundamental. Se analizarán el papel de la familia como elemento formativo de la sociedad y su importancia en el desarrollo individual, así como la posibilidad de la responsabilidad civil como un elemento capaz de resolver los conflictos. La relevancia jurídica demuestra que es posible la aplicación de la responsabilidad civil al Derecho de Familia, en el caso de los nuevos arreglos familiares. Se abordarán la parentalidad socioafectiva. Se analizará las contribuciones doctrinales y jurisprudenciales y la familia como un agrupamiento social fundada por lazos de afecto. Se justifica, en preliminar, por la contribución académica proporcionada por el estudio y incipiente del debate en Derecho de Familia brasileño, y, específicamente, por su incidencia. Tiene como objetivo el análisis de las familias contemporáneas, en sus diversos e nuevos desmembramientos, reconociendo la importancia de la paternidad socioafectiva, buscan mejorar el asunto a la luz de la Constitución Federal, que rigen el nuevo Derecho de Familia, así como subrayar las consecuencias de la omisión del afecto por los padres. Si tiene como objetivo, todavía, conceptualizar la familia posibilitando la comprensión del instituto frente a el nuevo Derecho de Familia; examinar los nuevos arreglos familiares, permitiendo la identificación de la responsabilidad paternal en las uniones socioafectivas. Se utiliza el método de abordaje deductivo, analizando principios y la legislación patria, para argumentos específicos. Habrá la utilización del método histórico, dada la necesidad del análisis de la comprensión del instituto familia a lo largo del lineamiento histórico, así como la evolución del instituto de la responsabilización civil por la omisión afectiva. Se utilizará el *método exegetico* jurídico, por el uso interpretativo de las leyes y la jurisprudencia, junto con la técnica de investigación indirecta, basado en la colecta bibliográfica, de las doctrinas, leyes y juzgados. Vamos a buscar una respuesta a la cuestión de la aplicabilidad de la responsabilización civil en los casos de omisión del deber de asistencia afectiva a los hijos por sus padres. El proyecto de Ley nº 700/2007 ofrece solución al tema, que tiene como objetivo cambiar el tratamiento proporcionada por el Estatuto del Niño y del Adolescente a la omisión de afecto, con el fin de caracterizar como ilícito civil y penal. Destacándose por la aplicabilidad de la indemnización por el daño afectivo en los nuevos institutos familiares, una vez configurado el abandono en realidad y sus respectivos daños, para fines de responsabilización de los agentes que omiten.

Palabras claves: Arreglos familiares. Responsabilidad civil. Abandono afectivo. Derecho de Familia.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONCEITO E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO FAMÍLIA	13
2.1 PRELIMINARES E EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	13
2.2 A FAMÍLIA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.....	15
2.2.1 A Família na Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002	17
2.3 CONCEITO MODERNO DE FAMÍLIA.....	21
2.3.1 O Reconhecimento Legal do Conceito Moderno de Família à Luz da Lei Maria da Penha.....	28
2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA.....	30
2.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	31
2.4.2 Princípio da Afetividade	33
2.4.3 Princípio da Unidade Familiar	36
2.4.4 Princípio da Cidadania.....	37
2.4.5 Princípio da Ética	38
2.4.6 Princípio da Pluralidade das Formas de Família.....	39
2.4.7 Princípio da Consagração do Poder Familiar.....	39
3 DO PODER FAMILIAR E DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA	40
3.1 PODER FAMILIAR: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, TITULARIDADE, EXTINÇÃO, SUSPENSÃO E PERDA.....	41
3.2 O PODER FAMILIAR FRENTE AO DIREITO BRASILEIRO.....	46
3.3 A PROTEÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FACE AO PODER FAMILIAR.....	48
3.4 DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA	53
3.4.1 Paternidade Biológica e Socioafetiva.....	54
3.5 A OPÇÃO DO LEGISLADOR PÁTRIO PELA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.....	59
3.6 ASÚMULA 301 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: PRECEDENTES E LIMITES DE APLICAÇÃO.....	62
4 DA RESPONSABILIDADE PATERNA	66
4.1 O AFETO NOS TRIBUNAIS	67
4.2 AS CONSEQUÊNCIAS DO ABANDONO IMATERIAL	69
4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DESAMOR?	73

4.4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA OMISSÃO DO AFETO NOS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES	75
4.5 O PROJETO DE LEI Nº 700/2007	88
5 CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS	93

1 INTRODUÇÃO

A família é o alicerce da personalidade e do desenvolvimento humano, valorizando sua dignidade e produzindo reflexos na estrutura social. Contemporaneamente, constata-se o dinamismo das mudanças dos valores ético-sociais que produzem a evolução do instituto familiar.

No presente trabalho, observar-se-á o regimento do conceito de família nos primeiros tempos, onde o homem se agregava com o intuito de manter-se junto a algo ou a alguém. Posteriormente, promover-se-á a análise da progressão dos componentes da estrutura familiar, culminando no conceito moderno preceituado na Carta Magna de 1988, transportando o indivíduo do plano secundário, anteriormente localizado, ao plano central, com a valorização da pessoa humana, tendo, como elemento primordial, o afeto.

Nesse norte, as hodiernas transformações geraram diversos conflitos no âmbito jurídico-social, dentre eles, o descumprimento pelos pais do dever legal de assistência aos filhos, no que concerne ao afeto, atenção, educação e convívio, restando configurado o abandono afetivo. A responsabilidade paterna, sob a ótica do Direito Civil, é geradora de indenização por danos morais ao filho que foi tolhido do afeto paterno.

Buscar-se-á a análise do papel da família como elemento formador da sociedade e sua importância no desenvolvimento dos seus membros, bem como examinar a responsabilidade civil como elemento solucionador dos conflitos na esfera do Direito de Família.

Diante disso, o trabalho de conclusão de curso em estudo propõe uma abordagem acerca das mudanças no instituto família e dos novos arranjos familiares, enfocando a entidade familiar, a responsabilização paterna socioafetiva e o dano moral como sanção à omissão ou abandono afetivos, aplicando, para tanto, os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade.

A relevância jurídica da temática em estudo consiste na demonstração de que através da constitucionalização e da interdisciplinaridade dos direitos, é perfeitamente possível a aplicação da responsabilidade civil ao Direito de Família, bem como o reconhecimento através da legislação pátria e dos princípios constitucionais, a respeito da plausibilidade do emprego da responsabilização civil

aos pais em casos de omissão afetiva, ensejando dano moral ante a configuração do ato ilícito praticado.

Posteriormente, tratar-se-á da importância da parentalidade sócio-afetiva, realidade que se legitima face à amplitude do conceito de família, passando, também, a envolver direitos e deveres aos membros envolvidos nesta relação.

No entanto, haverá análise das contribuições doutrinárias e jurisprudenciais pátrias, tendo como pontos orientadores desta, a sensibilidade e orientação conforme os princípios constitucionais e princípios protetores da entidade familiar.

Inafastável é a certeza de que a família deve ser vista, atualmente, como um agrupamento social fundado essencialmente por laços de afetividade, não se podendo chegar a outra conclusão à luz do texto da Carta Política Pátria.

Por fim, não tendo como intuito esgotar o tema em foco, registrar-se-ão as conseqüências danosas causadas pela omissão do afeto decorrente das relações familiares.

Diante do exposto, o trabalho de conclusão de curso em análise justifica-se, preliminarmente, pela contribuição acadêmica proporcionada pelo estudo ante a incipiência de tal debate no Direito de família brasileiro, e, especificamente, pela sua incidência prática no seio familiar, pela sua projeção social e por proporcionar às divergências judiciais uma solução à temática.

Nesse âmbito cognitivo esta pesquisa objetiva a análise das famílias contemporâneas, nos seus diversos e novos desmembramentos, no intuito de reconhecer a importância da paternidade socioafetiva, buscando aprimorar a matéria à luz da Constituição Federal que rege o novo Direito de Família, bem como ressaltar a consequência da omissão do afeto por parte dos pais.

Ademais, objetiva-se, ainda, conceituar o instituto da família, para que seja possível a compreensão do referido instituto frente ao novo Direito de Família; estudar a evolução histórica do conceito de família, desde os primórdios até a concepção contemporânea, abordando suas características e peculiaridades no intuito de demonstração das gradativas e relevantes mudanças; examinar os novos arranjos familiares, identificando a responsabilidade paterna nas uniões socioafetivas, que começam a ser vistas com sensibilidade pela doutrina e jurisprudência pátrias, trazendo desafios de proporções consideráveis, na medida em que exsurge o dever de reparação do dano provocado em virtude da omissão afetiva.

Utilizar-se-á para a concepção desta pesquisa, o método de abordagem dedutivo, analisando-se princípios e a legislação pátria, para argumentos específicos. Igualmente, haverá utilização do método procedimental histórico, tendo em vista a premente necessidade de análise e compreensão do instituto família ao longo do lineamento histórico, bem como a evolução do instituto da responsabilização civil pela omissão afetiva. Será utilizado, ainda, o método exegético jurídico, pelo uso interpretativo de leis e jurisprudências, juntamente com a técnica de pesquisa indireta, fundada na coleta bibliográfica, de doutrinas, leis e julgados, de onde serão extraídos os conceitos pertinentes ao presente estudo, para que seja feita uma análise de acordo com o que se dispõe, possibilitando os fins para os quais foram colhidos.

Para uma melhor sistematização do estudo suscitado, dividir-se-á a pesquisa em três capítulos. No capítulo inaugural será abordada a família através de uma análise conceitual e evolutiva, sendo observada como instituto formador do indivíduo e da sociedade, delineando o seu panorama na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também será abordado o conceito moderno e seu reconhecimento legal face aos princípios constitucionais aplicáveis.

Subsequentemente, serão estudados e analisados o poder familiar e a paternidade socioafetiva em suas características e peculiaridades. Logo após, traçando a abordagem do conteúdo jurisprudencial, serão elucidados os precedentes e os limites de aplicação da súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, promover-se-á o estudo da responsabilidade civil paterna nos novos arranjos familiares, tendo o abandono afetivo como elemento que dá causa à indenização por danos morais, como também, as consequências do abandono imaterial e as inovações legislativas direcionadas para tanto. Observar-se-ão as posições jurisprudenciais e os preceitos dispostos na Constituição Federal, no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse norte, diversas arguições de relevância jurídica podem ser suscitadas, ante a complexidade do fato, e, ao longo deste estudo científico, buscar-se-á uma resposta para a questão da aplicabilidade ou não da responsabilização civil nos casos de omissão do dever de assistência afetiva aos filhos por parte de seus genitores.

2 CONCEITO E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO FAMÍLIA

A família sempre teve importância para a humanidade. Desde os primórdios, quando o homem já buscava viver agrupado com seus semelhantes, atentos aos instintos de reprodução e preservação da espécie, embora ainda não houvesse consciência da verdadeira essência do instituto “família”.

A partir da posição que a família ocupa na sociedade e das constantes transformações advindas, tem-se a necessidade de regulamentação das relações sociais. Nesse contexto há o surgimento do Estado, preocupando-se com as relações advindas do seio familiar, passando a regulamentá-las, objetivando protegê-las. Nesse contexto exsurge um direito com aplicabilidade própria às famílias.

A família abrange, em sua estrutura, aspectos inerentes ao momento histórico ao qual se posiciona, apresentando várias características decorrentes dos costumes da sociedade na qual ela está inserida.

2.1 PRELIMINARES E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Os primeiros agrupamentos que surgiram foram chamados de “tribos”, onde a autoridade da mulher era de grande importância em face da época matriarcal que se vivia. Em seguida, passou-se ao sistema do patriarcalismo, criado pelo Direito Romano, que muito influenciou o Brasil. A mulher perdeu importância em relação ao do homem, em face da apropriação de terras, bens e escravos, direitos estes que foram repassados, posteriormente, aos filhos varões, obedecendo, desta forma, aos costumes e os valores que predominavam a época. Nesse contexto, o casal formava sua família através do casamento, tendo a esposa e os filhos dever de subserviência junto ao patriarca, que possuía poder de autoridade sobre as pessoas componentes de toda a família.

Posteriormente, com o apoio da Igreja Católica, a partir da Idade Média, surge o vínculo familiar através dos laços sanguíneos constituídos entre seus membros, daí, o homem passou a viver em bando, ou seja, agrupado.

Frise-se que o Código Civil de 1916 mantinha o caráter autoritário que predominava no modelo patriarcal, onde o chefe da família tinha o dever de administrar os bens familiares e prover à manutenção dos componentes familiares.

Com o passar do tempo, os homens uniam-se em favor de características específicas, que eram ainda diminuídas em seus tamanhos pela consanguinidade e união ou outras provenientes de interesses comuns.

Dessa nova forma de se unir, surgiram as primeiras células familiares. Como se observa, a instituição familiar se desloca de um eixo do autoritarismo até chegar-se à valorização do afeto como elemento agregador.

Contudo, na época do modelo patriarcal, a família era uma unidade de produção, prevalecendo os laços patrimoniais, indissolúveis devido ao medo de perder a sucessão dos bens. Sendo assim, imperava a regra do “até que a morte nos separe”, sacrificando-se a felicidade pessoal dos membros familiares.

A história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas, deixando antever a variabilidade histórica da feição da família, adaptando-se às necessidades sociais prementes de cada tempo.

O jurista Fachin (1999, p.11) elucida que:

É inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais.

Nesse talante, Martinez (2002, p.17) comenta ao mencionar sobre as células familiares:

A partir desse momento, pode-se dizer que toda pessoa, quando de seu nascimento, adquire o status de integrante de um organismo familiar, do qual se origina e ao qual permanece vinculada durante toda sua vida, mesmo após dele se afastar para constituir um novo organismo natural semelhante, que é sua própria família.

Destarte, define Gonçalves (2010, p. 21):

As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição

entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade.

Igualmente, preleciona Dias (2010, p. 55):

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor, de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas.

Desta sorte, diante da evolução histórica e da democratização do país, constata-se que o Direito de outrora não mais caberia nos tempos atuais e modernos, onde a prioridade é a proteção do ser humano, pois tem como base os direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2 A FAMÍLIA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Em razão de o Brasil ter sido colonizado pelos portugueses, o país foi edificado seguindo os preceitos da Igreja Católica Apostólica Romana, o que muito refletia no direito vigente à época, as Ordenações Filipinas, de 1595, que só reconheciam uma única entidade familiar, a formada pelo casamento. Avulte-se que àquela época, o Brasil constituía um Estado em regime de padroado, onde este estava intrinsecamente ligado a uma religião oficial, a católica.

Por sua vez, o casamento, como única entidade familiar juridicamente reconhecida, foi mantida pelas legislações imperiais, sendo posteriormente estendido, também, aos não católicos, reconhecendo-se em 1861 como casamentos civis as demais uniões religiosas.

Não obstante, os demais preceitos canônicos foram preservados até 1890, data em que passou-se a considerar como único casamento válido aquele realizado pelas autoridades civis, bem como relativizou a indissolubilidade do matrimônio, permitindo, pois, a separação de corpos, não sendo atribuído qualquer valor jurídico ao matrimônio religioso. O referido vigorou até a promulgação do Código Civil de

1916, em que se mantém o modelo patriarcal, incluindo a mulher casada no rol dos indivíduos relativamente incapazes.

O diploma civil consagra o casamento como o único instituto jurídico formador da família, dificultando, desta forma, a adoção e permitindo o reconhecimento de filhos apenas quando não adulterinos ou incestuosos.

Ademais, o diploma civil de 1916 eleva de tal forma a instituição do casamento que não admitia a dissolução de tal vínculo conjugal, permitindo apenas o chamado “desquite”, que veio a ser substituído pela separação judicial no surgimento da Lei nº 6.515/77, também criando a instituição do divórcio.

O escritor Fugie (2002, p. 133) assevera que:

Na restrita visão do Código Civil de 1916, a finalidade essencial da família era a continuidade. Empréstava-se juridicidade apenas ao relacionamento matrimonial, afastadas quaisquer outras formas de relações afetivas. Expungia-se a filiação espúria e proibiam-se doações extraconjugais

Durante décadas, a legislação pátria protegeu a todo custo a instituição da família e os laços sanguíneos entre os parentes. De outro norte, esta mesma legislação vedava e criava empecilhos para a dissolução da relação conjugal e para a adoção, mantendo-se, desta forma, um perfil de verdadeira aversão à importância do afeto em tais relações.

Ademais, o legislador de 1916 foi omissivo ou simplesmente ignorou as uniões de caráter convivencial, de companheirismo, não reservando qualquer direito às uniões que não sejam formadas por intermédio do casamento, como o concubinato e a união estável, como hoje é conhecida a união legítima, sem a celebração de matrimônio.

Não obstante, as novas cartas constitucionais pouco modificaram as normas do diploma civil de 1916, vez que foi mantida a essência patriarcal, o casamento como forma exclusiva de formação da família, o visível tratamento discriminatório dado aos filhos nascidos fora do casamento e aos havidos por adoção, além da omissão de referências ao companheirismo, seja ele na forma de união estável, seja na forma do concubinato.

A relativização destes paradigmas só começou a se perpetuar a partir do vigor da Lei da Adoção (Lei nº 3.133/57), da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), bem

como pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), que devolveu plena capacidade à mulher casada, uma vez perdida.

Dias (2010, p. 34) comenta:

A negativa de reconhecer os filhos fora do casamento possuía nitida finalidade sancionatória, visando a impedir a procriação fora dos “sagrados laços do matrimônio”. Igualmente afirmar a lei que o casamento era indissolúvel servia como verdadeira advertência aos cônjuges de que não se separassem. Também negar a existência de vínculos afetivos extramatrimoniais não almeja outro propósito senão o de inibir o surgimento de novas uniões. O desquite – estranha figura que rompia, mas não dissolvia o casamento – tentava manter a todos no seio das famílias originalmente constituídas. Desatendida a recomendação legal, mesmo assim era proibida a formação de outra família.

A Constituição Federal de 1934 inovou de forma pioneira ao dedicar um capítulo específico à família, garantindo, de forma expressa, proteção especial do Estado a esta instituição, o que se tornaram preceitos consagrados pelas constituições posteriores.

Em síntese, mesmo com as diversas alterações constitucionais e legislativas desde a promulgação do Código Civil de 1916, até o advento da constituição de 1988, a única instituição reconhecida como familiar era o casamento, enquanto a união estável e o concubinato eram ignorados pelo legislador, e a adoção era deixada para segundo plano, por meio de expressas diferenças de direitos e de tratamento entre os filhos sangüíneos e os adotados, sendo de pouca relevância jurídica o afeto, no sentido de ser o propulsor das relações familiares.

2.2.1 A Família na Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002

A Constituição Federal de 1988 dispensou um tratamento especial ao Direito de Família, reservando um capítulo destacado apenas para este ramo do Direito, qual seja o Capítulo VII, do Título VIII.

Contraposto ao modelo autoritário e patriarcal, o modelo de família depreendido do texto constitucional é fundado em preceitos como a igualdade, a solidariedade e o respeito à dignidade da pessoa humana, que simultaneamente são objetivos do Estado democrático brasileiro.

A Constituição ratificou normas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo, a gratuidade do casamento e a garantia de efeitos civis ao casamento religioso. Inovou grandemente ao reconhecer como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, ao igualar o homem e a mulher na sociedade conjugal, e ao vedar quaisquer diferenças de direitos, de qualificação ou de tratamento entre filhos havidos na constância do casamento ou fora dele, ou por adoção.

Ensina Ferreira Filho (1989, p.314) a respeito do artigo 226 da CF/88:

A Constituição ainda vê na família a base da sociedade. No direito anterior, esta família era a constituída pelo casamento, e, até a Emenda n. 9/77, de vínculo indissolúvel. No direito vigente, não só se apegou a indissolubilidade do vínculo como se equiparou a ela a união estável entre homem e mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Desta forma, o reflexo do texto constitucional na sociedade é de justiça, é de preocupação com a família. Entretanto, para apreender a nova realidade é imprescindível ampliar seus conceitos para ao final acolher as diferenças sociais.

No que diz respeito a unidades familiares pode-se dizer que a Constituição não criou um rol taxativo, já que mesmo regulando algumas situações importantes à época de sua promulgação, deixou a cargo de legislações infraconstitucionais e da jurisprudência outras situações como as uniões formadas por avós e netos, irmãos, tios e sobrinhos e a união dos homossexuais. Nesse contexto de lacunas, constituem exemplos das legislações infraconstitucionais que foram influenciadas pela CF/88 e passaram a regular o novo direito de família: o Estatuto da Infância e Juventude (Lei n. 8.069/90), a Lei sobre a Investigação de Paternidade (Lei 8.560/92), Leis relativas aos Direitos dos Companheiros (Lei 8.560/94 e 9.278/96), o novo Código Civil e, recentemente, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06).

Essa constante e assídua penetração do direito constitucional sobre a matéria infraconstitucional recebe o nome de fenômeno hermenêutico da constitucionalização do direito civil. As legislações infraconstitucionais supracitadas vigoram no intuito de efetivar os princípios constitucionais, quais sejam: o da igualdade e o da própria isonomia familiar, tanto na filiação (art. 227, § 6, da CF/88) quando na conjugalidade (art. 226, § 5, da CF/88), bem como de proteger outras formas de organizações familiares que não somente o casamento (art. 226, § 3, da CF/88).

