UNIVERSIDADE DO VALE DO TAQUARI
CURSO DE DIREITO

CRITÉRIOS JURISPRUDENCIAIS UTILIZADOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES SEGUNDO O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL NO ÚLTIMO ANO

Suélen Vitória Dullius

Lajeado/RS, julho de 2020.

Suélen Vitória Dullius

CRITÉRIOS JURISPRUDENCIAIS UTILIZADOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES SEGUNDO O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL NO ÚLTIMO ANO

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Projeto de Monografia ou Artigo do Curso de Direito, da Universidade do Vale do Taquari – Univates, como parte da exigência para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora Profa. Dra. Thaís C. Muller.

Lajeado/RS, julho de 2020.

CRITÉRIOS JURISPRUDENCIAIS UTILIZADOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES SEGUNDO O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL NO ÚLTIMO ANO

A Banca examinadora abaixo aprova a Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia ou Artigo, da Universidade do Vale do Taquari – UNIVATES, como parte da exigência para a obtenção do grau de Bacharel em Direito:

Profa. Dra. Thaís C. Muller – orientadora
Universidade do Vale do Taquari – Univates.

Prof(a). Convidado(a): Loredana G. Magalhães.

Convidado (a): Larrisa S. B. Moraes.

Lajeado/RS, julho de 2020.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer primeiramente a Deus, por ter me propiciado saúde e oportunidade para alcançar meus sonhos e objetivos.

Agradeço a minha família que me apoiou em todas as etapas durante minha trajetória na vida acadêmica, por terem acreditado na minha capacidade, terem me dado forças para nunca desistir e sempre me incentivarem a ser alguém melhor, incluindo meu pai que apesar de não estar mais entre nós, sempre estará presente no coração de toda família. Amo vocês.

Ao meu noivo por todo apoio e compreensão, por estar ao meu lado e ter me encorajado desde o começo nessa jornada de estudos. Te amo.

Aos amigos que fiz durante toda minha vida e as novas amizades que pude fazer durante minha trajetória nas aulas de direito.

À professora Dra. Eliane que no desenvolvimento do meu projeto de trabalho de conclusão tanto me encorajou a ir atrás dos meus objetivos e acreditou que eu seria capaz.

À professora Me. Loredana que no primeiro momento me ajudou no desenvolvimento deste trabalho, me dando várias dicas e apoio educativo.

À professora Dra. Thais, pelas orientações e críticas construtivas que permitiram que este trabalho realmente acontecesse mesmo nesse momento tão difícil que estamos vivendo, ela me fez acreditar que ele daria certo.

Aos demais professores da Univates que com todos os ensinamentos me fizeram chegar até aqui e me preparar para enxergar o mundo de outra forma.

RESUMO

Atualmente no Brasil, o direito de família, está regulado no Código Civil, na sua Parte Especial - Livro IV – Do *Direito de Família* (art. 1.511 a 1.783-A), entretanto não há, nesse livro um título que aborde sobre o abandono afetivo e as suas consequências para os pais (na forma de requerimento de dano moral). O fato de não haver, no Livro IV, um regramento prevendo punição para os genitores que abandonam afetivamente sua prole, tem como consequência, a utilização da responsabilidade civil e a dificuldade de condenação em juízo dos casos concretos. Por isso, o objetivo geral dessa monografia é identificar os critérios utilizados para a caracterização de dano moral por abandono afetivo de crianças e adolescentes segundo o TJ/RS no ano de 2019. Para alcançar esse objetivo foi realizada uma pesquisa investigatória aplicando-se o método qualitativo e dedutivo instrumentalizado pelo procedimento de coleta de dados, através de pesquisa bibliográfica, documental e de jurisprudência. A análise começa por apontamentos históricos, para identificar as mudanças na conceituação de "família", chegando-se ao princípio constitucional da afetividade (como critério da formação familiar) e da Teoria da Proteção Integral das crianças e Adolescentes (adotada como forma de garantir seus direitos), passando a identificar na CF/88, CC/2002 e no ECA as previsões legais acerca dessa proteção. Após conceituou-se a afetividade no direito de família, o dano moral e o abandono afetivo. E, em seguida, identificaram-se em pesquisa realizada no site do TJ/RS os critérios que foram utilizados por esse tribunal, para negar ou acatar os pedidos de dano moral por abandono afetivo. Conclui-se faltar certeza jurídica sobre o tema, visto que, apesar de existir a responsabilidade civil e doutrinas apontando ser passível de indenização, o tribunal mantém o entendimento que deve haver a demonstração da conduta ilícita, do dano e do nexo de causalidade para a comprovação do abandono moral e sua indenização.

Palavras-chave: Abandono Afetivo. Dano moral. Responsabilidade Civil.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ART	Artigo
CC/2002	Código Civil de 2002.
CF/88	Constituição Federal de 1988
CMDCA	Conselho Municipal dos Direitos da Criança
CP/40	Código Penal de 1940
ECA	Estatuto da Criança e Adolescente
LOA	Lei Orgânica de Assistência Social
RESP	Recurso Especial
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ/AM	Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas
TJ/RS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 9