Sobre a constitucionalização do direito privado, diz Bittar (1989, p. 9):

[...] a nível internacional, foram sendo editadas Declarações (1948), de cunho universal ou regional, com a sacramentação de princípios tendentes a balizar a legislação interna dos países aderentes e a obter a uniformização correspondente no plano da defesa dos direitos da pessoa humana, com as posições particulares destacadas da mulher e dos filhos.

Avulte-se que, ao igualar o filho havido por adoção aos filhos de origem sangüínea e reconhecer como família a união decorrente do companheirismo, chamada de união estável, a Constituição Federal de 1988 foi o primeiro dispositivo jurídico brasileiro a reconhecer o afeto como formador e propulsor da família, sem distinção aos laços decorrentes do casamento ou de sangue. Em consonância com esta Constituição de 1988, foram promulgadas as Leis que dispõem sobre o direito dos companheiros a alimentos e o direito de sucessões, respectivamente a Lei nº 8.971/94, e a Lei nº 9.278/96 – que regulam o artigo 226, §3º da Constituição Federal, que trata da união estável, garantindo às relações formadas sem o ato solene do casamento os direitos presentes no texto constitucional.

As normas constitucionais que dispõem sobre a família só foram regulamentadas pela legislação infraconstitucional com a promulgação da Lei nº 10.406, de 10/01/2002, o atual Código Civil. Dentre as relevantes novidades trazidas pelo Código de 2002, está a expressa igualdade dos cônjuges no seio familiar, extinguindo-se o poder patriarcal, bem como a atualização da dissolução do vínculo conjugal, por meio da separação e do divórcio; a atualização da adoção, sem qualquer distinção entre os filhos de sangue e os adotados; a regulamentação da união estável entre o homem e a mulher, bem como o reconhecimento de direitos decorrentes das relações concubinárias.

Verifica-se que o novo diploma civil, em consonância com os preceitos irradiados pela Constituição de 1988, abrange em seu texto várias modalidades de família, formadas por relações consangüíneas, por atos jurídicos solenes ou pelo afeto.

O afeto, enquanto formador da família, está diretamente presente na adoção e nas relações de convivência, como a união estável, uma vez que, enquanto essas não dependem de consangüinidade ou solenidade, a formalidade que pressupõe a adoção é resultado exclusivo do afeto demonstrado pelos adotantes.

O campo do direito privado sofreu grandes mudanças com o advento da Constituição de 1988, sendo o Direito de Família uma das ramificações mais afetadas, já que foi reconhecido o papel jurídico do afeto, o que irradiou um novo alcance para as normas jurídicas, tornando possível identificar, também, uma interdisciplinaridade entre as matérias que tratam das várias formas de organização familiar, tanto sob o viés dos relacionamentos pessoais entre o casal, quanto à nova forma de ver e conceber a filiação.

Nesse sentido ensina Pereira (2006, p.43):

O direito privado, em especial o direito privado de família, possui uma vinculação direta e imediata com os valores vigentes e aceitos por uma determinada sociedade em um determinado momento histórico. Talvez, por essa característica peculiar, seja o direito de família o ramo do direito a mais sofrer pressões e a sentir a tensão existente entre o fato social e norma jurídica. Também recai sobre essa área do direito a pretensão de estabelecer e definir legalmente, o que esta fora do dito normatizável, ou seja, o afeto e a sexualidade humana.

Assim, pode-se afirmar que a família legal contemporânea não encontra mais um modelo único para se expressar. Sendo porosa e plural, recebendo e incorporando as modificações ocorridas nos costumes da sociedade brasileira, que foram influenciados por fatores de ordem econômica, social e tecnológica. A ordem jurídica pós – oitenta e oito, por meio do artigo 226 da sua lei maior, consagrou novas formas e tipos de famílias, trazendo para o meio social a aplicação de princípios de direitos humanos, ou seja, passou a permitir a constituição de unidades familiares que não têm como base o casamento tradicional.

As modificações introduzidas com o advento do Código Civil de 2002 refletiram significativamente nas estruturas contemporâneas, já que foram traduzidos para o texto jurídico valores e conceitos morais que dominavam o cenário social naquele momento. Portanto, tal diploma legal não se importou em estabelecer direitos e garantias voltados ao respeito individual e à existência de cada membro familiar.

Inovou o diploma de 2002, no que concerne à figura da mulher, ponto de exclusão contido no Código Civil anterior, subjugada primeiro à vontade do pai e depois a do marido, que limitava seu acesso ao mercado de trabalho e à propriedade. Sob esse ponto de vista, a família era tida como um compartimento

fechado, imutável e eterno que simbolizava a necessidade econômica e a afirmação social do cônjuge varão.

No mesmo sentido, preleciona Girardi (2005, p.31):

Não há mais como se ignorar que várias são hoje as formas de se viver e realizar em família, tanto que nova codificações civil em vigor desde janeiro de 2003, com base nos novos valores constitucionais, prescreve o reconhecimento jurídico da pluralidade e liberdade quanto à organização familiar, assegurando tutela à família matrimonializada, à união estável com ou sem filhos e às famílias monoparentais, formados estas por um ascendente e filhos.

Com o passar dos anos ocorreu não só no Brasil, mas no mundo todo, a industrialização e a urbanização que trouxeram com elas a liberação sexual da mulher e sua progressiva e necessária entrada no mercado de trabalho, o que fez com que declinasse definitivamente o modelo de família patriarcal. E é dentro deste conceito amplo de família, pensada e tida como uma entidade formada por laços de afeição mútua, que se torna possível investigar as organizações familiares formadas também por homossexuais.

2.3 CONCEITO MODERNO DE FAMÍLIA

Denota-se que até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família era limitado e taxativo, vez que o Código Civil de 1916 somente conferira o *status familiae* àqueles agrupamentos advindos do instituto do matrimônio.

Ademais, o modelo único de família era caracterizado como um ente fechado, voltado para si mesmo, onde a felicidade pessoal dos seus integrantes, na maioria das vezes, era preterida pela manutenção do vínculo familiar a qualquer custo, daí porque se proibia o divórcio e se punia severamente o cônjuge tido como culpado pela separação judicial.

Entretanto, com o advento da atual Constituição, bem como com os princípios em seu corpo preconizados, provocou-se uma profunda alteração do conceito de família, até então predominante na legislação civil. A partir daí, foi

possível atingir um tratamento igualitário no seio familiar, entre seus membros, tendo ainda inovado quanto ao afastamento do casamento como única condição da possibilidade de edificação de uma família.

A inovação presente no art. 226, § 3º, CF, conferiu igualdade entre as famílias derivadas do casamento para com as advindas da união estável, bem como as monoparentais, formadas por quaisquer dos pais e seus descendentes. Avulte-se que esta última foi tida por alguns juristas como “família incompleta”, mas que ganhou, *a posteriori*, a mesma força da família antes chamada legítima.

A dificuldade de se chegar a um conceito único de família está no fato de que este é influenciado por uma pluralidade de fatores, como a religião, os costumes e valores de um povo, região geográfica onde se situa, economia, dentre outros.

A única forma de compreendê-la seria à luz da interdisciplinaridade. Ademais, dentro do próprio Brasil podem-se encontrar diferentes valores que estejam enraizados ao conceito do que seja família.

Com a minimização do intervencionismo estatal, o próprio conceito de família foi modificado, tendo em vista que a instituição do casamento foi criada para organizar as uniões interpessoais, não mais cabendo a vultuosa fiscalização estatal na estrutura familiar.

Lima (1997, p.25) conceitua família como:

A instituição jurídica e social resultante das justas núpcias, contraídas por duas pessoas de sexos diferentes. Abrange necessariamente os cônjuges, mas para sua configuração não é essencial a existência de prole.

O jurista Leite (1997, p.11) define o instituto “família”, à luz do Direito, sob duas óticas, uma que abrange um sentido mais latu, em que a família seria um “conjunto de pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum”. E num sentido mais restrito, a família seria limitada aos “consangüíneos em linha reta (por ex., pais e filhos) e os colaterais sucessíveis, isto é, até o quarto grau”, reduzindo a palavra família ao *estrito sensu* de “família nuclear”.

Gomes (1999, p.34), acentua que família é a que se origina do casamento, do concubinato e da adoção, e daí surgiriam a família legítima, a natural e a adotiva. No entanto, entendia que a palavra família se restringia à definição da família

legítima, derivada do casamento, que, para ele, seria a única capaz de representar a “moralidade e estabilidade necessárias ao preenchimento de sua função social”.

Neste contexto, existia a definição de família legítima, que seria a decorrente do casamento, da família natural, que surgiria da união proveniente do concubinato, e a adotiva, originada dos laços da adoção.

Com os avanços tecnológicos e científicos, bem como com a globalização, as pessoas avançaram, acompanhando as mudanças e adaptando-se ao novo mundo. As formas de se comunicar foram estreitadas com a facilidade introduzida pela internet, e entre outros meios de comunicação. Os relacionamentos acontecem até mesmo no mundo virtual, aumentando assim as oportunidades dos encontros entre os humanos. Toda esta revolução influencia as relações familiares hodiernas.

Nas palavras de Farias (2007, p.4), “a arquitetura da família moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado”.

O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora e arremata dizendo que a proteção ao núcleo familiar deverá estar atrelada, necessariamente, à tutela da pessoa humana, através dos (democráticos) princípios gerais da Magna Carta.

Nessa linha de raciocínio, os Tribunais pátrios e a jurisprudência vêm alargando a definição da palavra família, em que a união entre pessoas do mesmo sexo também está incluída como entidade familiar convivente, declinada no texto constitucional. Assim, não só a união entre sexos opostos estaria incluída na união estável, mas também a de pessoas do mesmo sexo. Caso não se compreenda essa união como unidade familiar, existirá uma grave afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

É premente colacionar julgados dos variados Tribunais sobre a temática abordada:

HOMOSSEXUAIS. UNIAO ESTAVEL. POSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO. E POSSIVEL O PROCESSAMENTO E O RECONHECIMENTO DE UNIAO ESTAVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS, ANTE PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS INSCULPIDOS NA CONSTITUICAO FEDERAL QUE VEDAM QUALQUER DISCRIMINACAO, INCLUSIVE QUANTO AO SEXO, SENDO DESCABIDA DISCRIMINACAO QUANTO A UNIAO HOMOSSEXUAL. E É JUSTAMENTE AGORA, QUANDO UMA ONDA RENOVADORA SE ESTENDE PELO MUNDO, COM REFLEXOS ACENTUADOS EM NOSSO PAIS, DESTRUINDO PRECEITOS ARCAICOS, MODIFICANDO CONCEITOS E IMPONDO A SERENIDADE

CIENTIFICA DA MODERNIDADE NO TRATO DAS RELACOES HUMANAS, QUE AS POSICOES DEVEM SER MARCADAS E AMADURECIDAS, PARA QUE OS AVANCOS NAO SOFRAM RETROCESSO E PARA QUE AS INDIVIDUALIDADES E COLETIVIDADES, POSSAM ANDAR SEGURAS NA TAO ALMEJADA BUSCA DA FELICIDADE, DIREITO FUNDAMENTAL DE TODOS. SENTENCA DESCONSTITUIDA PARA QUE SEJA INSTRUIDO O FEITO. APELACAO PROVIDA. (TJRS, Apelação Cível N° 598362655, da 8ª Câmara Cível. Relator: Des. José Ataides Siqueira Trindade. Julgado em 01/03/2000).

RELACOES HOMOSSEXUAIS. COMPETENCIA DA VARA DE FAMILIA PARA JULGAMENTO DE SEPARACAO EM SOCIEDADE DE FATO. A COMPETENCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARACAO DE SOCIEDADE DE FATO DE CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO, E DAS VARAS DE FAMILIA, CONFORME PRECEDENTES DESTA CAMARA, POR NAO SER POSSIVEL QUALQUER DISCRIMINACAO POR SE TRATAR DE UNIAO ENTRE HOMOSSEXUAIS, POIS E CERTO QUE A CONSTITUICAO FEDERAL, CONSAGRANDO PRINCIPIOS DEMOCRATICOS DE DIREITO, PROIBE DISCRIMINACAO DE QUALQUER ESPECIE, PRINCIPALMENTE QUANTO A OPCAO SEXUAL, SENDO INCABIVEL, ASSIM, QUANTO A SOCIEDADE DE FATO HOMOSSEXUAL. CONFLITO DE COMPETENCIA ACOLHIDO. (TJRS, Conflito de Competência nº 70000992156, 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Jose Ataides Siqueira Trindade. Julgado em 29/06/2000).

Nesse contexto, os ministros do Supremo Tribunal Federal - STF, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. Decisão de 05 de maio de 2011.

Com decisão unânime, os ministros votaram pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

O ministro Ayres Britto (2011) argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, para concluir que “qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF”.

A família, assim, passa a ser tratada como instrumento para o desenvolvimento da pessoa humana, acolhendo a condição humana e democratizando a estrutura familiar. Busca-se uma verdadeira democratização das emoções da vida cotidiana: uma democratização das emoções é exatamente tão

importante quanto à democratização pública para o aperfeiçoamento da qualidade de nossas vidas.

O que se pode constatar é a importância do afeto, no mundo contemporâneo, como valor primordial a ser analisado ao se pretender conceituar um agrupamento humano como família, passando a ter como principal função, a de criar condições para o desenvolvimento da personalidade dos filhos, a fim de que se tornem dignos integrantes da sociedade, sabendo também respeitar a dignidade de todos. A felicidade, a solidariedade, o afeto, o amor entre os pares e entre pais e filhos é o que se busca quando se fala em entidade familiar.

Como forma de sedimentar a importância da família, o trecho da fala da professora Schreiber (2001, p.49), ao tratar da função da família, preleciona:

O papel da família é, pois, de significado incontestável para o desenvolvimento sadio da criança. Uma família centrada no afeto, seja qual for a sua composição externa, saberá lidar com os problemas da vida moderna e com as frustrações psicológicas que a todos alcançam, para administrá-las com equilíbrio.

Destarte, sem dúvida alguma, é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) o marco crucial de mudança do paradigma da família. A partir dele, tal ente passa a ser considerado um meio de promoção pessoal dos seus componentes. Por isso, o único requisito para a sua constituição não é mais jurídico e sim fático: o afeto.

O instituto família deixa de ser constituída pelo vínculo jurídico, como modelo único de família, para ter seu reconhecimento perante o ordenamento quando presente o *intuitu familiae*, o afeto como elemento volitivo de sua formação. Por isso, passa-se a depositar maior valia à dignidade de cada um dos integrantes da família e ao relacionamento afetivo existente entre eles do que propriamente à instituição em si mesma.

Nessa esteira, a entidade familiar ultrapassa os limites da previsão jurídica (casamento, união estável e família monoparental) para açambarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas onde permeie o elemento afeto (*affectio familiae*).

Em síntese, o ordenamento jurídico deverá sempre reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual os seus membros enxergam uns aos outros como seu familiar. Trata-se, em verdade, da *celula mater* da sociedade, do seu núcleo inicial,

básico e regular. É um microsistema social, onde os valores de uma época são reproduzidos de modo a garantir a adequada formação do indivíduo.

Portanto, família não é apenas uma instituição de origem biológica, é, sobretudo, um organismo com nítidos caracteres culturais e sociais que lhes são peculiares. Nas palavras da Professora Hironaka (2000, p.7), família é:

Uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos (...); a história da família se confunde com a história da própria humanidade

Nessa linha de intelecção, Tepedino (2001, p. 328) afirma:

A pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social

O professor Farias (2007, p.24) categoricamente ensina:

Reforça essa idéia ao proclamar que, nos dias de hoje, predomina um modelo familiar eudemonista, afirmando-se a busca da realização plena do ser humano. Aliás, constata-se, finalmente, que a família é locus privilegiado para garantir a dignidade humana e permitir a realização plena do ser humano.

Desse modo, conclui-se que a família advinda da Constituição Federal de 1988 tem o papel único e específico de fazer valer, no seu seio, a dignidade dos seus integrantes como forma de garantir a felicidade pessoal de cada um deles. A construção de sonhos, a realização do amor, a partilha do sofrimento, enfim, os sentimentos humanos devem ser compartilhados nesse verdadeiro lugar de afeto e respeito.

Ante o cenário de transformações, o próprio casamento deixa de ter importância tão somente pelo vínculo em si, para ser encarado como o melhor instrumento encontrado pelos nubentes para compartilharem o desejo de alcançar a felicidade.

A fidelidade passa a estar intimamente ligada ao respeito e o carinho mútuos, a confiança, a cumplicidade e não somente ao aspecto social. O dever de

coabitação segue esse mesmo trilhar: não é mais suficiente a mera convivência sob o mesmo teto conjugal para que ele esteja sendo corretamente respeitado. A boa convivência, constante, pacífica, respeitosa e ininterrupta, isto sim perfectibiliza a vida em comum.

É premente mencionar o pensamento de Lôbo (2009, p.2):

De outro norte, é premente observar que o art. 226, parágrafo 4º, da Constituição Federal, ao estatuir que "entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (grifo nosso), acabou criando uma cláusula geral de inclusão da família, no sentido de que esta entidade, antes reconhecida pela lei se constituída unicamente pelo casamento (*numerus clausus*), agora deve ser sempre reconhecida pelo ordenamento jurídico se restar caracterizado seu solitário elemento caracterizador, o afeto.

Noutro giro, é notório que o Superior Tribunal de Justiça- STJ, em julgados que envolvem lides atinentes ao bem de família, já reconheceu como entidade familiar a pessoa solitária (o *single*) e a comunidade formada por variados parentes, principalmente entre irmãos, conforme os seguintes julgados:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1.O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência. (STJ, Recurso Especial nº. 205.179-SP, da 5ª Turma Cível, Rel. Min. Gilson Dipp, Julgado em 07/02/2000)

EXECUÇÃO. Embargos de terceiro. Lei nº 8.009/90. Impenhorabilidade. Moradia da família. Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei nº 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. (STJ, Recurso Especial nº. 159.851-SP, da 4ª Turma Cível. Rel. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 19/03/1998).

Por fim, resta cabalmente demonstrado que a família deixou de ser um instituto fechado e individualista, para ser definida modernamente como uma comunidade de afeto, local propício à realização da dignidade da pessoa humana e, por isso mesmo, caracterizada como um ente voltado para o próprio homem, plural

como ele mesmo é. Já aquela exala democracia e abertura, assumindo uma postura multifacetária, não-discriminatória, natural e verdadeira.

2.3.1 O Reconhecimento Legal do Conceito Moderno de Família à Luz da Lei Maria da Penha

A lei nº 11.340/06 trouxe ao ordenamento jurídico nacional mecanismos de cunho objetivo e subjetivo para prevenir e reprimir a violência contra a mulher no âmbito familiar, doméstico e de relações íntimas; além de trazer para sua tutela os relacionamentos homossexuais, há muito discutidos e não solucionados. Assim, no que concerne à proteção da mulher, sem distinção de raça, crença, classe e orientação sexuais, usufruirão dos benefícios do diploma legal em análise.

Ao estatuir, em seu art. 5º, II, que a família deve ser "compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa" se tornou a primeira norma infraconstitucional a reconhecer categoricamente o conceito moderno de família, anteriormente discutido, imperando o afeto como propulsor do instituto. Nesta vertente, a referida norma consagra, pela primeira vez, no âmbito infraconstitucional, a idéia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim por vontade dos seus próprios membros.

Nesse cenário, impende destacar que, embora o *caput* do art. 5º da Lei mencione que o conceito de família aqui tratado valha apenas para os seus próprios fins, é sabido que tal conceito deve ser estendido para todo o ordenamento jurídico pátrio, e é o que tem sido observado nas mais diversas decisões e entendimentos judiciais.

Não obstante, a Constituição Federal foi ímpar e verdadeira responsável pela criação deste moderno conceito de família, não há que se olvidar acerca da imensa importância da previsão infraconstitucional do mesmo, para fins de incremento da segurança jurídica na resolução das lides forenses.

Em definitivo, este conceito legal acaba por expressamente reconhecer, no mundo jurídico, a união homossexual ou homoafetiva, isso por que a própria Lei Maria da Penha não deixa lacunas em seu conteúdo de que é possível considerar a

união homoafetiva como entidade familiar, ao dispor, no parágrafo único, do seu art. 5º, que "*as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual*" (grifo nosso).

Ressalte-se que, apesar do dispositivo supra transcrito tratar apenas do homossexualismo feminino, é óbvio que, com base no princípio constitucional da igualdade, tal regra também deve ser aplicada ao homossexualismo masculino, afastando por completo a incidência da famigerada Súmula nº 380, STF, determinando esta que as uniões homoafetivas não são sociedades de fato e sim entidades familiares, daí porque sua apreciação deve se dar sempre na Vara de Família, nunca em uma Vara Cível.

É importante frisar que a família como entidade social ultrapassa as barreiras jurídicas e que a partir de agora, o afeto dominará as relações que permeiam o tema, devendo o direito reconhecer como tal todo e qualquer grupo que assim se considere. Para corroborar este entendimento, dispõe Alves (2006):

A outra conclusão a que se chega é que esse conceito legal acaba por expressamente reconhecer, no mundo jurídico, a união homossexual (ou homoafetiva). Aliás, a própria Lei Maria da Penha não deixa dúvidas de que é possível considerar a união homoafetiva como entidade familiar ao dispor, no parágrafo único do art. 5º, que "*as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual*". Desde já, ressalte-se que, apesar do referido dispositivo tratar apenas do homossexualismo feminino, é óbvio que, com base no princípio constitucional da igualdade, tal regra também deve ser aplicada ao homossexualismo masculino.

Todos os projetos de lei que visem o reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares perderão razão de ser, bem como todas as ações que tenham o mesmo objetivo perderão seu objeto jurídico, tendo em vista que, a partir de agora, o principal vínculo para formação da família é o afeto, bastando que os sujeitos assim se considerem para serem considerados como tal.

Ainda seguindo a mesma linha de raciocínio expõe Dias (2010, p. 87) que:

Diante da expressão legal, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma unidade doméstica, não importando o sexo dos parceiros. Quer as uniões formadas por um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta identidade de gênero, todas configuram entidade familiar. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, fato é que ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros. Se também família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade. A partir da

nova definição de entidade familiar, não mais cabe questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo. Ninguém pode continuar sustentando que, em face da omissão legislativa, não é possível emprestar-lhes efeitos jurídicos [...]. Diante da definição de entidade familiar, não mais se justifica que o amor entre iguais seja banido do âmbito da proteção jurídica, visto que suas desavenças são reconhecidas como violência doméstica.

Percebe-se que as relações familiares se tornam muito mais verdadeiras, porque são construídas (e não impostas) por quem integram o instituto (e não por um terceiro, um elemento estranho, como o legislador). O ser, finalmente, supera o ter, fazendo com que o afeto torne-se o elemento irradiador da convivência familiar.

O relacionamento entre os familiares, portanto, ganha uma nova roupagem. Passa a ser mais aberto, democrático e plural, permitindo que cada indivíduo venha a obter, de fato, a realização da sua felicidade particular. Isto porque, se a Constituição consagrou a dignidade da pessoa humana como super princípio, assim o fez por ter encontrado na família pós-moderna um forte (talvez o principal) meio de sua propagação, pois é no âmbito familiar que o indivíduo cresce e adquire suas habilidades para a convivência social.

2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito das Famílias não ficou fora da constitucionalização do Direito Civil que vem ocorrendo no mundo jurídico, portanto, toda a legislação que trata da entidade familiar deve ser sempre interpretada visando à efetividade dos princípios constitucionais. Se as relações familiares se pautam agora na valorização do afeto, o caminho a ser trilhado pelo aplicador do Direito deve, necessariamente, ser a efetivação deste junto aos seus membros.

O magistrado não pode ser resumido a um singelo aplicador da lei, ou um mero operador do direito, ele tem que fazer valer o justo e dizer com quem está o direito, ser humano e igualitário, sendo esta é sua função maior: Identificar a justiça para o caso concreto, ter sensibilidade, criar jurisprudência, a qual irá servindo de norte para as situações que o legislador precisa normatizar.

É de grande alvitre que se elucide alguns dos princípios que norteiam esse novo modelo de família, posto que eles protegem e asseguram que ela, a família,

cumpra com seu papel junto a seus membros e a sociedade moderna. Os princípios mencionados são de fundamental relevância para que se possa interpretar o Direito das Famílias com sabedoria e justiça, vez que a Constituição Federal abarca, em seu conteúdo, valores expressos positivamente por meio destes:

2.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O art. 1º, III, CF, elenca o princípio da dignidade da pessoa humana. Por sua vez, esse princípio aglutina em torno de si todos os demais direitos e garantias fundamentais contidos na Carta Magna, iniciando-se pelo direito à vida, como direito supremo, percorrendo o direito à liberdade, até chegar à realização plena, ao direito de ser feliz.

O seu grande fundamento é valorizar a pessoa humana em si mesma, sem que ela seja meio ou fim para se chegar a quaisquer outros. A pessoa humana é o centro e a razão de ser da vida, a atriz principal, sendo considerado indispensável ao convívio social o respeito a tal princípio.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas – ONU traz em seu bojo que todo ser humano, enquanto dotado de razão e consciência, possui dignidade, que é inerente a ele e não lhe pode ser tirada, sendo esta irrenunciável e inalienável e constituindo elemento que qualifica a pessoa humana como tal. (ONU, 1949).

Ao passo, necessário se faz mencionar o significado, do valor que existe na expressão “dignidade”, segundo Sarlet (2001 p. 40):

Dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar a possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida à dignidade. Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode e deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida.

Nas palavras de Kant (1986 *apud* PENA JÚNIOR, 2008, p.10):

Dignidade é à base de todos os valores morais, a síntese de todos os direitos do homem, é tudo aquilo que não tem preço e que não pode ser objeto de troca. [...]. No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade, como equivalente; mas, quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.

A dignidade é um valor moral intrínseco à pessoa humana, não sendo possível conceber que o Estado passe por cima, ou usurpe-o, tal valor, mesmo diante de sua supremacia, não podendo jamais, em qualquer hipótese limitar o uso da liberdade individual. Ao contrário, o Estado deve ser o ente que assegura os direitos humanos, permitindo que o homem possa, através de sua liberdade, conduzir sua vida pautada na felicidade e nos valores éticos e morais.

O ser humano tem o livre arbítrio e o livre direito de sonhar e buscar concretização destes, fazendo suas escolhas livremente, a fim de se chegar à felicidade plena, uma felicidade personalíssima. Busca-se o bem comum, e a forma de alcançá-lo é permitindo que o valor dignidade seja respeitado por todos.

Hodiernamente, tudo gira em torno da dignidade da pessoa humana e do valor solidariedade. Nas últimas decisões dos Tribunais Pátrios, independentemente da matéria que se esteja discutindo, o princípio da dignidade humana se faz presente, fundamentando a pretensão jurídica almejada pelo cidadão.

Nesse talante, decisões proferidas pelos Tribunais Pátrios, a exemplo o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que teve como relator o desembargador Nepomuceno Silva, versam:

ADOÇÃO. ELEMENTOS E CIRCUNSTÂNCIAS DOS AUTOS. DIREITO FUNDAMENTAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CANCELAMENTO DO ATO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EM ABSTRATO, NO CASO CONCRETO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA / SOCIOLÓGICA. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. TEORIA DA CONCREÇÃO JURÍDICA. TÉCNICA DA PONDERAÇÃO INTEGRAL, COM ABSOLUTA PRIORIDADE. SENTENÇA ANULADA. RECURSO PROVIDO. (TJMG, AC. 1.0056.06.132269-1/001, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Nepomuceno Silva. Julgado em 09/01/2008)

O princípio da dignidade da pessoa humana é tão importante que até mesmo aquele que não o conhece merece e é digno de tê-lo em sua proteção, ao seu favor.

Sobre dignidade, Sarlet (2001, p.60) a define nos seguintes termos:

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

Para se construir um ente familiar, bem como uma sociedade justa e igualitária, fundada em valores, pautada no amor, na felicidade e na solidariedade, não se pode esquecer que a dignidade da pessoa humana deve ser o elo central para a construção desse fim maior. A observância de tal princípio e a sua aplicabilidade é essencial para se concretizar os demais princípios constitucionais, bem como o Direito das Famílias.

2.4.2 Princípio da Afetividade

O afeto vem sendo o grande alicerce das relações familiares. Caso esse passe a deixar de existir, perde-se todo o sentido de se manter unido um ao outro. Ele é o sentimento fundamental para o sucesso e o equilíbrio das relações familiares, vez que permite a aproximação natural entre seus membros, proporcionando a harmonia na relação, a alegria e o prazer da convivência.

Segundo Welter (2009, p. 113):

O desenvolvimento, a evolução da afetividade no meio social depende exclusivamente da construção, aperfeiçoamento da inteligência, assim como o desenvolvimento da inteligência depende do fortalecimento da afetividade.

Importante lembrar que receber amor, afeto, é de extrema importância para a vida de qualquer pessoa, influenciando diretamente na personalidade do indivíduo e, quando de sua falta, verificam-se várias consequências, como depressão, dificuldade de aprendizagem e baixa auto-estima, que podem levar ao consumo de álcool e de outras drogas.

E foi nesse sentido que a Carta Magna de 1988 veio permitir o fim do vínculo matrimonial através do divórcio, permitindo que as relações fadadas ao fracasso

pela ausência do afeto e do amor não se tornassem ainda mais sofridas com a falta do respeito mútuo.

Dias (2010, p. 61) ressalta que a Constituição Federal de 1988 “assegurou proteção para a afetividade, embora não o tenha disposto expressamente em seu texto constitucional”.

Há de se ressaltar que o princípio da afetividade também se encontra assegurado pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (artigo 227 caput da Constituição Federal de 1988), “uma vez que este assegura o direito à dignidade, saúde, convivência familiar, entre outros direitos que são de responsabilidade do Estado e da família” (ROSSOT, 2009, p. 16).

A ninguém seja obrigado permanecer numa relação sem que exista afeto, devendo os pares buscar sempre o convívio harmonioso, aconchegante, que promova a felicidade e que prevaleça a paz e harmonia familiar. O afeto é capaz de unir e separar as pessoas, sendo assim a maior referência para as entidades familiares.

Dias (2010, p.5), ensina:

Agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento, nem a diferença de sexo do par ou envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a identificação de um vínculo afetivo a unir pessoas, gerando comprometimento mútuo, solidariedade, identidade de projetos de vida e propósitos comuns. Enfim, a busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejaram o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida

O sentimento do novo Direito das Famílias é o afeto, na medida em que é capaz de legitimar relações fáticas, tornando-as legais e geradoras de direitos e deveres. Antes, somente era filho quem nascesse do mesmo material genético, contendo laços de consanguinidade. Atualmente, a relação do estado de posse de filho foi elevada à filiação socioafetiva, legítima e tão forte como a filiação biológica. A adoção é fundada nos laços afetivos, constituindo-se no verdadeiro instituto do amor e igualando-se em direitos aos outros tipos de filiação, paternidade socioafetiva, paridade entre os filhos, independentemente da procedência, assistência recíproca entre pais e filhos, todas alicerçadas pelo princípio da afetividade, a maior descoberta feita pelo Direito de Família.

Rossot, (2009, p. 08) entende que:

O afeto, sentimento esse que invadiu e passou a fazer parte da vida dos seres humanos, nada mais é do que uma troca recíproca entre os sujeitos de cuidados e de atenção, buscando apenas o bem da outra pessoa, ou seja, é a forma de expressar sentimentos e emoções

As decisões pátrias majoram no sentido de reconhecer a relação familiar em face do liame afetivo, como de fato ocorreu no Tribunal Mineiro:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE IRMANDADE SOCIOAFETIVA. VÍNCULOS DE PARENTESCO DE NATUREZA FRATERNAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, AUSÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

Adotando-se uma interpretação sistemática da Constituição da República, não se pode olvidar que a concepção de família encontra-se atrelada aos direitos e garantias fundamentais e, claro, ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. Além disso, mormente por ser a família uma realidade sociológica, que transcende o Direito, não resta dúvida de que a Constituição da República, especialmente em seu art. 226, consagra uma concepção aberta de família, a qual deve ser apurada mediante as peculiaridades de cada caso concreto. Nessa toada, levando-se em conta que a família contemporânea não se restringe a modelos fechados, tendo ainda, por sustentáculo a afetividade pelo menos, em tese, possível, seja porque inexistente vedação que impeça a busca dos pretensos direitos, seja porque a pretensão encontra-se alicerçada em interpretação plausível de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. (TJMG, Apelação Cível nº 1002405816329-6/001. Rel. Des. Maria Elza. Julgado em 13/6/2006).

Pode-se dizer que a afetividade “é o princípio que fundamenta 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” (LÔBO, 2009, p. 8).

A afetividade é considerada a essência, elemento definidor do grupo familiar, ou seja, esse sentimento que dá vida à família, sendo a criação e o desenvolvimento do afeto funções da família, porquanto através desse sentimento proporciona-se ao ser humano “respeito, liberdade e a igualdade” (NOGUEIRA, 2001, p. 54).

Ante o exposto, é convicto que o Direito de Família renasce, ressurgue com muita força, graças à grandiosidade do afeto, norteando as relações de família e a vida das pessoas.

2.4.3 Princípio da Unidade Familiar

O princípio retrata a preservação da unidade familiar, não se confundindo esta com a convivência ou mesmo com a eventual ruptura dos genitores. É um elo que se perpetua, independentemente da relação dos genitores quer unidos, convivendo juntos ou separados de fato.

O poder familiar, por sua vez, também poderá ser exercido pelos pais, mesmo que não mais convivam sob o mesmo teto. No caso de ser constituída uma nova família por parte de algum dos genitores, a lei põe a salvo qualquer espécie de interferência do novo parceiro na relação entre pais e filhos, exatamente por que o princípio norteador dessa proibição é conformado ao princípio da prioridade absoluta dos interesses da criança e do adolescente, funcionando estes como principais e os genitores como acessórios, devendo permanecer unidos, no sentido de unir esforços para o bem maior, qual seja o da prole.

O elo entre pais e filhos é de uma peculiaridade e força que independe da etapa de desenvolvimento do filho, até mesmo do estado civil dos pais. Por tal razão diz-se sabiamente que não existe a classe dos “ex-filhos”.

A unidade da família tem um sentido complexo, tem um papel também extramatrimonial: ela se concretiza não somente na constância do casamento, mas também em formas diversas, na hipótese de dissolução do casamento ou de separação pessoal. A unidade tem uma própria relevância, seja no momento fisiológico, seja naquele patológico da vida familiar, isto é, enquanto existir uma comunidade, ainda que materialmente separada (a comunhão entre os cônjuges é material e espiritual), que deve prosseguir a função à qual é destinada (o desenvolvimento da personalidade dos componentes que ficaram unidos), ainda que de forma reduzida. A comunidade familiar mostra-se, nessa ótica, como um conjunto de relações jurídicas mesmo depois de sua dissolução.

Visando, assim, transportar para o campo prático o princípio em voga, cabe citar o entendimento jurisprudencial que foi exposto nos julgamentos proferidos pelo Tribunal gaúcho e mineiro, respectivamente:

Apelação cível. Suspensão do pátrio poder. Considerando-se o teor dos estudos técnicos, que ressaltaram não ser recomendável, por ora, o contato

do adolescente com sua mãe - devendo assim ocorrer somente quando corresponder à vontade e iniciativa daquele, que se encontra bem adaptado em companhia do pai - bem como não serem suficientes para a destituição do pátrio poder os episódios conflituais enfrentados pelas partes (assim como os problemas de ordem mental enfrentados pela apelante, que já estão melhor controlados) impõe-se a parcial procedência da ação, suspendendo-se a genitora do pátrio, e mantendo-se o menino sob a guarda do genitor. É preciso ter presente que o pátrio poder enfeixa, na atual perspectiva do direito, muito mais um conjunto de deveres do que de direitos ou poderes dos genitores. Desproveram o apelo. (TJRS - Apelação Cível nº. 70004813713/2002, da 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos).

Direito de visitas. Pai. Abuso sexual indemonstrado. Regulamentação.

1. Como decorrência do pátrio poder, tem o pai não-guardião o direito de avistar-se com o filho, acompanhando-lhe a educação, estabelecendo com ele um vínculo afetivo saudável. 2. a mera suspeita - não comprovada - de abuso sexual não pode impedir a convivência entre pai e filho, mormente quando essa suspeita é motivada fundamentalmente pelos conflitos pessoais vividos pela genitora. Eventual orientação sexual precoce do pai ao filho reclama a reeducação do genitor e não a privação das visitas. Recurso improvido (TJMG - Apelação Cível nº. 7005248604/2002, da 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Sérgio Fernando Vasconcelos Chaves).

Como se constata, os julgados supramencionados ratificam a idéia da unidade familiar, independentemente do estado civil dos genitores.

2.4.4 Princípio da Cidadania

A Carta Política de 1988 foi intitulada como "Constituição Cidadã", rompendo com o estado de repressão e momentos de exclusões vividos pelo povo brasileiro, algo que também acontecia em muitos outros países. A democracia impera, de forma absoluta, ao lado da cidadania e demais sentimentos que nos levam a ter o afeto como expressão maior da vontade de construir uma entidade familiar.

Com relação ao Direito de Família brasileiro, ele também foi alvo dos reflexos produzidos por este princípio, na medida em que é fundado na Constituição Federal e presenteado pelos nossos arranjos familiares, através da família monoparental e da união estável.

Cidadania, nas palavras de Pena Júnior (2008, p.13) é:

É o valor de grande importância para a vida em sociedade, é sinônimo de inclusão, principalmente de afeto, não permitindo que se exclua do laço social aquele que é diferente. Por meio dela, aprendemos a conviver com as diferenças e a respeitar o modo de ser de cada pessoa (isso é democracia), permitindo a todos o direito à convivência e às mesmas oportunidades.

[...]

A Constituição Federal traz em seu art. 1º, II o princípio da cidadania e em seu art. 226, *caput*, a sua grande expressão, junto ao Direito de Família, quando, ao mencionar sobre a constituição da família, exclui o termo "constituída pelo casamento", que constava no art. 175 da Constituição de 1967/69.

A família contemporânea e moderna é regida pelo afeto, e este comanda a aplicação da cidadania, que nos leva a uma sociedade livre, mais justa e solidária. Desta feita, constata-se que ambos, afeto e cidadania surgem de maneiras justapostas, de forma que um edifica o outro.

2.4.5 Princípio da Ética

Não há como deixar de se ter a noção de ética nas relações familiares, posto que em todo o seio da sociedade ela tem aplicação obrigatória em prol de um desenvolvimento sadio de todos os seus membros.

A ética, para ganhar um mínimo de consenso, deve brotar da base última da existência humana. Esta não reside na razão. Na essência está o amor, e é através dele que se compreende o valor das coisas. O maior valor dos seres é o que os torna digno de fato.

É usando o equilíbrio que as famílias humanas devem ser edificadas, pautando-se numa ética que deve sempre se estruturar em volta dos valores fundamentais ligados à vida, ao seu cuidado, ao trabalho, às relações, à cultura da não-violência e da paz.

2.4.6 Princípio da Pluralidade das Formas de Família

É um dos princípios mais importantes do Novo Direito de Família, atualmente conhecido como “Direito das Famílias”, na medida em que permite a expressão de qualquer forma de representação social da família, assegurando-se o reconhecimento e a proteção estatal indistintamente.

As entidades familiares mencionadas no art. 226 da Constituição Federal devem ser encaradas apenas como um rol exemplificativo, um norte dos modelos de família, não pretendendo, assim, excluir novos e diferentes arranjos que possam vir a nascer das modernas relações sociais.

É nesse sentimento de acolher o outro, o diferente, o novo, que aplica-se o princípio em foco para não se ter um conceito limitado de família, mas, ao contrário, permitir que novos agrupamentos sejam também acolhidos como entidade familiar, desde que regidos pela sua mola propulsora, o afeto.

2.4.7 Princípio da Consagração do Poder Familiar

Conforme anteriormente salientado, o poder familiar, que antigamente era chamado pátrio poder também passou a ter novo conceito e uma nova aplicação. Nesse contexto, o princípio de superioridade do *pater familias*/exercício absoluto do poder marital, ficou em desuso, sendo consagrado o poder familiar após o advento do diploma Civil, em seus artigos 1.630 a 1.638.

Diniz (2008, p.23) explica perfeitamente o princípio em estudo aduzindo que “o princípio da consagração do poder familiar, substituindo o marital e o paterno, no seio da família, é atualmente considerado poder-dever de dirigir a família e exercido conjuntamente por ambos os genitores”.

Outrossim, o supracitado princípio norteia/direciona os pais, no que concerne o seu poder-dever e quanto ao sentido que a família deve seguir.

3 DO PODER FAMILIAR E DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A nomenclatura poder familiar substituiu o termo pátrio poder, previsto no Código Civil anterior. A alteração adveio em face das modificações que a entidade familiar, bem como o próprio instituto família vinham sofrendo, ratificando incontestavelmente um dever de paternidade que não exige tão somente a autoridade do pai, mas primordialmente seus afetos e cuidados para com os seus filhos.

Conforme abordado no Capítulo inaugural, o conceito dado às famílias mudou significativamente, posto que o antigo modelo de família patriarcal decaiu, e, em contrapartida, com o advento da Constituição Federal de 1988 imperou a igualdade jurídica entre homens e mulheres.