2 BREVES NOTAS HISTÓRICAS E ENREDOS FAMILIARES PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 12

2.1 Breve histórico sobre o direito de família e proteção da criança e adolescente 12

2.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana 15

2.1.2 Solidariedade social e familiar 16

2.1.3 Igualdade Jurídica entre os cônjuges 17

2.1.4 Igualdade Jurídica entre filhos 18

2.1.5 Igualdade no exercício do poder familiar 18

2.1.6 Não intervenção no planejamento familiar 19

2.1.7 Proteção integral de cada um dos seus membros 20

2.1.8 Paternidade Responsável 21

2.2 Conceito de família 21

2.2.1 Conceito de casamento civil 23

2.2.2 União Estável 26

2.2.3 Principais formações de família 31

2.3 Poder familiar 35

2.4 Teoria da proteção integral 40

3 PROTEÇÃO LEGISLATIVA CONCEDIDA PARA AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES 46

3.1 A Constituição Federal de 1988 e a proteção às crianças/adolescentes. 46

3.1.1 Igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres 47

3.1.2 Aplicabilidade das normas que garantem os direitos fundamentais 48

3.1.3 Direitos sociais 48
3.2 Legislação Infraconstitucional - Estatuto da Criança e do Adolescente..... 51
3.2.1 Quanto ao sistema de garantias 51
3.2.2 Aspecto prioritário da criança e do adolescente..... 54
3.2.3 Fortalecimento dos vínculos familiares e à colocação em família substituta 58
3.2.4 Da prevenção e implementação de políticas públicas com enfoque prioritário na criança e no adolescente 61
3.2.5 O acolhimento institucional de crianças e adolescentes como medida excepcional e eminentemente temporária 63
3.3 Responsabilização civil dos Pais, do Estado e da Sociedade 64
3.3.1 Crime de abandono 64
3.3.2 Crime contra a assistência familiar 66
4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DANO MORAL E ABANDONO AFETIVO E ANÁLISE DE JULGADOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL 71
4.1 Afetividade no direito de família 71
4.2 Exposição doutrinária e legislativa sobre o dano moral e a disciplina sobre o abandono afetivo. 76
4.2.1 Dano moral..... 77
4.2.2 Abandono afetivo 81
4.3 TJ/RS e os julgamentos sobre abandono afetivo no ano de 2019 85
4.4 Critérios utilizados para a caracterização de dano moral por abandono afetivo de crianças e adolescentes segundo TJ/RS no ano de 2019..... 90
5 CONCLUSÃO 101
REFERÊNCIAS..... 104

1 INTRODUÇÃO

As ações de reparação por dano moral em decorrência de abandono afetivo já fazem parte dos pedidos de indenização que tramitam no TJ/RS, em busca de uma compensação perante a omissão dos genitores, que em alguns casos não assumiram as responsabilidades na criação de sua prole: seja faltando nas questões materiais ou imateriais.

Para alguns doutrinadores tal Castro e Eliane (2007) o pedido de dano moral é descabido, visto defenderem que a resolução desse conflito se dá na vara do direito de família e é punida com a destituição do poder familiar. Outros doutrinadores como Araújo e Silva (2019), defendem que apenas a perda do poder familiar não seria eficaz para a punição dos genitores, pois para aquele genitor que já não cumpre com as suas obrigações parentais com a destituição do poder familiar, seria “premiado” com o livramento dessa obrigação e dessa forma o Poder Judiciário, em vez de punir, estaria incentivando essa prática.

A falta de punição dos genitores pelo abandono afetivo acarreta, em inúmeros casos, danos no desenvolvimento psíquico da prole e como no Brasil, não há legislação específica (como ocorre com a alienação parental) o tema continua sendo objeto de muita discussão doutrinária e judicial.

Durante a história do Brasil, o ordenamento jurídico sofreu diversas mudanças, que influenciaram diretamente na conceituação dos núcleos familiares (inicialmente, a família era matrimonializada e amparada pela igreja que pregava a

união como um eixo indissolúvel perante os preceitos da religião e o Estado concedia proteção às relações instituídas dessa forma).

Nesta época, as famílias viviam no campo, contudo, com a piora nas condições econômicas na vida rural, elas viram a necessidade de sair do meio agrícola para a cidade com o objetivo de aumentar sua renda, a mulher adentrou no mercado de trabalho e a vida em sociedade fez as relações se formarem por laços de afetividade. Assim, se institucionalizou o princípio da afetividade nas relações familiares e seus núcleos passaram a serem formadas de outras maneiras, além daquela gerada por homem e mulher através do casamento.

Como os constituintes reconheceram na família, a base da sociedade e do Estado, o que fez com que a família fosse protegida, na pessoa de cada um dos seus integrantes, pela CF/88, através do princípio da dignidade da pessoa humana (que visa o respeito à existência da pessoa humana, escolhas perante questões patrimoniais e afetivas, etc), também houve a inclusão da indistintabilidade de filiação (filho biológico - matrimonial/extramatrimonial, adotivo e afetivo); a proteção das diferentes formas de entidades familiares; o estabelecimento do princípio da igualdade entre os genitores, da liberdade quanto a formação familiar e parental e a proteção integral da criança e do adolescente.

Com essa proteção constitucional, estabeleceu-se a preservação integral dos direitos inerentes aos filhos reforçando a ideia de que a família seja a base da sociedade, devendo os genitores, a sociedade e o Estado assegurar e proteger integralmente os direitos da prole. A CF/88 acrescenta que é dever da família, bem como da sociedade e do Estado priorizar o direito à vida, à saúde, entre outros das crianças e adolescentes, bem como instituiu a paternidade responsável!

O objetivo geral desse estudo, foi identificar os critérios utilizados perante o TJ/RS para a (in) admissibilidade das ações de responsabilização por danos morais decorrentes do abandono afetivo e para isso, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial no site https://www.tjrs.jus.br/site/, no acesso intitulado jurisprudência, pesquisa de jurisprudência, incluindo-se as palavras chaves: dano moral + abandono afetivo.

Já como objetivo específico, o presente trabalho buscou descrever os princípios que regem a proteção da família pelo Estado, conceituar a família e sua formação no ordenamento jurídico brasileiro descrever e conceituar o poder familiar e falar acerca da teoria da proteção integral da criança e do adolescente, como fundamentos para a admissibilidade das ações de responsabilização por danos morais decorrentes do abandono afetivo.

No sentido da garantia protecional, foram pesquisadas as legislações que abordavam o tema, tanto os artigos constitucionais, quanto infraconstitucionais: como o ECA e o CC/2002. Para poder discutir sobre a admissibilidade dessas ações, arrolam-se artigos que atribuem obrigações aos genitores, identificando a responsabilidade deles, do Estado e da sociedade quanto ao descumprimento das obrigações parentais previstas em lei.

Desta forma, buscou-se explicar a aplicabilidade do princípio constitucional da afetividade no direito de família, arrolar as obrigações parentais, a proteção integral da criança e do adolescente e conceituar o dano moral, para depois, tratar sobre a admissibilidade das ações de responsabilização por danos morais decorrentes do abandono afetivo.

Analisando-se os resultados dessa busca, foram encontrados em 2019, 24 julgados. Após, realizou-se uma análise sobre os parâmetros que o judiciário empregou. Assim, utilizando-se a metodologia qualitativa e dedutiva, instrumentalizou-se o presente trabalho com pesquisa bibliográfica, documental e de jurisprudências.

2 BREVES NOTAS HISTÓRICAS E ENREDOS FAMILIARES PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 Breve histórico sobre o direito de família e proteção da criança e adolescente.

No Código Civil de 1916 a família era considerada conservadora e idealizada através do matrimônio, também, havia uma hierarquia entre seus membros, assim sendo considerada patriarcal, pois o pai era quem detinha a voz de comando entre os integrantes do núcleo familiar, por fim, não havia a possibilidade de dissolução do matrimônio. Ela era monogâmica e o preceito de felicidade nem sempre era observado na conjuntura da relação.