Atualmente, não se fala mais em poder do pai. O poder é da Família. Ambos, pai e mãe detêm os mesmos poderes, direitos e deveres, exercendo-os conjuntamente, numa única preocupação: a de proteger a criança e o adolescente, objetivando proporcionar-lhes condições morais, espirituais, materiais e sociais, para desenvolver-se como Pessoa Humana. Esta é a preocupação precípua e fundamental.

Os cuidados, por sua vez, são meios de conceder aos filhos condições eficazes para seu desenvolvimento junto à sociedade, para que, só assim, possam participar desta na condição de cidadãos. O poder familiar vai muito além do dever de cuidado dos pais em relação aos filhos.

O art. 1.630, CC, manteve a autenticidade do antigo art. 379 do Código anterior, fazendo constar em seu texto que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. Assim, houve certo equilíbrio ao estabelecer os deveres dos pais e os direitos dos filhos, de forma a não ser dada liberdade desregrada aos filhos, tampouco uma autoridade sem limites aos genitores.

O poder familiar se trata de um *múnus público*, posto que o Estado tem interesse em prever e estabelecer normas sobre seu exercício, regulamentando a atuação do poder dos pais na pessoa dos filhos. Não se pode olvidar também que o Estado, em sua Carta Política, mais precisamente no art. 227, *caput*, desta, prevê a discriminação de inúmeros direitos em favor da criança e do adolescente, os quais devem ser a toda evidência, observados no exercício do poder familiar: direito à

vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, entre outros. A incumbência é ressaltada ainda no art. 229 da mesma Carta, porém de forma genérica e sucinta.

3.1 PODER FAMILIAR: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, TITULARIDADE, EXTINÇÃO, SUSPENSÃO E PERDA

O pátrio poder, poder familiar ou pátrio dever, tem como característica primeira a de ser um *múnus público*, ou encargo. Ao Estado interessa o seu bom desempenho, tanto que existem normas sobre o seu exercício ou sobre a atuação do poder dos pais em relação aos filhos.

Lôbo (2009, p.144) assevera que:

O poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em *múnus*, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir. O poder familiar, concebido como *múnus*, é um complexo de direitos e deveres. O poder familiar não é mais o âmbito de competência delegada ou reconhecida pelo Estado para o exercício de poder. Assim, a cada dever do filho corresponde um direito do pai ou da mãe; a cada dever do pai ou da mãe corresponde um direito do filho.

Outra característica do poder familiar é que o mesmo é irrenunciável, e os pais não podem transferi-lo, visto que se trata de um vínculo entre pais e filhos, permitindo-se, entretanto, em caso de adoção, onde os pais são destituídos do poder familiar. Os pais que consentem na adoção não transferem o poder familiar, mas o renunciam.

O poder familiar é indivisível e imprescritível. Tendo em vista que, o que se divide são apenas as incumbências/responsabilidades em casos de pais separados. Quanto à prescritibilidade, não se opera, pois que o poder familiar não se extingue, exceto nos casos previstos em lei. Outrossim, o poder familiar é indispensável ao cumprimento das atribuições dos pais, sendo estas relativas ao sustento e educação dos filhos, visando, primordialmente a formação da personalidade dos filhos e, por isso, não podem ser cerceados em determinados atos.

Preceitua Venosa (2004, p.723) que “o poder familiar é indisponível, decorrente da paternidade natural ou legal, não pode ser transferido por iniciativa dos titulares, para terceiros”.

Com relação à titularidade, o artigo 226, § 5º, CF aduz que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, logo, o poder familiar pode ser exercido em igualdade de condições pelos pais. Nesse talante, o artigo 21 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) dispõe *in verbis*:

Art. 21: O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

O Código Civil não se afastou deste entendimento, ratificando-o em seu artigo 1631:

Art. 1631- Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurada a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo

Ademais, o art. 1.636, CC preceitua que o pai ou mãe que contrai novas núpcias ou estabelece união estável não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro, constituindo outro fundamento da incomunicabilidade ou dissociabilidade entre o poder familiar e o estado civil dos pais, em particular, quando ocorre recomposição da família. Fala-se em ex-marido e ex-esposa, mas nunca em ex-filho.

Nos casos de quebra do vínculo matrimonial, ou em sua ausência, o poder familiar será exercido normalmente, sem grandes dificuldades, com pai e mãe, conjuntamente, exercendo-o, independentemente de com quem se encontre o filho.

A liberdade conferida ao casal de construir ou não relação conjugal, bem como de extinguir ou dissolver seu vínculo, visando contrair novas núpcias ou estabelecer outra união estável, não pode ser confundida com a relação de afetividade entre pais e filhos. Uma coisa é o poder familiar, outra, completamente

distinta, é a liberdade de recomposição da família, em que os pais ficam livres para formar nova família.

A indissolubilidade do vínculo filial fundamenta-se no fato de que todas as relações humanas devem ser pautadas no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Santos (2004, p.162), ao mencionar o princípio da dignidade da pessoa humana, diz que:

Deve ser compreendido como o fio condutor de todo o sistema jurídico constitucional. É um princípio de inclusão, pois dirige-se ao homem concreto e individual com necessidades reais e que luta para conquistá-las. Portanto, privilegia, protege, realiza e insere a pessoa na realidade social.

O instituto da guarda modificou-se, no que diz respeito à possibilidade da guarda compartilhada, em que estes se revezam na posse do filho, ratificando o exercício conjunto do poder familiar pelos genitores.

Portanto, o poder familiar é exercido em igualdade de condições. Quando não houver concordância entre os pais, as dúvidas deverão ser redimidas pelo Poder Judiciário que determinará solução à lide em questão.

Não se pode olvidar que a liberdade proclamada, oriunda das relações de afeto entre pais e filhos, é oriunda da idade e da maturidade da criança, em conformidade com o desenvolvimento de sua capacidade e personalidade, por tratar-se de pessoas em desenvolvimento. Neste enfoque, o entendimento majorante corrente é no sentido de que a liberdade do filho encontra limites nos direitos dos pais, bem como a liberdade dos pais encontra limites nos direitos dos filhos.

No tocante à extinção do poder familiar, o Código Civil dispõe, *in verbis*:

Art. 1635 – Extingue-se o poder familiar:

I – pela morte dos pais ou do filho.

II – pela emancipação, nos termos do artigo 5º, § único do Código Civil.

III – pela maioridade.

IV – pela adoção.

V – por decisão judicial, na forma do artigo 1638, quando da perda familiar quando o pai ou mãe castigam imoderadamente o filho ou o coloca em situação de abandono ou o expõe à situação de risco e de imoralidade.

[...]

A morte extingue o poder familiar, pois não existe mais o sujeito ativo do direito discutido. Isto somente ocorre quando os dois genitores falecerem, e então

teremos a extinção do poder familiar, sendo necessária a nomeação de um tutor para o menor. Caso um deles sobreviva, o poder familiar concentrar-se-á neste.

A emancipação, em qualquer de suas formas, torna o filho maior de idade para efeitos civis. Atingida a capacidade civil, não há mais necessidade de permissão dos pais para a realização de determinados atos.

A maioridade é alcançada aos dezoito anos de idade, momento em que os direitos civis são plenos conforme legislação pátria.

Quanto à adoção, esta extingue o poder familiar, que é concedida se os pais renunciarem ao poder familiar ou se houver sentença declarando a perda ou extinção. O poder familiar transfere-se aos pais adotivos.

A redação do artigo 1637 do Código Civil determina que se suspenda o poder familiar quando se verificar, na figura dos pais, o abuso de autoridade, a falta de cumprimento dos deveres por negligência, incapacidade, impossibilidade de seu exercício, omissão habitual no cumprimento, ou, ainda, quando há a dilapidação dos bens dos filhos ou condenação pós-sentença irrecorrível. Quando esta é cumprida, restaura-se o poder familiar. Dependem de decisão judicial, onde o juiz terá grandes parâmetros para decidir de acordo com o caso em concreto. O procedimento da suspensão do poder familiar deve ser feito através de um pedido em que conste a situação do filho e as atitudes dos pais que foram prejudiciais. Se suspenso o poder familiar, os genitores perdem todos os direitos em relação aos filhos e seus bens.

Máxime será motivo de suspensão quando o filho é deixado em estado habitual de vadiagem, mendicidade, libertinagem, criminalidade, ou tendo os seus responsáveis colaborado para tal situação, mesmo quando eles não se mostrarem capazes de oferecer uma vida de razoável dignidade humana aos filhos; quando se mostrarem também incapazes de proporcionar um lar ou moradia, a alimentação sadia, ou não envidarem esforços para mantê-los distantes das más companhias, da desocupação constante e diária, e nem se preocuparem em oportunizar-lhes a matrícula e freqüência em estabelecimento de ensino.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor sobre certas obrigações incumbidas à pessoa dos pais, de pronto, prevê a suspensão do poder familiar se desatendidas às mesmas. O art. 22 exemplifica, em rol taxativo, os encargos básicos/elementares que os pais devem ter: "Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais". Prevê também que

a falta de possibilidade material não pode ser motivo para a suspensão ou perda do poder familiar. Artigo 23, *in verbis*, “a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder”.

Com a interdição de um dos pais, embriaguez habitual, vício em drogas, prática de crimes contra o patrimônio, declaração de ausência, vadiagem, entre outros, uma vez constatado que está prejudicando a formação física e emocional dos filhos menores, desencadeará a suspensão do poder familiar, a ser decidida pelo juiz competente.

Por fim, é perfeitamente possível ocorrer a suspensão por determinação judicial quando o filho está institucionalizado, situação em que os pais não arcaram com suas obrigações, pois se assim não fosse, estes filhos jamais estariam institucionalizados.

Quanto à destituição do poder familiar, esta ocorre quando os pais infringem de maneira grave seus deveres diante de seus filhos, ocorrendo a perda do poder familiar. Sua previsão legal encontra-se no artigo 1638 do Código Civil, que disciplina a perda do poder familiar quando pais castigarem imoderadamente os filhos. Este castigo não pode ultrapassar as justas medidas, exigido para a situação de infração, não se permitindo excessos quanto à integridade física e psíquica da criança ou adolescente. As correções devem ser comedidas, sensatas, o suficiente para que a conduta do filho seja repelida na medida certa. Deixar o filho em abandono, seja este de natureza material, moral, alimentar, educacional, enfim, todo tipo de abandono que venha a prejudicar a formação da personalidade da criança ou adolescente.

Aduz Rizado (2006, p.612) que:

Inúmeros são os casos de menores abandonados, sem habitação, vadios, mendigos, liberados, entregues à própria sorte, perambulando pelas ruas e dormindo em locais públicos. Mesmo a instigação à mendicância é motivo de perda do poder familiar, pois significa expor o menor às humilhações e ofensas à dignidade humana. Maior é a gravidade quando se impõe o convívio com a delinquência, em casas povoadas de marginais, assistindo a prática de crimes, como o consumo e o tráfico de drogas, a prostituição e os constantes atritos físicos e refregas entre os pais.

Infelizmente, a realidade é que ou aplica-se a lei e suspende-se o poder familiar e processam-se criminalmente os pais, ou jamais terão a noção da responsabilidade de se ter um filho.

Pode ser imputada a perda do poder familiar quando os pais praticarem atos contrários à moral e aos bons costumes, incidirem, reiteradamente nas faltas de suspensão de poder familiar, tais como abuso de autoridade, falta aos deveres pelos pais, por negligência, incapacidade, impossibilidade de seu exercício, ou omissão habitual no cumprimento, ruína ou dilapidação dos bens dos filhos e condenação criminal irrecorrível, com pena de prisão superior a dois anos.

É salutar observar-se que a perda do poder familiar em relação a um filho estende-se aos demais filhos da mesma mãe e do mesmo pai. Trata a espécie de perda do poder familiar como encargo em si, e não em função dos fatos relativos a um filho.

Com relação à perda do poder familiar, pode haver restrições, não havendo a necessidade de declarar-se a sua totalidade, o mesmo ocorre com a suspensão.

Preceitua Venosa (2007, p. 383):

Em sede de suspensão ou perda do poder familiar, cabe sempre ao juiz, avaliando a urgência e a necessidade que a situação requer, sempre em prol do que melhor for para o menor, usar de seu poder geral de cautela, determinando medidas provisórias, deferindo e determinando a busca e apreensão e a guarda provisória dos menores a terceiros ou a estabelecimentos idôneos, enquanto a matéria é discutida no curso do processo. Lembre-se de que a suspensão do poder familiar suprime alguns direitos do genitor, mas não o exonera de prestar alimentos.

Aquele que foi destituído do poder familiar poderá requerer judicialmente a reintegração, quando provado que as medidas tomadas cessaram o cenário gerador da situação de perda. Na realidade, esta é uma situação que deve ser muito bem ponderada e analisada para que não exista prejuízo algum para a criança ou adolescente, visando sempre sua proteção.

3.2 O PODER FAMILIAR FRENTE AO DIREITO BRASILEIRO

Para que as crianças e adolescentes cresçam de forma saudável, fundada em valores morais e éticos, integrantes da sociedade e cidadãos de fato, é imprescindível que os pais preocupem-se com a educação, criação, companhias, estudos, afazeres, aprendizado, cultura, os mantenha sob sua companhia e guarda,

estando sempre presentes, dando o apoio que a criança e o adolescente carecem, sem violar os limites de seus poderes. Os pais devem agir de maneira que a correção seja equilibrada, ponderada e sábia.

Quanto à pessoa do filho, o artigo 1.645 do Código Civil, elenca várias obrigações, *in verbis*:

Art. 1.645: Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

III – conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V – representá-los, até aos 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

[...]

É salutar que a atuação dos pais seja constante. Contudo, o castigo por atitudes e condutas fora do padrão exigido, não deve colocar em risco a vida de seus filhos. Muitas vezes, a falta de discernimento e maus exemplos, a começar na própria família, levam ao desatino, à rebelião e à falta de respeito, gerando a necessidade de aplicação de correções mais severas, na intenção de coibir a reiteração de tal comportamento.

A legislação pátria menciona a necessidade de os pais dirigirem aos filhos a criação e a educação, referindo-se a regras e condutas, emoldurar o caráter e as idéias, formar o indivíduo de maneira compatível com sua condição sócio-econômica, a fim de fazê-lo uma pessoa útil e digna na vida em sociedade.

Quando os pais deixam de prover às necessidades de subsistência dos filhos, no que toca à educação (instrução primária do filho em idade escolar) ou não lhes proporcionando os recursos necessários à subsistência, cometem os crimes de abandono intelectual e material, previstos nos artigos 246 e 244, CC, respectivamente.

O direito de guarda assegura meios para que o filho seja observado quanto ao comportamento, aos relacionamentos, às companhias e atitudes. Esse direito de companhia e guarda significa que um filho menor não pode deixar o lar familiar sem a prévia autorização dos pais.

A legislação determina que os pais sejam pessoas indicadas para o consentimento ou não do casamento, sendo assim, podem estes conceder-lhe, ou negar-lhes, consentimento para casarem.

Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, significa que quem detém a guarda legal obtém instrumentos, meios para a reclamação, ou seja, através da busca e apreensão de menor.

Alguns Tribunais têm entendido que a guarda é natural e que não existe a necessidade de estabelecê-la para um dos pais em detrimento do outro. Algumas crianças e adolescentes acabam ficando em situação de risco, quando, nos casos de pai e mãe separados, um destes resolve não mais devolvê-lo ao responsável, infringindo ao que fora pactuado judicialmente.

Quanto aos serviços próprios, estes são os compatíveis com a idade, os horários em que são exercidos, onde o filho coopera com os pais, sem a infração ao que a lei determina.

Por fim, no que diz respeito aos bens, advindos de herança ou por meio de doações, pertencentes aos filhos, presume-se que estes não possuem capacidade de administração plena, sendo necessária a intervenção dos responsáveis legais, sendo estes considerados administradores de tais bens, onde na falta de um, ficará o outro, em casos de falecimento.

A referida administração não autoriza a alienação, e tão somente atos como locação, aplicação dos valores, pagamento de impostos, ou seja, aqueles que a lei define como atos de administração. Nos casos em que os bens do menor não puderem ser administrados pelos pais, deverá ser nomeado pelo juiz um curador para os atos. Para alienação dos bens, há necessidade de autorização judicial, de acordo com o artigo 1691, do mesmo Código. Quanto ao usufruto dos bens dos filhos, a lei enumera os que são excluídos, no artigo 1693 do Código Civil.

3.3 A PROTEÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FACE AO PODER FAMILIAR

As Convenções Internacionais e a Declaração de Genebra de 1924 influenciaram bastante no surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei

nº 8.069/90), vez que já determinavam necessidade de a criança e do adolescente ter uma proteção diferenciada. Em seguida, surgiram legislações esparsas, que abrangiam alguns direitos referentes às crianças, mas não de forma integral, como se denota, atualmente, no Estatuto da Criança e do Adolescente. Posteriormente surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que abordou com profundidade o interesse da criança e do adolescente; todavia, devido aos avanços e busca da sociedade viu-se a necessidade de existência de um estatuto, que protegesse a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e deveres.

Preceituam Cury, Marçura, Paula (2002, p. 21):

A doutrina de proteção integral inspira-se na normativa internacional, materializada em tratados e convenções, especialmente os seguintes documentos:

a) Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança; b) Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing); c) Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade; e d) Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad).

Neste sentido, preleciona Nogueira, (2001, p. 17):

A necessidade da proteção integral da criança e do adolescente foi enunciada na Declaração dos Direitos da Criança, em Genebra, de 1924, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos estatutos das agências especializadas e organizações sociais interessadas no bem estar da criança.

Conforme se observa na leitura do artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, este diploma legal surgiu a fim de dispor sobre a proteção integral da criança e do adolescente ante a influência social e a exigência da sociedade em uma lei específica para proteger a criança e o adolescente perante suas necessidades.

Cury, Marçura, Paula (2002, p. 19), dizem:

O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma consequência natural da Constituição Federal de 1988; o legislador constituinte, em seu artigo 227, caput, vinculou a legislação ordinária à concepção integral ao afirmar que crianças e adolescentes tem direitos que podem ser exercitados em face da família, da sociedade e do Estado.

A Constituição Federal já previa a necessidade de uma norma de proteção integral à criança e ao adolescente, tendo o ECA sua diretriz nesta.

Dias (2010, p. 383) entende:

O Estatuto da Criança e do Adolescente, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto. Deixou de ter um sentido de dominação para tornar-se sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles.

Ao analisar as disposições previstas no ECA, constata-se que o legislador preocupou-se em especificar os diversos direitos da criança e do adolescente, a fim de proporcionar-lhes uma proteção efetiva/real, trazendo-as de maneira clara.

O Estatuto assegura à criança e ao adolescente proteção de viver dignamente desde o nascimento com vida a fim de proporcioná-los pleno desenvolvimento junto à sociedade, promovendo meios de proteção à saúde, liberdade, respeito, dignidade, garantindo-lhes que, em hipótese alguma, serão vítimas de negligência, exploração ou violência; sob pena de responsabilização.

Existem várias normas de proteção, como a do artigo 22, também prevista no artigo 1634 do Código Civil. Se, a autoridade estatal não pode substituir a autoridade dos pais, de outro lado, em especial num país com tantas deficiências culturais como o Brasil, deve impor-se a autoridade do Poder Público em inúmeros setores, como, aliás, o faz a Lei 8069/90. Estas normas definem quais as responsabilidades dos pais em assegurar os direitos de seus filhos, bem como definem o modo como devem atuar, e as conseqüências desta omissão.

Com a nova redação dada ao poder familiar após o advento do Código Civil de 2002, vislumbra-se que um novo enfoque foi dado à proteção da criança e do adolescente, posto que, além dos direitos e garantias fundamentais inerentes a qualquer ser humano, conforme previsão constitucional no artigo 3º da Constituição Federal.

A criança e o adolescente possuem um *plus*, visto que alguns direitos lhes são próprios pela sua própria condição de pessoa em desenvolvimento. Nesse diapasão, sabe-se que é dever dos pais, no exercício do poder familiar, resguardar a proteção dos seus filhos.

Com fulcro no artigo 1.630, CC, cabe aos pais o exercício do poder familiar em face dos filhos, enquanto estes forem menores, sendo dever dos pais,

conjuntamente, zelar pelos seus filhos. A estes impõe-se, também, o dever de proporcionar aos filhos educação, alimentação, e todo o necessário para o desenvolvimento mental, espiritual, cultural, proporcionando-lhes meios para interagirem harmoniosamente na sociedade.

Como bem estabelece o artigo 19 do ECA, é direito das crianças e adolescentes a convivência em seio familiar em ambiente livre para o seu desenvolvimento, sendo, excepcionalmente, encaminhados a uma família substituta. Nos casos de filhos menores, estes deverão, sempre que possível, conviver com sua família biológica.

Em consonância com o que estabelece a primeira parte do artigo 2º do Estatuto, para os efeitos da Lei, considera-se criança pessoas com idade entre 0 e 12 anos incompletos.

Nesta seara Cury, Marçura, Paula (2000, p. 22) preceituam:

As faixas etárias obedecem a critério de política legislativa, representando, todavia, a medidas classificações existentes em outros ramos do conhecimento a respeito da época favorável da passagem da infância para a adolescência.