Para Dias (2013), a família vivia em comunidade rural, com extensa formação e por consequência em grande número de parentes, sendo que para aumentar a sua força de trabalho na roça eles tinham mais filhos, assim, incentivando-se a procriação com o objetivo de melhorar suas condições de sobrevivência.

Desde a história bíblica, segundo Canezin (texto digital) a mulher era colocada em posição de subordinação ao homem, devido ao pensamento de que a mulher teria sido criada através dele e que por isso ela seria inferior a ele. Ainda, acrescendo como fato ensejador desta inferioridade, estava a culpa que a mulher carregava por ter comido a fruta da árvore proibida na qual motivou em um castigo onde caberia a ela a multiplicação da espécie e o sofrimento pelas dores do parto, sendo que mesmo assim ela seria submissa as premissas de seu marido.

Canezin (texto digital) explica que através desse contexto, a igreja cristã se afixou, não permitindo o divórcio do casamento e proibindo a inclusão de mulheres entre os sacerdotes. Também, acreditava-se que o trabalho não era adaptado a mulher e que por preferência ela deveria se manter no lar devido a sua característica maternal.

O Estado e a igreja trabalhavam juntos com a finalidade de se manter a ordem na sociedade e para isso se preocupavam muito com a moral, assim, havia muita influência da Igreja Católica na qual pregava que o casamento era considerado uma união indissolúvel, não permitindo a separação por pedido dos cônjuges, somente podendo ser anulado por erro, como por exemplo, se a mulher na qual o homem se casou não fosse mais virgem.

As relações fora do casamento eram chamadas de adulterinas e ainda, apenas os filhos havidos dentro da relação eram considerados legítimos, aqueles que foram concebidos fora da relação eram espúrios ou bastardos, além do mais não tinham os mesmos direitos daqueles considerados naturais. Ainda, a união que se dava por outra forma, que não fosse o casamento era chamada de espúria.

As mulheres não possuíam direitos civis, sendo representadas por seus tutores, (pais ou irmãos). Essa inferioridade relativa da mulher durou muitos anos, pois cabia ao pai (chefe da família) tomar todas as decisões do núcleo familiar, bem como ao marido prover os alimentos da casa.

A finalidade do casamento era social e política, sendo que a inferioridade da mulher perante o marido perdurou até 1962:

> Essa condição de inferioridade perdurou até o advento do Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, que revogou 14 artigos do Código Civil, os quais mantinham a mulher em inexplicável posição de dependência e inferioridade perante o marido. (CANEZIN, pág. 6, texto digital).

Em 1.962 as mulheres conquistaram o Estatuto da mulher casada, Lei nº 4.121/62, na qual ficou representada pela igualdade de direitos e a capacidade de trabalhar das mulheres, através da Revolução Industrial que motivou um dos movimentos muito importantes para a população feminina, o da igualdade entre homens e mulheres.

O Estatuto da mulher casada previa o desquite, ou seja, a sociedade conjugal poderia ser dissolvida, separando-se de fato os corpos e os bens, porém o vínculo matrimonial não restava quebrado, ainda, os filhos menores ficariam em guarda do conjugue considerado inocente, ou seja, com aquele que não lhe solicitou.

No entanto em 1977 foi instituída a Lei do Divórcio nº 6.515, na qual diz que a dissolução da sociedade conjugal poderia se dar na forma do divórcio:

> Art 2º - A Sociedade Conjugal termina:
> I - pela morte de um dos cônjuges;
> II - pela nulidade ou anulação do casamento;
> III - pela separação judicial;
> IV - pelo divórcio.
> Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. (LEI Nº 6.515, 1977, texto digital).

No entanto, para que o casal pudesse se divorciar, eles deveriam antes cumprir o requisito da separação. A separação não quebrava o vínculo jurídico do casamento, e para se conseguir o divórcio, o casal deveria ter 2 anos consecutivos de separação de fato (separação de corpos), para promover a ação de divórcio.

Através da Emenda Constitucional de nº 66 foi admitido o divórcio direto, ou seja, restou permitido o rompimento do casamento de forma legal, que antes se dava apenas pela separação. A partir de então, não mais era necessário o cumprimento do requisito da separação judicial por mais de um ano ou da separação de fato de dois anos ou mais:

> Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:
> "Art. 226. .....
> .....
> § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."(NR) (EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, 2010, texto digital).

A separação até então era a única classificação para a quebra do vínculo matrimonial entre homem e mulher, como legalmente o divórcio não era permitido, quando um casal não queria mais conviver de forma conjugal, optava pela separação, contudo, como o judiciário não aceitava esta modalidade, o vínculo jurídico do casamento não restava rompido.

Com a Revolução Industrial, juntaram-se as más condições de vida na agricultura e a necessidade de trabalhar do sexo feminino e assim, as mulheres

viram uma oportunidade de ingressarem no mercado de trabalho, passando também a serem fontes de renda de suas casas. Claudete Carvalho Canezin fala que a partir do momento que se ingressou a força feminina no trabalho, que começaram as mudanças em relação aos direitos delas perante a sociedade:

> Foi, pois, na segunda metade do século XX, quando as mulheres começaram a sair de casa para trabalhar fora, que começaram também a pensar em direito ao sexo, em salários iguais para funções iguais (até hoje não conseguido ainda, na prática) e na plena igualdade de direitos na sociedade. (CANEZIN, pág. 7, texto digital).

Após essa migração do campo para o meio urbano, as pessoas passaram a conviver em sociedade com os demais e a ser observados vínculos afetivos entre os indivíduos. Assim, foi-se modificando o intuito da construção da família, que passou a ter como essência na sua formação os laços de afetividade e amor.

Com o advento da CF/88, o direito de família passou a ser constitucionalizado, ou seja, protegido pela mesma, assim, ficou estabelecido alguns princípios de proteção à família que seguem:

2.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF/88)

O afeto após a CF/88 passou a ser valorado diante das relações e assim, a felicidade passou a ser praticamente um requisito nos vínculos familiares, pois estes estariam ligados ao princípio da dignidade humana.

Considerado a maior conquista no direito brasileiro, segundo Gagliano e Pamplona (2017), ele está previsto na forma do artigo 1º da CF/88, na qual prevê que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> III - a dignidade da pessoa humana; (CF, 1988, texto digital).

Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona, falam sobre a dificuldade em definir este princípio, mas que acreditam que ele esteja ligado a um valor fundamental de respeito ao ser humano.

> Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer que a noção jurídica de

> dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade. Mais do que garantir a simples sobrevivência, esse princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias — estatais ou particulares — na realização dessa finalidade. (GAGLIANO e PAMPLONA, 2017, pág. 94).

Este princípio faz ligação com os demais abarcados no direito de família, como por exemplo, a não distinção nos casos de filiação, na qual prevê a coibição do tratamento diferenciado perante filhos biológicos e socioafetivos, bem como, protege as diversas formas de entidades familiares, e ainda, coloca a proteção integral da criança e do adolescente com a finalidade de se garantir o melhor interesse destes, para que eles vivam com dignidade e protegidos aos olhos do Estado.

2.1.2 Solidariedade social e familiar (art. 3º, inc. I, CF/88)

O princípio da solidariedade social e familiar prevê que a sociedade deve ser livre, com o objetivo de se constituir de forma justa e solidária, inclusive dentro do relacionamento familiar, assim descrita no: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;“ (CF, 1988, texto digital).

Este princípio não se trata apenas da afetividade entre os membros do núcleo familiar, mas sim uma responsabilidade social entre eles: “Esse princípio não apenas traduz a afetividade necessária que une os membros da família, mas, especialmente, concretiza uma especial forma de responsabilidade social aplicada à relação familiar.” (GAGLIANO e PAMPLONA, 2017, pág. 116).

Ela se traduz como um amparo e assistência recíprocos entre os companheiros do mesmo núcleo familiar, tanto na forma material como moral e sendo recíproca vinda dela o dever de alimentos entre membros familiares bem como entre cônjuges:

> A solidariedade, portanto, culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.
> É ela, por exemplo, que justifica a obrigação alimentar entre parentes, cônjuges ou companheiros, ou, na mesma linha, que serve de base ao poder familiar exercido em face dos filhos menores. (GAGLIANO e PAMPLONA, 2017, pág. 116).

Acrescentando-se, o princípio da solidariedade faz alusão à inclusão do indivíduo na sociedade como parte dela, devendo todos ser responsáveis uns pelos outros através da solidariedade.

> Da leitura desses objetivos podemos perceber o princípio da solidariedade como um fato social, devemos pensar no indivíduo como parte da sociedade em que está inserido e dentro dessa percepção fala-se em solidariedade objetiva, ou seja, mostra o quanto é necessário o convívio e o relacionamento humano. Em outras palavras, a solidariedade se expressa quando se entende que, além do poder público, é responsabilidade da sociedade a existência social de cada um de seus membros. (MORAIS, 2016, pág. 21).

2.1.3 Igualdade Jurídica entre os cônjuges (art. 5º, caput e art. 226, §§ 3º e 5º, CF/88)

Historicamente, o sexo feminino era considerado mais frágil e inferior perante os homens, sendo que aquele era comando por seus maridos, pais e irmãos, tornando-se hierarquizado por eles.

Contudo, a mulher foi desempenhando maiores papeis no âmbito trabalhista e assim conquistando seu espaço no labor, passando assim, a compor a fonte de renda da família, juntamente com o marido. Gagliano e Pamplona (2017) falam que apesar dos avanços, a remuneração recebida pela mulher, atualmente, ainda é inferior à do homem.

Com a finalidade de se buscar uma equiparação, a proteção legal e igualdade entre homens e mulheres, a CF/88 dispõem em seu art. 5º, I que todos são iguais perante a lei, não podendo haver distinção entre as pessoas em razão de seu sexo:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (CF, 1988, texto digital).

Na busca pela igualdade jurídica entre os cônjuges, a CF/88, (art. 226 §3º e §5º), buscou classificar além do casamento, também a união estável como entidade familiar, incluindo-a na proteção concedida pelo Estado, sendo que neste mesmo artigo, se faz referência novamente a igualdade entre os membros familiares na modalidade colaborativa e não de dependência como já foi ao longo da história:

> “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”
> § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (CF, 1988, texto digital).

Atualmente se vê a necessidade da igualdade entre os cônjuges inclusive nas questões de guarda dos filhos, onde passou a vigorar a guarda compartilha, na qual ambos os pais podem exercer de forma conjunta os direitos e deveres do poder familiar.

2.1.4 Igualdade Jurídica entre filhos (art. 227, § 6º, CF/88)

A CF/88 também previu a igualdade jurídica entre os filhos, fazendo com que não haja mais discriminação entre a filiação legítima (aquela obtiva através do casamento) e a ilegítima (filhos fora da constância do casamento). Referente ao assunto, explicam: “Na vereda do art. 227, § 6.º da CF, o Código Civil estabelece, em caráter absoluto e inafastável, a igualdade entre os filhos, não admitindo, sob nenhum argumento ou pretexto, qualquer forma espúria de discriminação.” (GAGLIANO e PAMPLONA, 2017, p. 102).

Este princípio se encontra descrito na CF/88 (art. 227 §6º) na qual explica que é dever da família, bem como da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida e a saúde, não discriminando os filhos havidos ou não na relação da união através do casamento, inclusive citando que os filhos adotivos terão os mesmos direitos que os filhos biológicos.

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
> § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (CF, 1998, texto digital).

2.1.5 Igualdade no exercício do poder familiar (arts. 226, § 5º, E 227, § 7º, CF/88)

O poder familiar deverá ser exercido de forma igualitária entre os pais conforme: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” (CF, 1988, texto digital).

Sobre este princípio há também previsão no ECA no art. 21:

> Art. 21. O poder familiar 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. (ECA, 1990, texto digital).

Inclusive para que seja verificada a igualdade do poder familiar, foi incluído o instituto da guarda compartilhada, podendo ambos os ascendentes, de forma igualitária, exercerem os direitos e deveres dos seus descendentes.

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
> § 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se- á em consideração o disposto no art. 204. (CF, 1988, texto digital).

2.1.6 Não intervenção no planejamento familiar (art. 226, § 7º, CF/88)

O planejamento familiar é de livre decisão do casal, dando ao Estado o dever de arcar com os recursos educacionais.

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (CF, 1988, texto digital).

Como fica reforçada neste trecho em que Morais fala, a família é a base da sociedade e por isso merece total proteção do Estado, fortalecendo que o casal é quem deve decidir sobre o planejamento familiar, contudo, cabendo ao Estado propiciar os recursos para que haja educação das crianças e a garantia da dignidade da pessoa humana, conjuntamente com a premissa da paternidade responsável.

> No artigo 226, § 7º da Constituição Federal observamos mais uma vez que a família, como base da sociedade, merece especial proteção do Estado. O planejamento familiar é de livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar os recursos necessários, educacionais e científicos para que esse

> direito possa ser exercido, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. (MORAIS, 2016, p. 19).

Dessa forma, cabe aos pais o planejamento familiar e ao Estado a viabilização deste direito bem como fazer o controle de natalidade da sociedade, a fim de que a paternidade possa de fato ser responsável e que as famílias consigam se sustentar, conforme Morais (2016).

2.1.7 Proteção integral de cada um dos seus membros (arts. 226, § 8º E 227, CF/88)

Historicamente, na Declaração de Genebra de 1924 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 já constava a proteção especial das crianças, além da Declaração Universal dos Direitos da Criança que ocorreu após, em 1959 na qual determinou conforme Santana:

> A Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 determinou que a criança gozará de especial proteção e disporá de oportunidades e serviços, a serem estabelecidos em lei e por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Além disso, ela estabelece que, ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse da criança. (SANTANA, 2011, p. 196).

Aos pais, foi concedido o dever de criar um ambiente propício ao desenvolvimento de seus filhos, como explica Carla Santana: “O poder familiar (autoridade parental) é exercido por ambos os pais. Ou seja, pai e mãe possuem a incumbência de proporcionar aos filhos um desenvolvimento físico e mental sadio.” (SANTANA, 2011, p. 191).

Com a CF/88, lei fundamental e suprema brasileira, ficou estabelecido que a família é a base da sociedade e desta forma, o alicerce para que os filhos formem um desenvolvimento intelectual e corpóreo, sendo garantido a seguridade de sua integridade física e moral pelos pais.

Foi instituída, assim, a tutela aos curatelados e o poder familiar, que também é chamado de autoridade parental. Este instituto veio para assumir um enorme papel dentro do ramo do direito de família, sendo fiscalizado através da nação para o bem da sociedade.

O art. 226 CF/88 tem como princípio assegurar essa tutela bem como servir de alicerce para as atuações do Estado, em virtude de estar expresso em legislação, tornando obrigação dos pais darem educação e criação a seus filhos, bem como manter-lhes a guarda, além de representá-los nos atos da vida civil até a sua maioridade.

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (CF, 1988, texto digital).

Assim, a família se torna a base da sociedade devendo o Estado assegurar as questões de assistência da mesma, tanto nos seus direitos como também nos seus deveres, assegurando a proteção individual de cada membro bem como garantir que haja o tratamento igualitário entre eles, a fim de que seja respeitada a dignidade humana dos seus semelhantes, tal consta na CF/88, art. 226, §8º:

> “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.” (CF, 1988, texto digital).

2.1.8 Paternidade Responsável (art. 229, CF/88)

O princípio da paternidade responsável está previsto na CF/88 que expressa: “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”. (CF, 1988, texto digital).

Ele consiste na responsabilidade que os pais devem ter para com seus filhos desde a sua concepção, seja dando a devida assistência, criando e educando eles até que se supram as suas necessidades, bem como na responsabilidade que os filhos maiores devem ter para com seus pais, quando estes estiverem em carência ou enfermidade.

2.2 Conceito de família

Através dos princípios previstos na CF/88 e com a evolução da sociedade que gerou grandes mudanças no direito de família, houve a necessidade de algumas

modificações para melhor adaptação a real situação da comunidade, passando a se admitir a inclusão das famílias plurais, na qual pode ser constituída de diversas formas como o casamento, união estável e a família monoparental (formada por apenas o pai ou a mãe e seu filho).

Gonçalves, explica que o casamento formava a família legítima, porém a união estável passou a ser reconhecida tanto pela CF/88 como pelo CC/2002 como entidade familiar, além do reconhecimento da família monoparental:

> O casamento cria a família legítima. A união estável, reconhecida pela Constituição Federal e pelo Código Civil (art. 1.723) como entidade familiar, pode ser chamada de família natural. Quando formada por somente um dos pais e seus filhos, denomina-se família monoparental (CF, art. 226, § 4o). (GONÇALVES, p. 14, 2017).

Ainda, houve a busca pela igualdade de filiação (dando os mesmos direitos do filho natural ao filho adotivo) e a equiparação de direitos entre homens e mulheres (na igualdade perante a questão do sexo) bem como entre pais como com seus filhos.

Reforçando em sua doutrina, Rolf Madaleno fala que com a caracterização da existência de afetividade como critério de definição na composição de família em suas relações parentais, passaram a serem aceitas as famílias plurais:

> E, se a família tem atualmente outro perfil que se alargou para além das fronteiras enlaçadas pela Constituição Federal com o casamento (CF, art. 226, § 1º); a união estável (CF, art. 226, § 3º) e a família monoparental, representada pela comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (CF, art. 226, § 4º), cumpre então localizar essas famílias denominadas plurais e concluir sobre suas formações e seus efeitos. (MADALENO, 2017, p. 4).

Para Maria Berenice Dias, também é de suma importância a existência do vínculo afetivo: “O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos e vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. “(DIAS, 2013, p. 40)

Baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, que consta na CF/88, (art. 1º, inciso III), houve um entendimento de que o ser humano era o sujeito de direito nas relações familiares, de forma que, em passos largos se buscou eliminar as diferenciações entre as constituições de família, a fim de competir com a

realidade dos tempos atuais, onde não mais necessariamente os relacionamentos são completados através do casamento.

Ainda, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (A.D.I.) perante o Supremo Tribunal Federal de número 4.277/2009 que foi julgada procedente, a união homoafetiva foi reconhecida como instituto jurídico. Ficando assim, proibida a discriminação em razão de gênero e se permitindo a constituição de família através de indivíduos de mesma opção sexual, pois, entendeu-se que a denominação "família" constante na CF/88 não se limitava a estruturar apenas aquelas que ocorrem entre casais heteroafetivos.

Assim, o CC/2002, especificadamente em seu art. 1.723 passou a ler-se em conjunto com a CF/88 incluindo como entidade familiar a União homoafetiva configurada pela convivência em sociedade, de forma intrínseca e objetivando-se a constituição de família, além de possuir as mesmas regras e consequências da heteroafetiva.

> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.
> § 1 o A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521 ; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.
> § 2 o As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. (CC, 2002, texto digital).