Nos termos do Código Civil, e observado o artigo 3º do referido diploma, crianças são consideradas absolutamente incapazes para a prática dos atos da vida civil, devendo ser sempre representadas pelos pais, tutores ou curadores. Muito embora a criança seja um ser sem capacidade plena para a prática dos atos da vida civil, é detentora da capacidade de direito, que se refere à capacidade que todos adquirem ao nascer com vida, assim todas as crianças sem qualquer distinção devem gozar de todos os direitos da pessoa humana, vez que além de ser criança, é pessoa e deve ter seus direitos respeitados.

O doutrinador Nogueira (2001, p. 12) com muita propriedade relembra:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais à pessoa humana, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e dignidade.

A criança tem ampla necessidade de proteção de outros seres humanos, da sociedade e do Estado. As crianças são seres vulneráveis e que necessitam de uma proteção especial, ante sua fragilidade.

Dispõe a segunda parte do artigo 2º do Estatuto, que para os efeitos legais, consideram-se adolescentes pessoas com idade entre 12 e 18 anos incompletos. Vislumbrou o legislador pátrio a necessidade de proteção integral também do adolescente, tendo por base que as pessoas nesta faixa etária necessitam de proteção. O artigo 4º do referido Estatuto dispõe que esta proteção deve ser conferida pela família, pela sociedade e pelo Estado.

É observado no artigo 4º, I, CC, que os adolescentes entre a idade de 16 a 18 anos incompletos são considerados relativamente incapazes para a prática dos atos da vida civil, devendo ser assistidos por seus pais, tutores ou curadores.

As pessoas até os 16 anos incompletos devem ser representadas por seus pais, e, a partir de 16 anos até os 18 anos incompletos, assistidos. O legislador ao observar que os adolescentes aos 16 anos adquirem mais conhecimento e capacidade para prática de atos, deixa-os realizar, todavia, sempre com a assistência dos pais, a fim de proporcionar-lhes uma proteção maior na realização dos atos da vida civil.

Cury, Marçura, Paula (2002, p. 28), asseveram:

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.

Conforme se observa, os adolescentes, sendo seres em desenvolvimento, merecem ser protegidos pela sociedade, pela família e pelo Estado, e ter seus direitos resguardados; sendo protegidos integralmente, ou seja, diante de qualquer situação seus interesses devem ser levados em consideração.

Estabelece os artigos 5º, 7º e 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente,
In verbis:

Art. 5. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

[...]

Art. 7. A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

[...]

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Por fim, prevê o artigo 18 do Estatuto que: “É dever de todos zelar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

3.4 DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

No que concerne à paternidade e suas peculiaridades, ser pai era considerado algo da ordem do natural e da ciência, porém, em virtude dos avanços da tecnologia, e do próprio Direito, as mudanças socioeconômicas e culturais propiciaram trazer à tona, julgados e entendimentos que antes eram tidos como intocáveis, revelando que a paternidade requer tão somente o envolvimento afetivo para sua configuração. A paternidade não é somente um dado, ela se faz, se constrói com o passar do tempo, com afeto, dedicação, atenção, respeito, carinho e zelo.

A paternidade é uma experiência humana profundamente implicada com propósitos sociais e institucionais que a legitima, ou seja, uma construção que deve ser compreendida face ao contexto sócio-cultural de um tempo.

Entende-se que há uma divergência muito grande do que seria paternidade e como exercê-la. Porém, não existe uma simples definição de paternidade exemplar, tida como modelo, que possa abranger uma aceitação generalizada. Ao contrário disso, a forma ou modelo de paternidade precisam, e devem, ser vistos do contexto familiar, comunitário, cultural e histórico.

Welter (2009 p. 111) dispõe:

A filiação socioafetiva é compreendida como uma relação jurídica de afeto com o filho de criação, como naqueles casos que mesmo sem nenhum vínculo biológico os pais criam uma criança por mera opção, velando-lhe todo amor, cuidado, ternura, enfim, uma família, em tese, perfeita. A adoção judicial, que é estabelecida por meio de um julgamento, não é somente um ato jurídico, mas também um ato de vontade; o reconhecimento voluntário

ou judicial da paternidade e a conhecida "adoção à brasileira", isto é, aquele que comparece perante um Cartório de Registro Civil, de forma livre e espontânea, solicita o registro de uma criança como seu filho, muito comum em nossos dias, nesses casos também há a socioafetividade paternal.

Outrora, o pai era apenas o provedor que mantinha a família. A paternidade era para o homem apenas um fato/obrigação advindo conseqüentemente ao nascimento do filho, não sendo analisado sob a ótica afetiva. Atualmente, dá-se valor ao sentimento, à afeição, ao amor à verdadeira paternidade.

3.4.1 Paternidade Biológica e Socioafetiva

A parentalidade biológica é a primeira que surge, provém diretamente da existência de vida. Para que se inicie uma vida, tem-se a união de gametas sexuais, um masculino e outro feminino, formando novo agrupamento de genes; dessa união surge o vínculo biológico, que jamais será modificado, posto que o novo ser será sempre detentor do código genético, herdado do pai e da mãe.

A existência dessa pessoa em formação já é geradora de direitos passíveis de tutela jurisdicional, como se constata no art. 1.798 do Código Civil.

O exercício do poder familiar nesse tipo de parentalidade é simples de ser identificado e atribuído a quem de direito, pois basta saber-se quem são os genitores da criança.

O desembargador Eliseu Gomes Torres, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Cível nº 597236298, realizado em 02 de setembro de 1998, aduz que.

Por mais que se afigure deplorável a atitude de um homem que, por treze anos, acalenta o fato de ser pai de alguém, para depois destruir essa verdade, socioafetiva, não pode prevalecer um registro de nascimento falso, pois, no nosso País, vige o critério da verdade Biológica da filiação.

Neste mesmo sentido, Maria Berenice Dias, desembargadora do Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul, durante o julgamento do EI nº 599.277.365, em 31 de outubro de 1999, asseverou que:

Quem, sabendo não ser o pai biológico, registra como seu filho de companhia durante a vigência de união estável, estabelece uma filiação socioafetiva, que produz os mesmos efeitos que a adoção, ato irrevogável. O pai registral não pode interpor ação negatória de paternidade e não tem legitimidade para buscar a anulação do registro de nascimento, pois inexistente vício material ou formal a ensejar sua desconstituição.

Um aspecto a ser considerado é o exercício do poder familiar pelo pai ou pela mãe afetiva, ou seja, por parte de pessoas que não eram detentoras da paternidade consanguínea ou biológica, mas que através do afeto adquiriram o status de pai/mãe. A paternidade socioafetiva envolve os vínculos afetivos e sociais. Envolve o que a jurisprudência e a doutrina, por vezes, chamam de posse do estado de filho.

Fachin (1999, p.178) aduz:

Capta juridicamente na expressão posse do estado de filho. Embora não seja imprescindível o chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no tratamento (quer em público, quer na intimidade do lar) revelam no comportamento a base da paternidade. A verdade sociológica da filiação se constrói. Essa dimensão da relação paternofilial não se explica apenas na descendência genética que deveria pressupor aquela que, fruto do nascimento mais emocional e menos fisiológico, reside antes no serviço e amor que na procriação.

A paternidade socioafetiva mescla sentimentos, cuidados e atenção que se alongam no tempo, retratando a preocupação e o amor entre pais e filhos. Quanto mais intensa a convivência, troca de afeto, mais sólido torna-se o vínculo, sendo este o grande construtor da personalidade dos filhos.

Farias (2007, p.150), afirma que:

Na paternidade sócio-afetiva, pai não é apenas aquele ligado por um laço biológico, e sim aquele que cuida, protege, educa, alimenta, que participa intensamente do crescimento físico, intelectual e moral da criança, dando-lhe o suporte necessário para que se desenvolva como ser humano, eis aqui o fundamentado de validade da noção de posse de estado de filho, a valorização das relações calcadas no afeto.

Donizetti (2007, p.16), ao reportar-se sobre a filiação socioafetiva, lembrou o termo *desbiologização*, no artigo intitulado "Desbiologização da Paternidade".

Nesse contexto, Villela, (1979, p.401), sobre *desbiologização* assevera que:

Esse termo, que é derivado das ciências biológicas, retrata duas acepções, uma correspondente ao Direito, significando a situação do filho que convive com pais não-biológicos, e a outra ligada à Biologia, significando as situações que abrangem as técnicas de reprodução assistida. O que as duas acepções têm em comum é o poder familiar não-natural. (Além disso, importante frisar que “desbiologizar” a paternidade implica o exercício da autonomia privada e, ainda, a adesão ao princípio da paternidade responsável, que deverá ser exercida mesmo sem que exista o elo consangüíneo.

Assim, a posse do estado de filho é fator formador do elemento que constitui a paternidade responsável, que encontra também respaldo na família sociológica, cuja estrutura é feita por meio dos laços do afeto.

Segundo Brauner (2008):

A posse do estado de filho é aquele que se exterioriza pelos fatos quando existem pais que assumem suas funções de educação e de proteção dos filhos, sem que a revelação do fator biológico da filiação seja primordial para que as pessoas aceitem e desempenhem a função de pai ou mãe.

Em que pese a posse do estado de filho não ter sido normatizada, como foi feito com a filiação biológica, não se pode negar que ela não esteja abarcada pelo ordenamento jurídico, posto que a própria jurisprudência vem reconhecendo a filiação afetiva, legitimando a situação fática, deferindo-lhe direitos e obrigações.

Antes de o exame de DNA ter se tornado perícia acessível à sociedade, era a posse do estado de filho o maior indício de prova utilizada para se chegar à filiação consangüínea. Portanto o convívio entre pai e filhos, o uso do nome do pai, o fato de ser conhecido na comunidade e vizinhança como filho desse pai são indícios mais que suficientes para se configurar a paternidade socioafetiva. O homem precisa valorizar o afeto como fundamento maior de proteção às relações familiares, e ele já foi erigido como direito fundamental constitucionalmente garantido.

Brauner (2008), tratando do tema, afirma que numa:

Sociedade em que tantas crianças são privadas de pai, não se pode correr o risco de contribuir-se para aumentar esses índices de rejeição por questões egoístas e de cunho individualista, que podem dar origem a uma situação de insegurança jurídica para as pessoas que se beneficiavam de uma posse de estado de filho, corroborada pela existência de um título, conforme esse estado.

O que deve prevalecer é o interesse da criança, se ela está ou não sendo cuidada, protegida e assistida, ao ponto de merecer permanecer no estado de posse de filha em que se encontre.

Na realidade pós-moderna, a legislação já não consegue abarcar todas as questões sociais, e, por outro lado, o Direito não pode se furtar a dar uma solução aos mais diversificados casos. Neste sentido, a Constituição Federal passou a ser o grande centro norteador das situações fáticas, devendo o aplicador do Direito tê-la como norte, servindo de base fundamental à tutela jurídica entregue ao cidadão. É o que se chama de neoconstitucionalismo. E é sob este prisma que os novos arranjos familiares devem ser analisados.

Os Tribunais Pátrios estão caminhando em uma linha constitucionalista, acatando a paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica com o argumento de que a paternidade é função na qual se insere a construção do amor paterno-filial, cuja base é o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, cultural e social da pessoa em formação.

Ilustrativamente, segue julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 2004.001, 2º Câmara Cível, Des. Jesse Torres, Julgamento: 23/06/2004 e, em seguida, do Tribunal do Paraná:

APELAÇÃO. Anulação de assento de nascimento lavrado em decorrência de 'adoção à brasileira'. Paternidade declarada voluntariamente pelo marido a pai biológico das recorrentes, já falecido, que considerava a ré como filha. Reconhecimento jurisprudencial da 'paternidade sócio-afetiva'. Status de filha que o tempo consolidou. O interesse econômico das apelantes não se sobrepõe ao princípio inscrito no art. 1, III, da Constituição da República. Recurso desprovido.

[...]

Ementa: NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. "ADOÇÃO À BRASILEIRA". CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA. DECISÃO REFORMADA. (TJ Paraná, Apelação Cível nº 108.417-9, 2ª Vara de Família, Des. Accácio Cambi).

No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada 'adoção à brasileira' [...], há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana.

Assevera Pereira (2006, p.148), sobre a afetividade como critério para filiação que:

A paternidade constitui, segundo a psicanálise, uma função. É essa função paterna exercida por um pai que é determinante e estruturante dos sujeitos. Portanto, o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá seu sobrenome, aquele que fez a adoção [...], enfim, aquele que exerce a função de pai.

Estado de filho afetivo é ter de fato o título correspondente, desfrutando as vantagens a ele ligadas e suportando seus encargos. É passar realmente a ser tratado como filho, levando o nome dos presumidos genitores, recebendo tratamento de filho e ter sido constantemente reconhecido por filho pelos presumidos pais e pela sociedade, como filho.

A Carta Política afastou do ordenamento jurídico a presunção da aparência, a ficção, a paternidade meramente judicial, acolhendo tão somente as duas verdades: a biológica (art. 226, §§ 4º e 7º, CF) e a sociológica (art. 227, § 6º, CF), porém aplica-se a teoria da evidência para que a decisão judicial declare a verdadeira, e não a fictícia filiação socioafetiva. Na maioria dos casos, a filiação deriva da relação biológica, mas ela emerge da construção cultural e afetiva permanente que se faz na convivência e na responsabilidade.

Frise-se com veemência e propriedade que o afeto não advém diretamente da biologia. Os laços de afeto, carinho, amor e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue.

A filiação socioafetiva pode até nascer de indício, mas toma expressão na prova, nem sempre se apresentando desde o nascimento, vindo a florescer com o tempo.

O ECA instituiu em seu artigo 48 que a adoção é irrevogável. Fazendo uma analogia e considerando que a Constituição Federal previu a unidade da filiação, sendo a adoção uma das formas de filiação socioafetiva, conseqüentemente, a filiação sociológica também é irrevogável.

Cambi (2003, p. 88):

Muitas pessoas não conseguindo suportar os trâmites procedimentais que a legislação exige para adotar uma criança, acabam registrando um menor, como seu filho, dando-lhe um prenome e colocando nele o seu patronímico, ou seja, o apelido de família. Tal prática deve ser condenada, pois não se submete ao mesmo rigor do regime jurídico da adoção prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente que, primando pelo interesse do menor, tornou a adoção irrevogável. Essa regra jurídica procurou evitar que, uma vez

constituída a filiação, o vínculo familiar fosse, por conveniência unilateral, posteriormente dissolvido, e com isso os interesses do menor não seria sobreposto aos demais.

Nesse talante, a jurisprudência tem enunciado no sentido que a adoção à brasileira torna-se irrevogável quando estabelecido o estado de filho afetivo, pois, nesse caso, nasce à filiação socioafetiva, conforme constitucionalmente assegurado nos artigos 226 e 227 e seus parágrafos da Constituição Federal.

3.5 A OPÇÃO DO LEGISLADOR PÁTRIO PELA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A Constituição aderiu ao conceito aberto e inclusivo de paternidade. Não há qualquer preceito constitucional que autorize a confusão entre genitor e pai, ou a primazia da paternidade biológica. Apesar disso, são espantosos e recorrentes os desvios doutrinários e jurisprudenciais, seduzidos pela impressão de certeza de exames genéticos, particularmente do DNA.

Encontram-se na Constituição vários fundamentos do estado de filiação geral, que não se resume à filiação biológica: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); não é relevante a origem ou existência de outro pai/genitor; d) o direito à convivência familiar, e não à origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e o do adolescente (art. 227, *caput*).

Portanto, toda vez que um estado de filiação estiver constituído na convivência familiar duradoura, com a decorrente paternidade socioafetiva consolidada, esta não poderá ser impugnada nem contraditada. A investigação de paternidade só é cabível quando não houver paternidade, nunca para desfazê-la. Para estes fundamentos tem-se como base o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro fundamento equivocadamente utilizado pela jurisprudência, antes do advento do Código Civil de 2002, está presente no art. 27 do Estatuto da

Criança e do Adolescente, que estabelece ser o reconhecimento do estado de filiação direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. O equívoco radica no fato de nele enxergar-se o direito a impugnar paternidade já existente. Estado de filiação resulta de convivência familiar duradoura. Se já existe, pouco importa sua origem, não sendo aplicável referido artigo. Se não existe, ou seja, quando não houver paternidade de qualquer natureza, o artigo passará a ser aplicável para assegurar o reconhecimento do estado de filiação àquele que nunca o teve.

O Código Civil de 2002, por seu turno, consagrou em sede infraconstitucional as linhas fundamentais da Constituição em prol da paternidade de qualquer origem e não apenas da biológica. Encerrou-se, definitivamente, o paradigma do Código Civil anterior, que estabelecia a relação entre filiação legítima e filiação biológica; todos os filhos legítimos eram biológicos, ainda que nem todos os filhos biológicos fossem legítimos.

Com o desaparecimento da legitimidade e a expansão do conceito de estado de filiação para abrigar os filhos de qualquer origem, em igualdade de direitos, o novo paradigma é incompatível com o predomínio da realidade biológica.

Destaquem-se, no Código Civil, algumas referências da clara opção do legislador pelo paradigma da paternidade socioafetiva:

I) art. 1.593, para o qual o parentesco é natural ou civil, "conforme resulte de consangüinidade ou outra origem". A principal relação de parentesco é a que se configura na paternidade/maternidade e na filiação. A norma, ao contrário do persistente equívoco da jurisprudência, inclusive do STJ, é inclusiva, visto que a paternidade, independentemente de sua origem, é digna;

II) art. 1.596, que estabelece a regra constitucional de igualdade dos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, com os mesmos direitos e qualificações. O § 6º do art. 227 da Constituição inovou o conceito de filiação e trouxe paradigma aberto e inclusivo;

III) art. 1597, V, admite a filiação mediante inseminação artificial heteróloga, nos casos em que tenha havido autorização previa do marido da mãe. A origem do filho, em relação aos pais, é parcialmente biológica, pois o pai é exclusivamente socioafetivo, jamais podendo ser contraditada por investigação de paternidade ulterior;

IV) art. 1.605, consagra a posse do estado de filiação, quando existir indício de prova proveniente dos pais, ou, "quando existirem veementes presunções

resultantes de fatos já certos". As possibilidades abertas com esta segunda hipótese são amplas. As presunções veementes são constatadas em cada caso, sendo dispensáveis as demais provas da situação de fato. Na realidade brasileira, incluem-se entre a posse de estado de filiação o filho de criação e a adoção de fato, também chamada adoção à brasileira, feita sem observância do processo judicial, mediante declaração falsa ao registro público;

V) art. 1.614, advém de duas normas demonstradoras que o reconhecimento do estado de filiação não é imposição da natureza ou de exame de laboratório, pois admitem a liberdade de rejeitá-lo. A primeira norma faz depender a eficácia do reconhecimento ao consentimento do filho maior; se não consentir, a paternidade, ainda que biológica, não será admitida; a segunda norma faculta ao filho menor impugnar o reconhecimento da paternidade até quatro anos após adquirir a maioridade. Se o filho não quer o pai biológico, que não o registrou após seu nascimento, poderá rejeitá-lo no exercício de sua liberdade e autonomia, devendo permanecer o registro do nascimento constando apenas o nome da mãe, não se aplicando contra o pai registral, se o filho foi concebido na constância do casamento ou da união estável, visto que a declaração ao registro público do nascimento não se enquadra no conceito estrito de reconhecimento da paternidade.

Compreende-se que a paternidade socioafetiva não é espécie acrescida, excepcional ou supletiva da paternidade biológica; é a própria natureza da atual paternidade que possui duas espécies, a biológica e a não-biológica.

Ademais, juridicamente se considera a paternidade socioafetiva, independente de sua origem. Sua complexidade se expressa pelo fato de não ser um simples dado da natureza, mas uma construção jurídica. Foi possível superar a equação simplista entre origem genética, de um lado, e deveres alimentares e participação hereditária, de outro.

Toda pessoa, especialmente aquela em formação, tem direito à paternidade. Se não a tem, porque ninguém a assumiu voluntariamente, pode investigá-la para que seja reconhecida judicialmente e imputada ao genitor biológico.

No plano jurídico, a afetividade é princípio dotado de força normativa, impondo deveres e conseqüências por seu descumprimento. Por isso, não se confunde o afeto com o simples fato anímico e psicológico. A decisão judicial no sentido do reconhecimento forçado da filiação é declaratória e impõe a paternidade em todos os seus termos, estando incluso os deveres de morais e material.

Não necessariamente, a paternidade socioafetiva resulta da consanguinidade, visto que o direito prevê a igualdade de direitos e deveres ao pai que assumiu voluntariamente o estado de filiação, quer seja na hipótese de adoção, de inseminação artificial heteróloga ou de posse de estado. Em todos estes casos, o estado de filiação assim constituído é inviolável e não pode ser desfeito por decisão judicial, salvo na situação comum de perda ou destituição do poder familiar.

A paternidade desaparece em face do genitor biológico, em virtude da perda do poder familiar, nas hipóteses de adoção e de declaração judicial de posse de estado de filiação, e nunca aparece nas hipóteses de inseminação artificial heteróloga e de dação anônima de sêmen.

Por fim, não há espaço no direito brasileiro para afirmação da primazia ou, da exclusividade da origem genética determinante à configuração da paternidade, que é mais que um dado da natureza, visto que trata-se de um complexo de direitos e deveres que se atribui a uma pessoa em razão do estado de filiação, seja ele consangüíneo ou não.

O marco que parece negar a evolução a que se chegou, foi quando o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº. 301.

3.6 ASÚMULA 301 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: PRECEDENTES E LIMITES DE APLICAÇÃO

Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

O enunciado sumular, aparentemente, procura ater-se à formação de prova, no campo processual, mas suas consequências se alastram, atingindo o direito material e tornando sem efeito a evolução que se chegou.

O ponto de partida é o diminuto equívoco de que paternidade biológica é a única que importa, desconsiderando-se a mudança de paradigmas que se operaram no direito brasileiro, em total desconhecimento de sua natureza socioafetiva.

Se o exame de DNA concluir que X é genitor de Y, então a paternidade estaria definida. Por outro lado, induz o réu a produzir prova contra si mesmo, invertendo um princípio que resultou da evolução do direito e da emancipação do

homem. Nesse talante, confunde investigação da paternidade com o direito da personalidade de conhecimento da origem genética.

Desta feita, surge, desnecessariamente, mais uma presunção no direito de família: A da confissão ficta ou da paternidade não provada.

Outro notável equívoco é a identificação subjacente à súmula, constantemente referida em seus precedentes, da verdade real na verdade biológica. Mas a verdade social da paternidade socioafetiva é tão veemente quanto a biológica, aferível por todos os meios de prova admitidos em direito.

O paradigma do atual direito brasileiro é a paternidade de natureza socioafetiva, que pode ter origem biológica ou não biológica. A partir daí, deve-se perquirir a verdade real, podendo ser diferente da que a origem genética indica.

A Súmula indiretamente contradiz a orientação assentada no Supremo Tribunal Federal no HC 71.373/RS, de 1996, no sentido de que ninguém pode ser coagido a submeter-se a exame de DNA, pois tal imposição violaria garantias constitucionais explícitas e implícitas, a saber, preservação da dignidade humana, da intimidade e da intangibilidade do corpo humano. Ao impor, forçosamente, como resultado da recusa ao exame de DNA, a incumbência da paternidade presumida, violaria todas as garantias preservadas pelo Superior Tribunal Federal. No sentido de evitar tais consequências, o réu terá, irrefutavelmente, que se submeter ao exame.

Consoante art. 1 603 do Código Civil, a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no registro civil, podendo conter a filiação biológica ou a filiação não biológica, não exigindo-se que o declarante faça qualquer prova biológica, basta sua declaração.

O Código Civil dispõe de duas hipóteses de impugnação da paternidade: Por o marido e pelo filho contra o reconhecimento da filiação. Não há, portanto, fundamento legal para a espantosa disseminação de ações denegatórias de paternidade, com intuito de substituí-la por suposta paternidade genética. Só o marido pode impugnar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, que não sejam biologicamente seus. Esse direito é exercido exclusiva e imprescritivelmente, mas desde que não se tenha constituído o estado de filiação na convivência familiar duradoura. A impugnação do reconhecimento de filiação é exercício exclusivo do filho, quando atingir a maioridade e desde que o faça dentro do prazo decadencial de quatro anos após este evento.

A Súmula 301 faz referência a sete precedentes, com respectivos anos das decisões do STJ: AGA 498.398-MG (2003), RESP 55.958-RS (1999), RESP 135.361-MG (1998), RESP 141.689-AM (2000), RESP 256.161-DF (2001), RESP 409.285-PR (2002), RESP 460.302-PR (2003).

O elemento em comum encontrado nas decisões, com exceção da última referida, é a inexistência de pai, voltando-se às respectivas investigações de paternidade para imputá-la aos genitores biológicos.

A súmula é totalmente inaplicável, equivocada em seus fundamentos e violadora de princípios constitucionais, vez que parte-se da premissa falsa que contamina todo resultado, levando a decisões injustas, a saber, a de que toda paternidade seria biológica e esta seria a verdade real. As razões de sua edição, seus limites, suas restrições e seu alcance encontram-se dispersos em seus precedentes. Restringe-se à investigação da paternidade; assim é incabível como fundamento de ação negatória ou de impugnação de paternidade. A investigação ou reconhecimento judicial da paternidade objetiva assegurar paternidade a quem não a detém, sendo incabível nas hipóteses de existência de estados de filiação não biológica protegidos pelo direito.

A referida seria aceitável se explicitasse sua aplicação a essa hipótese e desde que a presunção viesse conjugada a existência de provas indiciárias. A última decisão, todavia, demonstra que não é esse o alcance pretendido, pois resulta em desconsideração da paternidade socioafetiva.

Todavia, enquanto a súmula perdurar, dois grandes limites implícitos devem ser analisados para sua fiel aplicação e interpretação em conformidade com a Constituição Pátria e o Código Civil: Não pode resultar em negação de paternidade derivada de estado de filiação comprovadamente constituído; a presunção de paternidade, em ação investigatória quando haja apenas mãe registral, depende da existência de provas indiciárias consistentes, não podendo ser aplicada isoladamente.

Por fim, conclui-se pela impropriedade da Súmula 301 do STF. Esta é equivocada, pois parte do pressuposto falso, a saber, o da identidade da paternidade com a origem genética, desconsiderando o paradigma atual da socioafetividade. É inútil pelo fato de que depende da existência de provas indiciárias para que a presunção possa ser aplicada, é injusta por que induz o réu a produzir provas contra si mesmo e porque serve de instrumento a interesses

meramente patrimoniais, que nunca prevalecem quando o genitor biológico é pobre. É contraditória por que, indiretamente, viola princípios constitucionais ressaltados no precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 71.373-RS); a recusa ao exame do DNA não pode ser tida como presunção desfavorável/negativo, visto que os princípios constitucionais tutelam quem assim age, e se não se pode produzir provas contra as normas legais, também não se pode admitir presunção no mesmo sentido. Há solução dentro do sistema jurídico para a pretensão de natureza patrimonial, sem necessidade de negar o estado de filiação constituído, sendo, portanto, considerada como desnecessária.

4 DA RESPONSABILIDADE PATERNA

Na realidade contemporânea, muitos são os casos de filhos de pais separados ou filhos de mães solteiras que não têm, ou nunca tiveram contato com a figura paterna, ou sequer o conhecem, ou, ainda, mães que abandonaram os filhos e estes nunca tiveram contato com a mesma, ficando a cargo do pai, da família ou outrem a responsabilidade de sua formação. Nessas situações, a criança e o adolescente passam a ser, não totalmente, mais em parte, descurados do direito à educação, guarda e convivência familiar, ou seja, os deveres de assistência imaterial.

É cediço que essas crianças e adolescentes sofrem prejuízos de ordem moral e, devido ao sentimento de rejeição, solidão e desprezo, tornam-se adultos inseguros, sequelados e com sério comprometimento na qualidade de suas relações pessoais, afetando diretamente sua vida social e particular.

Não obstante, questiona-se se o pagamento da pensão alimentícia seria suficiente para garantir o desenvolvimento físico e emocional dos filhos; se o pai que deixa de realizar sua obrigação moral e jurídica de conviver e acompanhar o crescimento do filho comete ato ilícito; e se o pai que não presta auxílio imaterial, embora pague pensão alimentícia (obrigação material) deve ser condenado a indenizar o filho pelos danos morais sofridos.

Os requisitos da responsabilidade civil estão previstos no artigo 186, CC, quais sejam: conduta humana dolosa ou culposa que viola direito; dano; e o nexo de causalidade, sendo estes requisitos cumulativos. Observe-se, portanto, que todos os requisitos da ilicitude do ato são devidamente preenchidos pelo pai/mãe ao descumprirem os seus deveres/obrigações, desrespeitando a norma jurídica que impõe os deveres de convivência familiar, guarda, criação e educação; dando ensejo ao dano de cunho moral.

Destaque-se que neste tipo de situação, predomina o dano moral, haja vista que a ausência da assistência imaterial dificilmente trará prejuízos ao patrimônio do indivíduo, ao contrário, o que se percebe nitidamente é o dano psíquico, as dores, angústias e frustrações.

Assim sendo, uma vez presentes todos os requisitos da responsabilidade civil, em regra, haveria o dever de indenizar. Para alguns doutrinadores e tribunais, esta indenização pecuniária não surtiria o efeito de aproximação entre pais e filhos.

São muitas as demandas no Poder Judiciário objetivando a condenação do pai ao pagamento de indenização por abandono afetivo, e para tal situação existem controvérsias jurídicas.

4.1 O AFETO NOS TRIBUNAIS

Tendo como premissa o princípio da dignidade da pessoa humana, os tribunais pátrios vêm reconhecendo o valor do afeto, prestigiando, desta forma, a filiação socioafetiva.

O Tribunal de Justiça do Paraná decidiu no seguinte aresto:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ADOÇÃO À BRASILEIRA. CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SOCIOAFETIVA. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA. DECISÃO REFORMADA.

A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada "adoção à brasileira" (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do Direito Civil, vê a família como instrumento da realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular "adoção à brasileira", não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado. (TJPR, Apelação Cível nº 0108417-9, da 2ª Vara de Família. DJ 04/02/2002. Relator: Accácio Cambi).

Nesse alvitre, conclui-se que quando não existir o afeto, uma sanção já foi imposta à sociedade conjugal, qual seja, a sua falência, pois a vida a dois não pode ser concebida sem que exista o laço de união afetiva entre os cônjuges. Obrigar que fosse provada culpa pelo término da relação conjugal, sob o ponto de vista da relevância do afeto, significaria implantar um sistema de *bis in idem* condenatório

para os ex- cônjuges, que já sofreram com o fracasso de não conseguir constituir uma família unida.

Com escopo no Código Civil, existem entendimentos no sentido de não existir, necessariamente, a obrigatoriedade de produção e indicação da culpa do cônjuge na separação, como se observa do aresto do Tribunal de Justiça de Sergipe, com a seguinte ementa:

SEPARAÇÃO JUDICIAL – Ação litigiosa – Magistrado que decreta a separação sem buscar e imputar a qualquer das partes a causa e o culpado pela ruptura do casamento – admissibilidade, se manifestado pelos cônjuges, de forma incontestada, o firme propósito de pôr fim ao vínculo conjugal.

EMENTA OFICIAL: MANIFESTADO PELOS CÔNJUGES, ATRAVÉS DA INAUGURAL E CONTESTAÇÃO, O PROPÓSITO FIRME DE SE SEPARAREM, DEVE O MAGISTRADO DECRETAR A SEPARAÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DE BUSCAR E IMPUTAR A QUALQUER DAS PARTES A CAUSA E O CULPADO PELA RUPTURA DO CASAMENTO. (TJSE, Apelação Cível nº 0718/2003, da 1ª Câmara Cível. Julgado em: 08.03.2004. Relator Des. Fernando R. Franco).

Igualmente, existe jurisprudência majorante do Superior Tribunal de Justiça - STJ negando a necessidade de se comprovar a culpa, o que permite supor haver cessado qualquer vínculo de afeto entre o casal, pretendendo estes a extinção da vida conjugal.

DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. SEPARAÇÃO POR CONDUTA DESONROSA DO MARIDO. PROVA NÃO-REALIZADA. IRRELEVÂNCIA. INSUORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM MANIFESTADA POR AMBOS OS CÔNJUGES. POSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO DA SEPARAÇÃO. NOVA ORIENTAÇÃO. CÓDIGO CIVIL DE 2002 (ART. 1.573). RECURSO DESACOLHIDO. (STJ, Recurso Especial nº 433206 DF 2002/0053539-3, da 4ª Turma. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 05/03/2003. DJ 07.04.2003).

Nessa linha de entendimento, em atenção às diretrizes do CC, evidencia-se que quando o caso de ambos os cônjuges desejam extinguir a sociedade conjugal, deverá o divórcio ser decretado, mesmo que a pretensão posta em juízo tenha como causa de pedir a existência da conduta desonrosa.

A insuortabilidade da vida em comum/conjugal significa ausência de amor, de afeto, inexistindo, por sua vez, a comunhão e o desejo de crescimento da unidade familiar.

Barros (2002, p. 8), em “A ideologia do afeto”, conclui que:

A culpa não é fator para a decretação da extinção do vínculo conjugal, haja vista a existência de outro elemento importante, pois, em verdade, [...] o que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal. Mais conveniente seria chamá-lo afeto familiar, uma vez que está arraigada nas línguas neolatinas a significação que, desde o latim, restringe o termo cônjuge ao binômio marido e mulher, impedindo ou desaconselhando estendê-lo para além disso.

Embora superado o sistema patriarcal, a Constituição exige o parentalismo, sob a forma do biparentalismo ou do monoparentalismo, entendendo-se como família monoparental a família formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §4º, CF), organizadas, geralmente, pela vontade de um dos cônjuges em assumir a paternidade/maternidade sem a participação do outro, e, como aquela, a constituída com responsabilidade mútua dos cônjuges. Não obstante, uma entidade familiar forma-se por um afeto que independe do sexo, das relações sexuais e até de existir um dos pais.

Na atualidade, não é aceitável negar-se que, mortos os pais, continua existindo entre os irmãos o afeto definidor da entidade familiar. Absurdo seria exigir a existência de relações sexuais como condição *sine qua non* para a existência da família.

Por fim, indubitável é o valor do afeto nos novos e atuais arranjos familiares. Ademais, grandioso deve ser o valor dado pelo Direito, para fins de exercer a sua função na formação e no desenvolvimento pessoal, de forma a cumprir com o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.2 AS CONSEQUÊNCIAS DO ABANDONO IMATERIAL

Objetivando inserir a repersonalização do Direito, a dignidade humana é transportada em direção às relações jurídicas, servindo-as como fundamento. Desde então, o ordenamento jurídico brasileiro vem, passando por modificações

constantes. No âmbito do Direito das Famílias, estas transformações iniciaram-se com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe um capítulo especial acerca do instituto família, da criança, do adolescente e do idoso, previsto nos artigos 226 a 230.

Nos artigos supracitados, constata-se a valorização da pessoa e das relações afetivas. É de bom alvitre mencionar estes dois artigos, CF, *in verbis*:

Art. 227, *caput*. É 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-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

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.

A Carta Cidadã preocupa-se em amparar a criança, garantindo-lhe sua dignidade. Para tanto, a CF assegurou o direito à convivência familiar, colocando-a a salvo de toda e qualquer forma de negligência. Ademais, foi expressa em determinar que o dever de assistir, criar e educar os filhos compete ao pai e à mãe.

Todas as determinações constitucionais objetivam não somente a valorização da pessoa humana, de forma a garantir o pleno desenvolvimento físico, emocional e mental da criança, mas também a consagração da solidariedade familiar.

Angeluci (2009, p. 8) ensina que:

Para alcançar o pleno desenvolvimento, que tem início na infância, não resta dúvida que esta fase da vida deve ser protegida e amparada, em especial pelos agentes de direito, para se permitir o avanço de etapas e a conquista da pessoa como fim em si mesma e como ser independente.

Nesse mesmo sentido, assevera Madaleno (2000, p. 151):

A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário.

A solidariedade familiar impõe deveres de assistência imaterial, determinando a prestação de cuidados, atenção e apoio de ordem física e moral dos filhos. É sob este prisma constitucional que o Estatuto da Criança e do Adolescente também visa salvaguardar os princípios do melhor interesse da criança e da dignidade humana.

Preceitua os artigos do ECA, *in verbis*:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

[...]

Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

[...]

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Denota-se que é direito das crianças e dos adolescentes estar sob a companhia dos pais, assim como é dever destes a prestação de auxílio material e imaterial aos filhos.

Quanto às visitas, Madaleno (2000, p 87) leciona que:

Têm a concreta finalidade de favorecer as relações humanas e de estimular a corrente de afeto entre o titular e o menor [...]. O direito à visita por parte dos filhos implica em dever de visita por parte dos pais.

Outrossim, o Código Civil de 2002 também visa resguardar os direitos da criança e do adolescente, tratando dos direitos e deveres decorrentes do Poder Familiar, disposto no artigo 1.634, *in verbis*:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

[...]

Observa-se que é uma obrigação moral e jurídica, o dever de ambos os pais ter os filhos em sua companhia, educando-os e criando-os. O pai/mãe que descumpre esta obrigação infringe a legislação, independente de estarem ou não

divorciados, vez que esta situação não modifica as relações entre pais e filhos, conforme elenca o artigo 1.632, *in verbis*:

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.
[...]

Os supracitados dispositivos normativos em análise objetivam a educação e a criação dos filhos, bem como salvaguardar e implementar a relação entre pais e filhos que, uma vez presente, resgata a afetividade no âmbito familiar. O afeto surge a partir da convivência e não dos vínculos biológicos, já o desenvolvimento da personalidade humana dá-se por meio das relações afetivas.

Portanto, por mais que os pais não amem seus filhos, não têm, juridicamente, a opção de deixar de ter contato com os mesmos, tendo em vista que o direito à visita, consequência do direito à convivência familiar, impõe por parte dos pais o dever de ter os filhos sob sua guarda e companhia. Em contrapartida, a legislação pátria, ao regular os deveres dos pais, não impõe o dever jurídico de amá-los; entretanto, são deveres dos pais garantir a convivência familiar, criação e educação dos filhos, independentemente da existência dos laços afetivos, de serem ou não filhos biológicos, isso porque criar e educar consiste tão somente em assistência.

Pereira (2006, p.642), ressalva que:

É o cumprimento das funções paternas e maternas "que pode garantir uma construção bio psíquica saudável de alguém. Repita-se os pais (pai e mãe) têm o dever de criar e educar seus filhos, independentemente de nutrirem por eles o sentimento de amor. O obrigação de assistência imaterial não guarda relação com o sentimento afetivo. Por mais que não haja afeto, o dever de assistência moral persiste.

Abandono imaterial não se confunde com abandono afetivo. Abandono imaterial consiste no descumprimento de deveres jurídicos imateriais, não se confundindo com dever material de sustento, como nos casos de guarda, educação, criação e convivência familiar, dentre outros. Já o abandono afetivo é caracterizado pela ausência de afeto e de amor, não constituindo obrigações jurídicas.

O pai ou mãe que deixou de exercer os deveres imateriais, que são deveres jurídicos e morais, ocasiona danos ao desenvolvimento emocional dos filhos, danos

de ordem moral. As consequências pelo descumprimento de tais deveres são, geralmente, de grande impacto, gerando nos filhos o sentimento de rejeição que, a depender do seu grau, pode revelar resultados irreparáveis.

No mesmo sentido Hironaka (2000, p. 177) leciona que o abandono imaterial ocasiona danos ao indivíduo. Continua a doutrinadora:

Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, que, certamente, existe e manifesta-se por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. Trata-se de um direito da personalidade, portanto. Assim, aquele que descumpra seu dever de pai em amparar imaterialmente o filho comete ato ilícito, posto que descumpra vários dispositivos legais, ocasionando danos morais.

Por fim, constata-se que as relações privadas, notadamente as familiares, evoluíram e os conflitos e danos surgem vultuosamente, de modo que a ordem jurídica deve atender a estes anseios.

4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DESAMOR?

Até então, falava-se no afeto exclusivamente sobre o manto de Ihe contrapor a culpa, nos casos de ruptura do casamento e ao valor biológico, nos conflitos entre paternidade biológica e paternidade socioafetiva, sem, tampouco, considerá-lo sob o aspecto pecuniário.

Não obstante, as decisões dos mais diversificados Tribunais brasileiros vêm, ora negando, ora atribuindo valor pecuniário ao afeto, a título de reparação de danos.

O fundamento precípua que ampara a pretensão encontra-se na responsabilidade civil, afastando, assim, a competência do juízo de família, bem como atribuindo a competência às varas cíveis para a resolução dos conflitos que envolvam a matéria em discussão.

Quanto ao valor pecuniário de reparação, existe um conceito metafísico ou absolutista e um conceito empirista ou subjetivista. O primeiro atribui ao valor um

status metafísico, que independe completamente das suas relações com o homem. O segundo considera o modo de ser do valor em estreita relação com o homem ou com as atividades humanas.

A primeira concepção é motivada pela intenção de subtrair o valor, ou melhor, determinados valores e modos de vida neles fundados, à dúvida, à crítica e à negação: essa intenção parece pueril, se pensarmos que o valor mais solidamente ancorado na consciência dos homens e que mais paixões provoca também é o valor mais mutável e relativo, a tal ponto que às vezes os filósofos se recusam pudicamente a considerá-lo autêntico: o valor-dinheiro.

É sob o prisma do valor-dinheiro que o afeto ou sua ausência será analisado, na esfera da responsabilidade civil, uma vez que, sob as relações de família, incidem os princípios e circunstâncias peculiares ao Direito de Família.