2.2.1 Conceito de casamento civil

a) Características

O casamento é a solenidade da união que ocorre de forma legal de duas pessoas físicas, sendo regulado por normas de ordem pública que estabelecem comunhão plena de vida, de forma permanente e de livre escolha do nubente.

Ocorre de forma consensual, declarando-se a vontade de se criar vínculo conjugal perante a entidade do juiz e tendo como objetivo a constituição da formação de uma família legítima, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, sendo que a união legal é aquela em observância da lei (art. 1.511 e 1.514 do CC/2002).

b) Obrigações entre os nubentes

Aos cônjuges está obrigado além do sustento financeiro, o apoio moral de ambos e de forma recíproca. Além disso, a afetividade é o laço de amor que deve existir entre seus membros e entre sua filiação.

O CC/2002 criou uma lista exemplificativa de tais deveres, como a necessidade da vida em comum, da fidelidade recíproca além da assistência que deverá ser mútua, na qual segue:

> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
> I - fidelidade recíproca;
> II - vida em comum, no domicílio conjugal;
> III - mútua assistência;
> IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
> V - respeito e consideração mútuos. (CC, 2002, texto digital).

c) Processo de habilitação

Este tipo de união exige formalidades afins de que sejam eficazes, para isso, os nubentes devem ser pessoas capazes (maiores de 18 anos e acima de 16 com anuência dos pais), não possuírem impedimentos para tal ato (art. 1.521, CC/2002) bem como dar publicidade ao ritual.

Para a habilitação do casamento, os nubentes devem ir pessoalmente ao Registro Civil, com a audiência do Ministério Público (art. 1.526 CC/2002), munidos do requerimento de habilitação para o casamento com os seguintes documentos:

> Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:
> I - certidão de nascimento ou documento equivalente;
> II - autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra;
> III - declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar-se;
> IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;
> V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio. (CC, 2002, texto digital).

No caso do documento equivalente pode ser utilizada a cédula de identidade, entre outros documentos a fim de que fique comprovada a idade dos nubentes.

A documentação estando em ordem, o oficial o registro extrairá edital que será fixado durante 15 dias no Registro Civil (art. 1.527, CC/2002), após este período, inexistindo fato obstativo, o oficial do registro irá extrair o certificado de habilitação (art. 1.531, CC/2002).

d) Impedimentos e causas suspensivas

O CC/2002 dispõe de uma lista de impedimentos na qual consta que não podem se casar os pais com seus filhos, os irmãos, entre outros:

> Art. 1.521. Não podem casar:
> I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
> II - os afins em linha reta;
> III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
> IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
> V - o adotado com o filho do adotante;
> VI - as pessoas casadas;
> VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. (CC, 2002, texto digital).

Ainda, não devem casar o viúvo enquanto não fizer o inventário e o divorciado enquanto não dissolver a sociedade conjugal, (art. 1.523 caput, CC/2002):

> Art. 1.523. Não devem casar:
> I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;
> II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;
> III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;
> IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. (CC, 2002, texto digital).

e) Celebração e provas

O casamento será celebrado em dia, hora e lugar que serão previamente designados pela autoridade que presidir o ato, sendo realizada em cartório, de forma pública, com a presença de duas testemunhas (art. 1.533 e 1.534 CC/2002).

Após a solenidade, será lavrado no livro de registros e assinados pelo presidente do ato, pelos cônjuges, testemunhas e oficial de registro, devendo ser anexados:

> Art. 1.536. Do casamento, logo depois de celebrado, lavrar-se-á o assento no livro de registro. No assento, assinado pelo presidente do ato, pelos cônjuges, as testemunhas, e o oficial do registro, serão exarados:
> I - os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges;
> II - os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento ou de morte, domicílio e residência atual dos pais;
> III - o prenome e sobrenome do cônjuge precedente e a data da dissolução do casamento anterior;
> IV - a data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento;
> V - a relação dos documentos apresentados ao oficial do registro;
> VI - o prenome, sobrenome, profissão, domicílio e residência atual das testemunhas;
> VII - o regime do casamento, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi lavrada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão parcial, ou o obrigatoriamente estabelecido. (CC, 2002, texto digital).

A prova do casamento que é celebrado no Brasil se dá pela certidão do registro (art. 1.543, CC/2002).

Antes da análise do Supremo Tribunal de Justiça do recurso Especial de nº 1.183.378 – RS, o casamento homoafetivo não era legalmente possível, após, foi reconhecida a união:

> DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. (STJ REsp 1.183.378 – RS, 2011, texto digital).

2.2.2 União Estável

Apesar de não existir lei específica que equiparava o casamento a união estável, ela passou a ser aceita pela sociedade, visto que era uma necessidade social e assim tipificando ela como entidade familiar, a fim de conceder-se maior proteção a este instituto, ou seja, a união estável passou a ser considerada família natural, com reconhecimento tanto na CF/88 no “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (CF, 1988, texto digital) quanto no CC/2002 no caput do “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e

duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” (CC, 2002, texto digital)

Quanto a questão de a união estável estar expressa apenas na relação entre homem e mulher, está refere-se a questão de proporcionar proteção ao sexo feminino, no sentido de coibir a hierarquia entre os sexos.

a) História

Nelson Rosenvald, fala que no antigo Código Civil de 1916 a união estável não era reconhecida como entidade familiar e que o casamento era a única forma de constituição de família legítima.

> O revogado Código Civil de 1916 somente reconhecia o casamento como entidade familiar, nem sequer admitindo a existência de uniões extramatrimonializadas. Naquela ambientação, o casamento era a única forma de constituição da chamada “família legítima”, sendo, portanto, “ilegítima” toda e qualquer outra forma familiar, ainda que marcada pelo afeto. (ROSENVALD, 2019, p. 4).

Como o casamento era uma união indissolúvel, quando este acabava de fato entre o casal, não tinham como o dissolver de forma legal e assim, caso houvesse uma relação seguinte, ela seria chamada de concubinato impuro, existindo também o concubinato puro, na qual o casal apenas não desejava casar.

Assim, o concubinato era a união formada entre homem e mulher que não podiam se casar, ou que não queriam se casar. Seguindo isso, Nelson fala que ele se dividia em duas formas:

> a doutrina se encarregou de diferençar o concubinato em duas categorias: (i) o concubinato puro (composto por pessoas que poderiam casar, mas preferiam não fazê-lo); (ii) o concubinato impuro (formado por pessoas que não poderiam casar, como, por exemplo, as pessoas casadas, caracterizando o típico e conhecido exemplo das “amantes”. Era o concubinato adulterino ou incestuoso). (ROSENVALD, 2019, p. 6).