Dessa forma, é possível observar que o Direito de Família é o mais digno de açambarcar tais casos, fazendo uma análise mais detida, própria deste ramo, sob a ótica da repersonalização do Direito Civil, visto que a pessoa humana deve ser o elemento central e não a existência ou inexistência da relação de afeto porventura existente.

A questão em discussão não trata simplesmente da atribuição de valor pecuniário ao desamor, nem mesmo da responsabilização dos pais. Se a discussão restringir-se a tal aspecto, não será possível atingir seu objetivo precípua, qual seja a importância para a própria formação da pessoa humana.

As questões sem respostas, com as quais se defronta a sociedade atual, encontram reflexo na família moderna e nos novos arranjos familiares, pois todo abandono sofrido pelas crianças é o abandono moral, como afirma Kehl, (2003, p.176), e conclui:

[...] A mãe, separada do pai, passa muitas horas por dia trabalhando; não é porque um pai decidiu criar sozinho os filhos que a mãe rejeitou; ou porque um casal jovem só tenha tempo para conviver com a criança no fim da semana. O abandono, e a conseqüente falta de educação das crianças, ocorre quando o adulto responsável não banca sua diferença diante delas.

Ademais, o papel que cada agente familiar desempenha na instituição família é perfeitamente substituível. Insubstituíveis são o sentimento, o amor e o afeto.

Trazendo à baila um estudo de caso, o filho promoveu ação de ressarcimento de danos em face do seu pai, alegando abandono paterno. Na exordial, relata o filho que foi abandonado quando atingiu seis anos de idade e tentou manter aproximação com o pai até os seus quinze anos, restando todas as tentativas infrutíferas. Foi constatado por perícia psicológica que a ausência do pai causou o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos no filho.

A 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em acórdão proferido na Apelação nº 408.550-5, decidiu por condenar o pai a indenizar o filho pelos danos morais que lhe foram causados, no quantum pecuniário de 200 (duzentos) salários mínimos, sob o fundamento de que a afetividade deve presidir as relações paterno-filiais, sendo que a falta de amor afronta o princípio da dignidade humana, sufragado pela Constituição Federal de 1988.

No entanto, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria dos votos, deu provimento ao Recurso Especial nº 757411-MG, interposto pelo pai, revogando a decisão do Tribunal de Minas Gerais, de modo a julgar improcedente o pedido reparatório.

Por sua vez, no caso em tela, o Ministério Público opinou pelo provimento do recurso, afirmando que “Não cabe ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor”. Um dos Ministros, membro da Turma julgadora, deixou consignado que é inquestionável a falta de amor no âmbito jurídico.

4.4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA OMISSÃO DO AFETO NOS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES

Parte da doutrina e da jurisprudência, dos mais diversos tribunais, entende e assevera que não é cabível indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo no âmbito dos novos arranjos familiares.

Portanto, a disputa intelectual consiste exatamente em saber se há responsabilidade civil pelo descumprimento da obrigação de prestação de auxílio imaterial na relação paternofilial. Castro (2009, p.30) entende que:

O abandono moral não deve ser indenizável por que "a relação afetiva deverá ser fruto de aproximação espontânea, cultivada reciprocamente e não por força judicial" Não obstante, o mesmo autor reconhece que os pais têm o dever de educar seus filhos e que, caso não o façam, cabe a indenização

[...]

Educar é formar inteligência. Dar condições para que a criança viva em meio a um ambiente produtivo. Dessa obrigação o pai não pode eximir-se, devendo indenizar caso o faça, pois fere a tutela ao triplice dever previsto do Estatuto da Criança e do Adolescente. Cabe aos pais a vigilância e a manutenção do espaço onde a educação se desenvolve. Para que isso seja feito, não há necessidade de afeto. Amor e dever não se misturam.

Para esta corrente, a ação de reparação não encontra sustento na ausência de afeto ou amor do pai pelo filho. No plano jurídico, amar não é dever ou direito, inexistindo qualquer ilicitude na falta de amor. O pai que deixa de amar, numa relação de família, não pratica ato ilícito, o ato ilícito por sua vez se configura em outras condutas.

Alguns Tribunais dão provimento ao recurso interposto pelo pai, considerando que a lei apenas prevê como punição, a perda do poder familiar.

A penalidade imposta aos pais não tem previsão pecuniária. Nesse contexto, observou o Ministro Gonçalves (agosto, 2011), ao votar:

A determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização por dano moral.

O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso?, Questionou.

A discussão jurídica não deve girar em torno do abandono afetivo ou da falta de amor. A análise deve ser mais objetiva, pois, de fato, não existe o dever jurídico de amar. Existe, somente, o dever jurídico de prestação de auxílio imaterial e, quando há o cumprimento deste (guarda, educação, convivência etc.), o afeto passa a ser uma consequência lógica e praticamente inevitável.

Não há como medir o preço do amor ou da falta dele. Questionável é o fato de a responsabilidade civil pelo abandono imaterial ter a capacidade de medir o preço da falta de amor, bem como se o objetivo da responsabilidade civil, nestes casos, seria o de compelir o pai a amar seus filhos.

A despatrimonialização e repersonalização das relações familiares visam resgatar a valorização da dignidade humana, consistente em afirmar que o tradicional papel patriarcal não deve se perpetuar na concepção dos novos arranjos familiares.

É cediço que o patrimônio não garante a realização pessoal; ao contrário, são as relações humanas fundadas em amor e afeto que fazem com que o ser humano desenvolva as suas maiores potencialidades. O que condena é o ilícito e não o sentimental.

Julgamentos realizados pelo Superior Tribunal de Justiça demonstram que não deve perder a técnica jurídica, mesmo diante de uma saudável interdisciplinaridade entre o direito e outras ciências ou áreas do conhecimento.

Nos casos de indenização por danos morais em face da ausência de afeto na família, a fundamentação teria de ser matéria em sede psicanalítica e não jurídica. Estes motivos vêm levando o Superior Tribunal de Justiça ao não acolhimento do pedido de indenização formulado.

É indispensável que estejam presentes e preenchidos todos os requisitos da responsabilidade civil nos pedidos reparatorios, inclusive nas relações familiares: a ação/ omissão que viola direito, o nexo causal e ao dano, material e/ou moral, conforme art. 186 do Código Civil.

A concessão de indenização representaria um excessivo alargamento do conceito de danos indenizáveis, e acabaria por incentivar a monetarização do afeto. Além do mais, não faria com que o pai, arrependido, buscasse a reaproximação com o filho.

Diferentemente, há, sobretudo, diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido do reconhecimento do dever de responsabilização paterna, face aos novos arranjos familiares, considerando-se o ilícito advindo da omissão daquele.

As mudanças introduzidas no Direito de Família, pela Constituição de 1988, são frutos de uma mudança no entendimento sobre os agrupamentos familiares e vieram adequar-se a uma realidade não mais condizente com a estrutura patriarcal e patrimonialista prevista em uma legislação ultrapassada.

O afeto passou a ter papel primordial nas relações familiares, tendo sido objeto de discussões jurídicas sobre a possibilidade de tentar suprir a sua ausência em obrigação pecuniária, pela afronta ao direito de personalidade e direitos

fundamentais. Tudo isso em decorrência lógica da nova estrutura familiar, calcada na afetividade e solidariedade entre seus membros, que se caracteriza ainda pela convivência e coexistência. Passa, assim, a convivência a ser um fator de grande relevância e importância.

Ao analisar a definição da palavra convivência, encontra-se “viver em comum com outrem em intimidade, em familiaridade” (FERREIRA, 1999, p.549). É esse tipo de relação que nasce e se estabelece no seio de um núcleo familiar.

Eco e Martini (2002, p.83) retrataram a importância do outro quando escreveu:

[...] Assim como ensinam as mais laicas das ciências, é o outro, é seu olhar, que nos define e nos forma. Nós (assim como não conseguimos viver sem comer ou sem dormir) não conseguimos compreender quem somos sem o olhar e a resposta do outro. Mesmo quem mata, estupra, rouba, espanca, o faz em momentos excepcionais, e pelo resto da vida lá estará a mendigar aprovação, amor, respeito, elogios de seus semelhantes. E mesmo àqueles a quem humilha ele pede o reconhecimento do medo e da submissão. Na falta desse reconhecimento, o recém-nascido não se humaniza (ou, como Tarzan, busca o outro a qualquer custo no rosto de uma macaca), e poderíamos morrer ou enlouquecer se vivêssemos em uma comunidade na qual, sistematicamente, todos tivessem decidido não nos olhar jamais ou comportar-se como se não existíssemos.

O ser humano não nasce pronto, ele é produto de amor ou desamor de alguém/do semelhante. A Constituição Federal, além de ter enumerado os direitos e garantias individuais do cidadão, no art. 5º, trouxe à doutrina constitucional a declaração especial dos direitos fundamentais da infante-adolescência, proclamando a doutrina da proteção integral e consagrando direitos específicos que devem ser reconhecidos universalmente. No texto do seu art. 227, CF, declarou expressamente que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar e comunitária”.

Para tanto, encontram-se entre os deveres paternos a convivência familiar, a criação e a educação. Assim, aqueles pais que não cumprem com tais obrigações cometem um ato ilícito capaz de gerar danos de ordem moral nos filhos, devendo, por isso mesmo, indenizar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente surge em 1990, em face dos postulados constitucionais inerentes ao novo estado de filiação. Assim, normatizou, em seu Capítulo III “Do direito à convivência familiar”, no Título II “Dos direitos

fundamentais” e a Seção II “Da família natural”, tópicos que marcam os novos princípios jurídicos dignificantes ao estado de filiação.

A convivência familiar resguarda aos filhos o “direito ao pai” na acepção mais sagrada e ampla da palavra, afastando a idéia limitada de coexistência com o genitor. Nesse sentido, a professora Hironaka (2000, p.96), ensina que:

[...] Por direito ao pai deve-se entender o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de se colocar em situação de aprender e apreender os valores fundamentais da personalidade e da vida humana, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver, como de resto é o que ocorre – em quase toda extensão mencionada – com a grande maioria dos animais que compõem a escala biológica que habita e vivifica a terra.

Em face dessas considerações e da importância do direito ao afeto e respeito ao direito de personalidade para o desenvolvimento dos filhos, direito esse erigido a direito fundamental, qualquer dor causada pela sua violação, originando o dano à personalidade (personalidade esta que brota da assistência, educação e criação), será responsabilizada civilmente.

A *Lex Mater* assegurou, em seu art. 5º, incisos V e X, o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem, bem como ao dano material ou moral por violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Evidente, portanto, a proteção ao direito de personalidade.

Entende-se que todo dano moral quer dizer que algum direito personalíssimo foi ofendido, sendo assim desnecessária a demonstração da dor moral, em virtude de sua presunção. Sua lesão propiciaria a pretensão direta aos danos morais, sem necessidade de demonstração de dor e prejuízo, já que estes seriam consequências, e não direitos violados. [...]. A responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação (*damnu in re ipsa*); assim, verificada a lesão a direito de personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo, bastando o nexo de causalidade. (LÔBO, 2009, p. 34).

Portanto a simples violação dos deveres paternos de educar, assistir e criar pode ensejar uma condenação pecuniária, tendo em vista que tais deveres são os formadores da personalidade da criança.

O poder familiar deve ser um veículo propiciador de autonomia ao menor, para que ele seja capaz de fazer suas próprias escolhas e se torne um cidadão atuante. E não apenas poder-dever atribuído aos pais consangüíneos ou socioafetivo sem qualquer função maior. A ausência e o descompromisso de um genitor podem originar danos aos filhos, principalmente no que tange à sua integridade psíquica.

Em face dessa nova ótica, é preciso delimitar dentro do “Direito das Famílias” que pessoas podem ser indenizadas pelo afeto e quais as que devem pagar essa indenização.

Alguns estudiosos entendem que somente o filho menor civilmente ou incapaz estaria legitimado a pleitear indenização pela ausência do afeto, em virtude da função maior da família como formadora da personalidade da criança. Entendem ainda que a reciprocidade, elemento marcante no Direito de Família, que corresponde ao entendimento de que de quem se exige o cumprimento de um dever, também lhe pode ser exigido o cumprimento do mesmo dever se as posições se inverterem, não pode ser aplicado no caso da indenização tratada, por impossibilidade absoluta, posto que os pais já são possuidores de personalidade, não podendo o filho contribuir em sua formação.

Argumenta-se ainda que a Constituição Federal, no texto do seu art. 227, supramencionado, traz privilégios aos filhos, dando-lhes prioridade absoluta em face dos demais. Além disso, o afeto, necessário na formação da personalidade dos filhos, como dito alhures, não é exigido na relação inversa de pai para filho no sentido de ser um obstáculo na formação da personalidade de seus genitores.

A nossa legislação exige, por parte dos pais ou responsáveis pelas pessoas menores de idade, poderes-deveres, indelegáveis, originários do poder familiar, que devem ser exercidos pelos pais e fiscalizados pelo Estado. Esses poderes/direitos e deveres/obrigações preponderam numa proporção justa e equânime no convívio familiar, onde a autoridade dos pais é uma consequência do diálogo e entendimento, e não de atos ditatoriais ou de comando cego.

Rizzardo (2006, p.248), ao tratar do poder familiar, esclarece que:

Ostenta o instituto a dimensão voltada para a proteção e o encaminhamento do filho ao futuro, mas dentro de uma ordem de direitos e deveres, que apresenta o poder familiar como uma função, que é feita de direitos e deveres. Ao direito do pai corresponde o dever do filho. Bem como afirma

que o pai tem direitos para que possa haver-se convenientemente de seus deveres. Nem só direitos, nem só deveres. Mas direitos e deveres que se ajustam, que formam uma verdadeira coerência funcional, para a satisfação de fins que transcendem os interesses puramente individualistas.

Assim, atribuiu-se aos pais, além de outros, os deveres de criação e educação de seus filhos, o de tê-los em sua companhia e guarda (art. 1.634, incisos I e II do Código Civil).

Tarefas atreladas ao próprio dever de ser pai, que foram devidamente expressadas no trecho da decisão judicial prolatada pelo magistrado Maggioni, (setembro, 2003), ao dizer que:

[...] Por óbvio que o Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai – e é o caso do autor – deve desincumbir-se de sua função, sob pena de reparar os danos causados aos filhos. Nunca é demais salientar os inúmeros recursos para se evitar a paternidade (vasectomia, preservativos, etc.). Ou seja, aquele que não quer ser pai deve precaver-se. Não se pode atribuir a terceiros a paternidade. Aquele desprecaído, que deu origem ao filho, deve assumir a função paterna não apenas no plano ideal, mas legalmente. Assim, não estamos diante de amores platônicos, mas sim de amor indispensável ao desenvolvimento da criança.

A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador atribui aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho.

Deixar o filho em abandono afetivo, privando-o da convivência com um de seus genitores, é grave violação de direito fundamental. É por tal motivo que se tem o direito de visitas ao amparo do genitor que não detém a guarda legal do filho, buscando a lei civil amenizar a dor do filho que tem o direito de conviver com seus dois genitores, e não com um deles apenas.

Alguns pais, erroneamente, dizem que têm direito de exercer a visitação, mas na verdade esse direito é do filho, que, para a formação de sua personalidade, precisa do afeto e cuidados do genitor privado do seu convívio diário.

A magistrada Costa (2005, p.20) quando escreveu sobre o afeto na família, manifestou-se dizendo que

O tratamento carinhoso e respeitoso é, sem dúvida, o que melhor atende ao interesse da criança e do adolescente. Então, se faltar o carinho, o afeto e o

respeito pela personalidade da criança, que está em fase de formação, se está negando a essa criança um direito fundamental protegido pela Constituição.

É nessa linha de raciocínio que alguns Tribunais Pátrios vêm condenando pais a indenizar a falta de afeto ao filho. Um caso referência foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 757411. Em resumo, o autor, ajuizou uma ação na 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG, em face de seu pai, almejando indenização por danos morais.

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou o pai ao pagamento de indenização ao filho que foi rejeitado, abandonado, impedido pelo próprio pai de desfrutar de sua companhia e dele receber afeto, educação, formação psíquica e moral. Proferiu, assim, acórdão com fundamento no descumprimento da responsabilidade paterno-filial, atendendo ao princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana, encontrado em seu art. 1º, inciso III, bem como ao princípio da afetividade e fixou a condenação em 200 salários mínimos. Eis a transcrição da ementa:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAE-PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA- PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE - A dor sofrida pelo filho, em virtude de abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (UNIAS, Silva. AC. 408.550-5, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, 1º abr. 2004).

Alegou o autor que seu pai teria sido omissos ao descumprir o dever legal de prestar-lhe assistência psíquica e moral, embora lhe prestasse pensão alimentícia. Outrossim, o autor alega a falta de contato e convivência com a figura paterna, e que veio a sofrer consequências em virtude disto, inclusive humilhações.

Em primeira instância, o pedido inaugural foi julgado improcedente. O autor, através de advogado, interpôs apelação perante a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais. O Tribunal deu provimento ao recurso para condenar o recorrido ao pagamento de indenização por danos morais, entendendo que restaram configurados o dano e a conduta ilícita e omissa do genitor.

O pai, por sua vez, interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça- STJ. Igualmente, o recurso foi provido e o STJ entendeu que, neste caso, não há direito à indenização.

Em um dos votos, o relator do Recurso Especial, analisou a corrente que entende pela inclusão do abandono moral como dano indenizável, para, ao final, afastá-la. Segundo o entendimento do Ministro, a punição pelo abandono moral consiste, exclusivamente, na perda do poder familiar, fundamentando-a no art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como no art. 1.638, II do Código Civil.

Entende o Ministro que a perda do poder familiar é a mais grave pena civil que se pode imputar a um pai, por possuir também um caráter punitivo. Ressalte-se que a corrente doutrinária que entende pela indenização pelo abandono efetivo, discorda nesse ponto.

Alguns doutrinadores e juristas discordam da posição adotada pelo Ministro, entendendo que sua decisão não atende aos anseios sociais de igualdade de gênero, de valores e princípios constitucionais, nem a repersonalização do Direito e das relações familiares, visto que a perda do poder familiar não constitui uma pena para aqueles que efetivamente não o exercem, chegando ao ponto de configurar uma benesse para aqueles, pois, a partir disso, os deveres decorrentes daquele poder deixam de existir.

Ressalte-se que a destituição do poder familiar tem por intuito resguardar a proteção de crianças e adolescentes que se encontram em situações de risco geradas pelos próprios pais. O objetivo da lei é, portanto, proteger a criança e o adolescente e não punir o pai ou mãe omissos em suas obrigações e deveres.

Para a corrente defensiva, a indenização pelo abandono imaterial não tem por objetivo aproximar o pai do filho e sim punir aquele que ocasionou dano neste, sob o prisma de que quem comete ato ilícito tem o dever de repará-lo (artigo 927, CC).

Outro Ministro, com voto vencido, fez uma análise extremamente objetiva do caso concreto, concluindo que, se estão presentes os elementos do ato ilícito, há, obrigatoriamente, por consequência, o dever de indenizar e, por fim, asseverou que a destituição do poder familiar é uma sanção do Direito de Família que, por sua vez, não interfere na indenização por dano moral.

Alega o autor que seu pai teria sido omissos ao descumprir o dever legal de prestar-lhe assistência psíquica e moral, embora lhe prestasse pensão alimentícia. Outrossim, o autor alega a falta de contato e convivência com a figura paterna, e que veio a sofrer consequências em virtude disto, inclusive humilhações.

Em primeira instância, o pedido inaugural foi julgado improcedente. O autor, através de advogado, interpôs apelação perante a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais. O Tribunal deu provimento ao recurso para condenar o recorrido ao pagamento de indenização por danos morais, entendendo que restaram configurados o dano e a conduta ilícita e omissa do genitor.

O pai, por sua vez, interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça- STJ. Igualmente, o recurso foi provido e o STJ entendeu que, neste caso, não há direito à indenização.

Em um dos votos, o relator do Recurso Especial, analisou a corrente que entende pela inclusão do abandono moral como dano indenizável, para, ao final, afastá-la. Segundo o entendimento do Ministro, a punição pelo abandono moral consiste, exclusivamente, na perda do poder familiar, fundamentando-a no art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como no art. 1.638, II do Código Civil.

Há também um caso de decisão abordando questão similar, proferida pela 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O Tribunal reconheceu o direito à indenização por danos morais, no importe de 80 (oitenta) salários mínimos a um adolescente, em face de seu padrasto, que lhe moveu uma ação negatória de paternidade para desconstituição do registro de nascimento o que lhe teria gerado constrangimentos.

No caso fático, o padrasto mantinha lar convivencial com a mãe do adolescente, relação esta que se iniciou ainda quando a mulher estava grávida. Com o nascimento da criança, o padrasto assumiu a paternidade, registrando a criança em seu nome, embora soubesse que não era o pai biológico. Anos depois, ao romper a relação convivencial com a mãe do rapaz, o padrasto ingressou com ação negativa de paternidade com o fim de alterar o registro de nascimento.