Com a CF/88 o concubinato puro passou a ser chamado de União Estável, sendo qualificado como forma de entidade familiar, ganhando proteção do Estado a relação entre homem e mulher chamados de companheiros, que tenha como objetivo a constituição de família. Com esta rotulação, evitaram a conotação preconceituosa que era imposta ao nome concubinato impuro e assim, o nome concubinato passou a existir apenas na forma impura, pois a forma pura passou a

ser União Estável: “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.” (CC, 2002, texto digital).

Na doutrina de Carlos Roberto Gonçalves, explica-se que o concubinato impuro não deve ser figurado como união estável, pois o objetivo dela é a formação de família e para ela ser possível é devido à fidelidade:

> A expressão “concubinato” é hoje utilizada para designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, que infringem o dever de fidelidade (adulterino). Configura-se quando ocorrem “relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar” (CC, art. 1.727). Denominado “concubinato impuro”, não enseja a configuração de união estável, pois o objetivo desta é a constituição de família. (GONÇALVES, 2017, p. 185).

Desta forma, o concubinato impuro é uma mera sociedade de fato não merecendo a proteção legal pela quebra da exigência da relação monogâmica que deverá haver na relação familiar, conforme explica Nelson Rosenvald:

> O tratamento jurídico do concubinato como mera sociedade de fato tem como fundamento, ainda, o caráter monogâmico da relação familiar. Por isso, entende-se, em sede normativa e jurisprudencial, que conferir proteção ao concubinato em sede familiarista implicaria, por vias transversas, em quebrar a monogamia em sua própria essência. E, assim, a norma legal e o entendimento jurisprudencial superior repugna o reconhecimento de uniões familiares simultâneas ou paralelas. (ROSENVALD, 2019, p. 8).

Assim, o concubinato puro passou a obter alguns direitos e deveres, como o constante na Súmula 380 do STF, na qual diz que serão meado os bens, diante da partilha, adquiridos na constância da relação por esforço comum: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.“ (STF, 1964, texto digital).

Porém o CC/2002 possui algumas vedações que iriam a favor do concubinato impuro, principalmente quanto à doação de bens e na questão de heranças, como consta: “Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.“ (CC, 2002, texto digital) e ainda: “Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;” (CC, 2002, texto digital).

b) Características da União Estável

Sobre o reconhecimento da união estável como entidade familiar, (art. 1.723, CC/2002) ela passou a ser reconhecida como tal, desde que seja cumprida as condições da convivência social e longínqua, e com o objetivo de constituir família. Ainda, é permitido que as pessoas separadas de fato possam viver uma união estável (art. 1.723 §1º, CC/2002).

> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.
> § 1 o A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521 ; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.
> § 2 o As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. (CC, 2002, texto digital).

Contudo, há requisitos necessários para a sua caracterização, como a convivência, o objetivo de constituir família, a publicidade da relação, sendo ela prolongada e continua, ainda deverá ser monogâmica e não possuir impedimentos tais quais os do casamento:

> Constituem pressupostos de ordem objetiva da união estável: a) convivência more uxório, e b) affectio maritais (ânimo ou objetivo de constituir família). E, de ordem objetiva: a) notoriedade (convivência pública); b) estabilidade ou duração prolongada; c) continuidade; d) inexistência de impedimentos matrimoniais; e) relação monogâmica (GONÇALVES, 2017, p. 184).

Nelson Rosenvald também reafirma a necessidade de presença de elementos essenciais e ainda afirma que é fundamental que haja uma semelhança ao casamento, sendo uma espécie de comunhão de vidas, tanto na questão material como imaterial:

> Confrontando tais dispositivos, infere-se, com tranquilidade, que a união estável está submetida a alguns elementos essenciais: (i) diversidade de sexos; (ii) estabilidade; (iii) publicidade; (iv) continuidade; (v) ausência de impedimentos matrimoniais. É bem verdade que esses elementos, necessariamente, precisam estar conectados a um elemento principal, que é o ânimo de constituir família, isto é, a intenção de estar vivendo como se casados fossem (a chamada convivência more uxorio). É possível perceber, inclusive, que a intenção de estar convivendo como se casados fossem apresenta-se como elemento principal, fundamental para a caracterização da entidade familiar. Os demais, assim, podem ser compreendidos de forma acessória, pois a presença deles, sem o *animus familiae*, não implicará no reconhecimento de uma união estável. (ROSENVALD, 2019, p. 11)

Nota-se que não fica estabelecido qual seria o período mínimo exigido de convivência para a classificação de União Estável, pois se tem como o objetivo que os demais elementos sejam levados em consideração na hora de identificar a união. Contudo se faz necessário que a relação tenha durabilidade, sendo continua, ou seja, solidificada através do vínculo amoroso, mas por obviedade, podem existir conflitos desde que não reste quebrado o objetivo de convivência entre o casal.

A publicidade diz respeito a relação afetiva pública, ou seja, ela deverá ser evidente para os demais membros da sociedade. Por fim, a ausência de impedimentos matrimoniais são os mesmos citados no casamento civil, na qual proíbem que seja celebrado o casamento, bem como incidem para que não se caracterize a união estável.

Na união estável fica dispensada a coabitação sob o mesmo teto dos membros no núcleo familiar, quanto à fidelidade recíproca ela não há previsão expressa, mas pode ser interpretada dentro do campo da lealdade e respeito:

> O Estatuto Civil, no art. 1.724, impõe aos companheiros direitos e deveres recíprocos, marcando, fundamentalmente, os efeitos pessoais da união estável. Assim, exige-se dos companheiros, reciprocamente, os deveres de “lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. Aliás, percebe-se uma grande semelhança entre os direitos e deveres recíprocos do casamento (CC, art. 1.566) e aqueles da união estável (CC, art. 1.724). A pequena diferença diz respeito à dispensa da coabitação como requisito para a caracterização da união estável e não exigência de fidelidade recíproca. (ROSENVALD, 2019, p. 20).

Carlos Roberto Gonçalves, igualmente citando o Art. 1.724 do CC/2002, fala como deve ser a relação entre os companheiros, ressaltando o dever de fidelidade entre eles:

> O art. 1.724 regula as relações pessoais entre os companheiros, declarando que devem obedecer aos deveres de “lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. O dever de fidelidade recíproca está implícito nos de lealdade e respeito. Justifica-se a não inclusão do dever de coabitação, em virtude do entendimento hoje tranquilo de que a vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do companheirismo (STF, Súmula 382). (GONÇALVES, 2017, p. 182).