Na contestação, o "enteado", argumentou ter sofrido violento abalo psicológico, por ter sido exposto à situação vexatória, além de ter sido constrangedor realizar o exame de DNA. Em face disto, ingressou com ação pleiteando indenização por danos morais, julgada improcedente em primeiro grau.

O Tribunal de Justiça reformou a sentença, e o voto de uma juíza relatora, decidiu condenar o padrasto ao pagamento de uma indenização equivalente a oitenta salários mínimos. A MM juíza- relatora, Dra. Ana Lucia Carvalho Pinto Vieira reconheceu que a matéria guardava contornos de dramaticidade, entendendo que

“não é difícil imaginar a tortura psicológica por que passou o apelante, premido pelas sucessivas negativas de paternidade daquele a quem conheceu como pai”.

Embora tivesse o padrasto direito de arguir a paternidade do “filho”, a magistrada considerou sua atitude “contrária aos princípios mais comezinhos da ética” na exata medida em que o mesmo deveria ter melhor avaliado a questão, pois, de outro lado, o enteado tinha, constitucionalmente assegurado, o direito à dignidade e à privacidade, que restaram violados, pela propositura da indigitada ação negatória de paternidade. “Sem hesitar, digo desnecessária a situação pela qual passou o apelante. No mínimo, o apelado deveria ter sopesado as conseqüências de seus atos”, afirmou a magistrada. E continua: “A atitude afoita, quiçá prenhe de contornos pessoais, redundou em prejuízos desmedidos ao rapaz, que perdeu o nome, a filiação, o referencial e, quem sabe, a segurança para interagir no seu convívio social” (TJRS – Ap.Civ. nº 70007104326-B.Gonçalves – rel Juíza Conv. Ana Lucia Carvalho Pinto Vieira – j. 17.06.2004).

Num outro caso, a 31ª Vara Cível Central, da Comarca de São Paulo, julgou questão semelhante, na qual a paternidade foi exercida e depois negada, em detrimento dos danos à personalidade do filho menor.

É nesse sentido a opinião de Madaleno (2008, p.19):

[...] Desconsiderando a criança no âmbito de suas relações, e assim, criando-lhes inegáveis carências afetivas, traumas e agravos morais que crescem em gravidade, no rastro do próprio desenvolvimento mental, físico e social do filho, que padece com a antijuridicidade do injusto repúdio público que lhe faz o pai [...].

Portanto, ao descumpridor do dever legal, que efetiva os princípios constitucionais, origina-se a obrigação indenizatória; a filiação integral é direito fundamental, assim como o é o direito a ter família, e os Tribunais Pátrios vêm demonstrando a coragem e a sensibilidade ao tratar sobre a filiação, colocando-a a salvo da negligência, do descaso, do desinteresse, da irresponsabilidade dos genitores que descumprem involuntária e desmotivadamente o dever de convivência familiar.

Importante ainda esclarecer que o afeto nunca será substituído pelo dinheiro; são grandezas diferentes e, nas relações de família, o grande elemento agregador é o afeto, o cuidar, e não o dinheiro. Nesta concepção, o afeto não pode se tornar uma mercadoria que se compra e se vende nos Tribunais, devendo o

Judiciário filtrar os pleitos indenizatórios, a fim de se evitar o seu uso abusivo, de má-fé e sem justo fundamento legal.

Costa (2005, p. 58) enfatiza que:

Se o dano é emocional, e não resta dúvida de que o seja, o que se precisa reparar é o sofrimento do filho por não ter recebido o carinho do pai ou da mãe; se atingiu a *psique* da vítima, causando danos na formação de sua personalidade, a recompensa eficaz seria o tratamento psicológico ou psiquiátrico, com o objetivo de lhes restituir a saúde emocional ou recompor o dano emocional sofrido. Assim, os responsáveis pelo dano deveriam ser constrangidos a pagar por quanto tempo fosse necessário o tratamento terapêutico recomendado por profissional especializado à vítima até a sua total recuperação.

Entende assim a professora, que a indenização em dinheiro seria o último recurso, quando não fosse mais possível o tratamento à vítima capaz de recuperá-la, reparando o dano e voltando-se ao *status quo ante*.

O ideal seria encontrar-se meios mais funcionais que o dinheiro, de proteção e promoção à criança e ao adolescente, de modo a resguardar seu crescimento saudável, para incentivar a efetivação do conteúdo da autoridade parental, como um compromisso ético e jurídico dos pais.

Importante enfatizar que, se o filho foi amparado, cuidado, protegido por um pai afetivo, ou um “pai substituto”, o dano emocional fica afastado, na maioria das vezes, já que o filho recebeu carinho e afeto de outrem, devendo o julgador fazer toda uma análise psicossocial da demanda, para averiguar, no caso concreto, a ocorrência ou não do dano em virtude da omissão do afeto.

Analisando um caso concreto relativo à indenização por danos morais, em decorrência do abandono imaterial, Pereira (2006, p.14) leciona:

Não se trata, aqui, de uma imposição jurídica de amar, mas de um imperativo judicial de criação da possibilidade da construção do afeto, em um relacionamento em que o amor, a afetividade lhe seriam inerentes. Essa edificação torna-se apenas possível na convivência, na proximidade, no ato de educar, no qual são estruturados e instalados a referência paterna. Em função da expressa negativa deste pai de proporcionar ao filho a possibilidade da construção mútua da afetividade, violando por esta razão, seus direitos de personalidade, é que foi imputado ao pai o pagamento da indenização por dano moral.

A repersonalização das relações familiares com a valorização da afetividade, só ocorrerá quando o judiciário atender aos reclames sociais de justiça e condenar os pais que não cumprem com os seus deveres.

A responsabilização do pai ofensor faz-se necessária para que ocorra a superação do modelo patriarcal de família. Atualmente, a família possui uma característica eudemonista, configurando-se como um lugar de realização pessoal e de felicidade de seus membros. Para tanto, o Direito incentiva determinadas condutas que, se não forem cumpridas, devem ser sancionadas. No caso de desrespeito aos deveres decorrentes do poder familiar, esta sanção vem a ser justamente a responsabilidade civil.

O papel dos pais não se limita ao dever de sustento, de prover materialmente o filho com os meios necessários à subsistência orgânica. Vai muito além, para abranger a subsistência emocional e a função psicopedagógica, de educação e assistência em geral. Na medida em que não é cumprido esse irrenunciável papel, por injustificável ausência paterna, exsurge o dano que há de ser reparado.

Nesta perspectiva, sobressai a atuação da jurisprudência na aplicação integrativa dos princípios constitucionais – em especial o da dignidade da pessoa humana – como forma de não deixar recair exclusivamente sobre a vítima as consequências do dano.

Nesse contexto, o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais, sofridos pelo filho ofendido em seu direito de receber assistência imaterial, tem por escopo não apenas satisfazer o indivíduo, mas, principalmente, alcançar o equilíbrio nas relações familiares e sociais. Trata-se, portanto, de uma resposta que venha a compensar a dor moral, que feriu a integridade e dignidade de muitas crianças e adolescentes que tiveram seu direito à convivência familiar obliterado.

Por fim, as doutrinas majorantes entendem que as decisões que negam a responsabilização paterna pela omissão revelam, puramente, os valores patriarcais tradicionais, no quais o papel do homem era ser tão somente o provedor da família. Assevera-se ainda que, alguns Tribunais talvez não tenham deferido o pedido de indenização por danos morais decorrentes do abandono imaterial porque consideram que o pai, no caso concreto, já tenha realizado a sua função, a de prover o sustento, com o pagamento da pensão alimentícia.

Nestes casos, a decisão não seguiu a evolução social, em que a família tem um papel de extrema importância para a formação de um adulto íntegro. Na sociedade contemporânea, bem como nos novos arranjos familiares, o papel do homem deve deixar de ser tão somente o de provedor, sendo chamado a atuar e oferecer afeto, criação e educação.

4.5 O PROJETO DE LEI Nº 700/2007

Objetivando coibir as inúmeras controvérsias existentes na seara jurídicas pertinentes ao julgamento das causas relativas ao abandono afetivo/moral e a insegurança jurídica advindas desta situação, foi elaborado o Projeto de Lei nº 700/2007 (PLS – 700/2007), de autoria do Senador Marcelo Crivella (PRB_RJ), caracterizando o abandono afetivo como ilícito civil e penal.

A ementa dispõe acerca da modificação da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), inserindo a caracterização do abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Trata-se de assunto: social - família, proteção a crianças, adolescentes, mulheres e idosos. Foi apresentado em 06/12/2007 e, desde 18/05/2009, encontra-se na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, onde aguarda entrar em pauta para discussão.

Propõe-se à modificação do Estatuto da Criança e do Adolescente, com o acréscimo da obrigação parental de assistência moral que permita o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da criança, podendo os pais em caso de negligência, ser condenados à prisão e ao pagamento das indenizações cabíveis.

Outrossim, tem como justificativa a prevenção e a solução dos intoleráveis casos de negligência dos pais para com os filhos, e, como fundamento o artigo 227 da Constituição Federal, zelar pelo direito do menor à dignidade e ao respeito.

O Senador Marcelo Crivella (2007), em justificativa ao projeto assevera que:

A pretensão precípua é respeitar e dignificar os filhos vítimas da omissão paterna e proporcionar às vítimas de abandono afetivo a segurança de que

o julgador não irá indeferir sua pretensão por ausência de norma regulamentadora.

Ademais, conforme a Comissão de Assuntos Legislativos do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, sob a presidência de Rodrigo da Cunha Pereira, o PLS 700/2007 é inovador e necessário. No entendimento da Comissão, é imprescindível a intervenção do Estado em situações de abandono afetivo. [...]. Os juristas do IBDFAM consentem que a punição é a única forma de conscientizar o pai/mãe do mal que ele fez ao filho e de se tentar evitar que a omissão parental continue. A Comissão argumenta, contudo, que não se justifica a criminalização do abandono moral. Em expediente dirigido ao autor do PLS e a Senador Valdir Raupp (relator), ela sugere que a punição por abandono moral se restrinja à reparação civil. Criminalizar essa conduta, na visão da Comissão, fere as normas do Direito Criminal, que dispõe que a criminalização de um ato só se justifica em último caso, quando outros ramos do direito não conseguem dar uma resposta ao dano causado. A Comissão ainda sugere que seja utilizado o termo autoridade parental ao invés de pátrio poder. (RAUPP, 2009).

Por fim, constata-se que, a segurança jurídica e o amparo aos filhos, vítimas do descaso e omissão dos pais, serão de grande valia para o fim a que se pretende o estudado projeto de lei.

5 CONCLUSÃO

Diante do estudo desenvolvido, pôde-se observar que a família sofreu e ainda sofre constantes transformações em sua conceituação, em virtude do facete multidisciplinar que envolve sua definição, fruto da evolução da instituição familiar, o que exigem do direito uma constante readaptação, com o fulcro de atender as necessidades da realidade social de cada época.

Não pode ser afastada a certeza de que a família deve ser vista, na contemporaneidade, como um agrupamento social fundado essencialmente por laços de afetividade, não podendo chegar à outra conclusão, tendo como fundamento a Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com efeito, o seio familiar passou a ser o local de valorização da condição humana e formação da personalidade. Neste ambiente de harmonia e afeto, os filhos são criados para o futuro e transformados em cidadãos, na medida em que são assistidos, educados e cuidados pelos pais, no exercício do poder familiar.

Observou-se que o Estado mantém uma preocupação constante na proteção a família, tendo em vista que esta é a base da sociedade e o alicerce para a existência de um Estado equilibrado.

Viu-se que, com o advento da Constituição Federal, foram promovidas as alterações para a promulgação do Código Civil de 2002, tendo como base os princípios constitucionais, trazendo para o Direito de Família significantes soluções para conflitos de diversas naturezas. Entretanto, contatam-se algumas situações que não foram contempladas pelos referidos institutos legais e que necessitam de respostas e soluções.

Diante do atual panorama ocupado pela família na contemporaneidade, e da função social por ela exercida, esta passou a ter como base o afeto, os deveres de cuidar, educar e conviver, como também a valorização da pessoa humana, de forma a evitar danos à sociedade, decorrentes do descumprimento destes preceitos fundamentais.

Prestigia-se, assim, a paternidade socioafetiva na medida em que ela é tão importante quanto a biológica. Em síntese, até mais dignificante, pela grandeza da

alma que é acolher em seu seio familiar um filho que, no mais das vezes, provém de origem desconhecida. O afeto é a mola propulsora.

Assim, a tarefa de ser pai ou mãe e de esperar destes o afeto e cuidados foi elevada a preceito constitucional, em face da dignidade da pessoa humana e da prioridade integral à criança e ao adolescente estabelecidas na Constituição Federal e legislação ordinária. Sua omissão ou descumprimento vem obrigando os pais ausentes e omissos a indenizar seus filhos pelo dano emocional sofrido.

Portanto, não importa a origem da criança, se da barriga da mãe, das ruas ou orfanatos. O amor e cuidado de um pai, no seio de uma família, são imprescindíveis.

Viu-se que a quebra dos deveres dos pais (direitos dos filhos), caracterizada pela sua omissão, configura o abandono afetivo, gerando através de decisões a responsabilização civil culminando na indenização por danos morais.

Ademais, observou-se a necessidade de utilizar a interdisciplinaridade dos direitos, de forma que o instituto da responsabilidade civil proporcione a solução dos conflitos na esfera do Direito de Família.

Esta responsabilização é caracterizada quando efetivamente se constata o dano, uma vez observados os elementos que o constituem, tendo como objetivo precípuo a reparação do dano à vítima (filho) e a punição aos genitores omissos.

Avultou-se que a punição de indenização pecuniária assume caráter estritamente pedagógico, servindo de exemplo e forma de desestímulo à prática de tais atos, por serem prejudiciais aos filhos.

Foram apresentadas duas vertentes doutrinárias. O entendimento contrário à responsabilidade civil pelo abandono afetivo alega que o Direito de Família tem solução própria para esse tipo de conflito, qual seja: a perda do poder familiar. Diferentemente do entendimento anterior, constatou-se que os princípios aduzidos não devem prosperar, uma vez que a perda do poder familiar acaba por beneficiar os pais omissos e, por consequência, vítima duplamente o menor.

A responsabilização civil por abandono afetivo se mostra condizente aos casos em que se configurem os danos aos filhos pela quebra dos deveres paterno-filiais. Ademais, pôde-se mostrar que não se tem como pretensão a quantificação do amor ou a responsabilização pelo desamor, tampouco monetarizá-lo. Visa-se, entretanto, a punição, a reparação e a prevenção de ocorrência do dano ante o

descumprimento do dever de cuidar, educar e conviver com o filho. Fere diretamente o princípio da dignidade e o respeito à figura dos filhos.

Não se trata de uma mera faculdade nos pais dar atenção, amor e afeto aos filhos, mais sim, um dever assegurado constitucionalmente. Faz-se necessária a criação de normas e mecanismos específicos para estes casos, tendo em vista resolução da insegurança jurídica gerada pelas decisões dos tribunais, nos casos em que os doutos magistrados entendem que inexistente fundamentação plausível para as lides.

Assim, o projeto de Lei nº 700/2007 apresenta uma solução viável à temática, vez que objetiva modificar o tratamento dado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente à omissão de afeto, de forma a caracterizá-lo como ilícito civil e penal.

Desta feita, uma vez observados os mais diversificados estudos de caso, e, de acordo com os preceitos que resguardam os direitos dos filhos em relação aos pais, bem como o dever destes em relação àqueles, este estudo prima pela aplicabilidade da indenização pelo dano afetivo nos novos institutos familiares, uma vez configurado o abandono de fato e os respectivos danos, para fins de responsabilização dos agentes omissos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A constitucionalização do direito de família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2441/a-constitucionalizacao-do-direito-de-familia>>. Acesso em: 14 set. 2011.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a construção da dignidade da pessoa humana. **Revista CEJ**, Brasília, nº. 33, p.43-53, abr./jun, 2009.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 4, nº. 14, p. 8, jul./set, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Novos Rumos do Direito de Família**: o direito de família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva 1989.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.ht>. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 ago. 2011.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 set. 2011.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 700**, de 6 de dezembro de 2007. Dispõe sobre o abandono afetivo como ilícito civil e penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516>. Acesso em: 02 ago. 2011.

_____. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo

Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 05 ago. 2011.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Novos contornos do direito de filiação: a dimensão afetiva das relações parentais**. Disponível em: <<http://www.direitodafamilia.net/listaartigo>>. Acesso em: 20 set. 2011.

BRITTO, Aires. **Voto proferido no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132**. Julgado em: 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=17893>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

CAMBI, Eduardo. O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na Ação Negatória de Paternidade, surgido com o exame do DNA, na hipótese de “adoção à brasileira”. **Revista de Direito Privado**, [S.l], v. 13, p.22-28, jan./mar, 2003.

CASTRO, Leonardo. **Precedente perigoso: O preço do abandono afetivo**. Disponível em: <<http://srvwebbib.univale.br/pergamum/tcc/Indenizacaooporabandonoaafetivo.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2011.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto; como e a quem indenizá-lo? **Revista Magister de Direito civil e processual civil**. Porto Alegre, n.º 5, p.17-26, 2005.

CURY, Munir; MAÇURA, Jurandir Noberto; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 5 v.

DONIZETTI, Leila. **Direito à Identidade Genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. **Em que crêem os que não crêem?** Tradução de Eliana Aguiar. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

FACHIN, Luiz Édson (Coord.). **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

FUGIE, Érika Harumi. A união homossexual e a Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 15, p. 34- 41, out./dez. 2002.

GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, filiação e afeto**: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Atualização de Humberto Theodoro Junior. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 27, p. 321-333, dez./mar. 1999/2000.

KEHL, Maria Rita. Em defesa da família tentacular. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p.24.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Síntese de Direito Civil**: direito de família. Curitiba: JM Editora, 1997.

LIMA, Ricardo Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renova, 1997. cap. 2º, p.33-41.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1591 a 1.693. São Paulo: Atlas, 2009. v. XVI.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**: aspectos polêmicos. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

MARTINEZ, Helder Dal Col. **A família à luz do concubinato e da união estável**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº408. 550-5**, da 7ª Câmara Cível. Rel. Juiz Unias Silva. Julgado em: 01 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 12 ago. 2011.

_____. **Apelação Cível nº 1.0056.06.132269-1/001**, da 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Nepomuceno Silva. Julgado em: 09 jan. 2008. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=56&ano=6&txt_processo=132269&complemento=1>. Acesso em: 20 ago. 2011.

_____. **Apelação Cível nº. 7005248604/2002**; da 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Sérgio Fernando Vasconcelos Chaves. Julgado em: 06 fev. 2007. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=210&ano=4&txt_processo=17899&complemento=1>. Acesso em: 20 ago. 2011.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [S.l.], 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 20 ago.2011.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das Pessoas e das Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Civil nº. 108.417-9**, da 2ª Câmara Civil. Rel. Des. Accário Cambi. Julgado em: 12 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br/index.xml>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RAUPP, Valdir. **[Voto proferido no relatório da análise do Projeto de Lei nº 700/2007]**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/PLS700_2007voto_relator.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 2004.001.10200**, da 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Jessé Torres. Julgado em: 23 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&LAB=XJRPxWEB&PGM=WEBJRP101&PORTAL=1>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº598362655**, da 8ª Câmara Cível. Rel. Des. José Ataides Siqueira Trindade. Julgado em: 01 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

_____. **Apelação Cível nº 70004813713/2002**; da 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 06 dez. 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 20 ago. 2011.

_____. **Conflito de Competência nº70000992156**, da 8ª Câmara Cível. Rel. Des. José Ataides Siqueira Trindade. Julgado em: 29 jun. 2000. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 20 ago.2011.

_____. **EI 599.277.365**; da 4ª Grupo Câmara Cível. Rel. Des. Maria Berenice Dias. Julgado em: 31 out. 1999. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

_____. **Apelação Cível nº. 597236298**, da 7ª Câmara Cível. Rel. Des.Eliseu Gomes Torres. Julgado em: 02 set.1998. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSSOT, Rafael Bucco. O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da afetividade. **Revista Brasileira de Direito Das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, n. 9, p. 13-21, abr./maio 2009.

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

SANTOS, Fabíola Albuquerque. Poder Familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, cap. 3º, p. 78-93.

SCHREIBER, Elisabeth. **Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0718/2003**, da 1ª Câmara Cível. Rel. Des. Fernando R. Franco. Julgado em: 08 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.tj.se.gov.br/>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

STJ. **Recurso Especial nº 433206**, da 4ª Turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. Julgado em: 07 abr. 2003. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/255864/recurso-especial-resp-433206-df-2002-0053539-3-stj>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

_____. **Recurso Especial nº 159851-SP**, da 4ª Câmara Cível. Rel. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em: 19 mar. 1998. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp >. Acesso em: 20 ago. 2011.

_____. **Súmula 301**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=30>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 6 v.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 21, 1979.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a Filiação Biológica e Sócioafetiva. **Revista de Direito Privado**, [São Paulo]: Revista dos Tribunais, v. 14, p.22-24, abr./jun. 2009.