Maria Berenice Dias, da mesma forma explica que além dos requisitos, a União Estável garante direitos e deveres aos companheiros:

> O Código Civil impõe requisitos para o reconhecimento da união estável, gera deveres e cria direitos aos conviventes. Assegura alimentos,

> estabelece o regime de bens e garante ao sobrevivente direitos sucessórios. Aqui também pouco resta à vontade do par, sendo possível afirmar que a união estável se transformou em um casamento por usucapião, ou seja, o decurso do tempo confere o estado de casado. (DIAS, 2013, p. 46)

Sobre o regime de comunhão de bens adotado, este se dará através da comunhão parcial de bens, caso não haja contrato prevendo outra modalidade: “Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.” Ou seja, todos os bens adquiridos de forma onerosa pelos companheiros durante a união estável, deverão ser partilhados em caso de dissolução dela. (CC, 2002, texto digital).

Sobre as outras formas de regime de bens em caso de separação dos companheiros, está poderá ocorrer de forma diversa caso haja contrato entre as partes:

> Manteve-se a possibilidade de os companheiros celebrarem contrato escrito que disponha de forma contrária, adotando, por exemplo, regime semelhante ao da comunhão universal ou da separação absoluta, ou estabelecendo novas regras. A administração do patrimônio comum compete a ambos os companheiros (CC, art. 1.663), salvo estipulação diversa no contrato escrito. (GONÇALVES, 2017, p. 183).

c) Conversão da união estável em casamento

Por fim, a União estável poderá ser convertida em casamento mediante pedido dos companheiros junto ao Registro Civil. (art. 1.726, CC/2002). Rosenvald (2019), fala que deverá ser seguido o mesmo procedimento de habilitação do casamento com a finalidade de se apurar a existência de algum impedimento.

Igualmente ao casamento, com a decisão do STF pela ADI 4.277, restou permitida e configurada a união estável de casais homoafetivos, produzindo-se os mesmos efeitos que a heteroafetiva.

2.2.3 Principais formações de família

Em relação as principais formações de família, podemos falar de forma suscinta sobre a família matrimonial, informal, monoparental, anaparental, reconstituída, paralela, poliafetiva, natural, ampliada, substituta e homoafetiva.

a) Família matrimonial

Era monogâmica (ou seja, a relação era formada apenas pelo casal, tendo-se apenas um cônjuge) e indissolúvel (não era permitido o divórcio), possuía a legítima descendência, na qual os filhos tidos no casamento seriam considerados puros e aqueles tidos de forma ilegítima seriam espúrios e incestos.

b) Família informal

Era aquela formada por desquitados que não podiam se casar novamente devido o casamento ser considerado um vínculo indissolúvel, ou seja, após a separação de corpos os ex companheiros caso investissem em uma nova relação teriam uma relação informal.

c) Família monoparental:

Formada apenas por um genitor responsável pelo seu filho seja ele biológico ou adotivo, por motivos diversos como divórcio, ou morte de um dos genitores.

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. LICENÇA-ADOTANTE. INDEVIDA DISTINÇÃO DE PRAZO EM FUNÇÃO DO SEXO DO ADOTANTE. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº. 0000348-40.2017.8.04.0000, JULGADA PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO ARTIGO 146-A, DA LEI MUNICIPAL Nº. 1.118/71. DIREITO AO GOZO DE LICENÇA-ADOTANTE AO SERVIDOR, QUE CONSTITUI FAMÍLIA MONOPARENTAL, PELO PERÍODO DE 180 DIAS, A TEOR DO DISPOSTO NO ARTIGO 184-b, DO MESMO DIPLOMA LEGAL. RECURSO CONHECIDOS. DESPROVIMENTO DO APELO DO MUNICÍPIO DE MANAUS. PROVIMENTO DA APELAÇÃO DO SERVIDOR MUNICIPAL. SENTENÇA REFORMADA. 1.Cinge-se a controvérsia no direito do servidor adotante, que constituiu família monoparental, de gozar a licença prevista no artigo 184-B, da Lei Municipal nº. 1.118/71. 2.Por entender que a aplicação do art. 146-A da Lei Municipal nº 1.118/71 ser divergente dos princípios normatizados pelo Legislador Constituinte, a questão foi submetida para análise do Tribunal Pleno, por meio da Arguição de Inconstitucionalidade nº. 0000348-40.2017.8.04.0000. O Tribunal Pleno desta Corte de Justiça decidiu, à unanimidade de voto, julgar o incidente procedente para conferir interpretação conforme a Constituição da República ao artigo 146-A, da Lei Municipal nº. 1.118/71, para excluir do seu campo de incidência a hipótese de família monoparental, constituída por pai adotante, ao qual deve ser garantido o gozo de licença-adotante nos moldes do artigo 184-B, do mesmo diploma. 3. Nesse espeque, diante da impossibilidade de fixar prazos diversos em função do sexo do adotante, o servidor Apelante/Apelado faz jus à licença-adotante pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, nos termos do artigo 184-B, da Lei Municipal nº 1.118/71. 4.Recursos conhecidos. Apelo do Município de Manaus desprovido e apelação do servidor Eduardo Honorato provido, em consonância com o parecer ministerial. Sentença reformada. (TJ AM, 2015, texto digital).

Conforme leitura da jurisprudência, observa-se que a CF/88 prevê a existência da família monoparental formada pelo pai/mãe e seu filho, podendo inclusive ser formada através da adoção, desta forma gozando dos mesmos direitos da família biológica.

d) Família anaparental

União de parentes de sangue ou não, tendo a afetividade presente nessa relação com o propósito de construir um vínculo familiar, como exemplo, a relação entre irmãos.

e) Família reconstituída

É formado pela família seja de um casamento ou união estável, constituída por afetividade, onde um dos integrantes possui um filho de outra relação que havia antes. É o caso das madrastas e padrastos e seus enteados.

f) Família paralela

Relação que ocorre quando um dos parceiros havia uma relação de casamento e não houve cessamento do antigo vínculo matrimonial, seja por meio do divórcio ou viuvez. É uma relação que ocorre paralelamente a primeira família do cônjuge, não respeitando ao princípio da monogamia (fidelidade recíproca entre os cônjuges) e diferencia-se do concubinato, pois neste, normalmente o concubino ou concubina sabem da existência da relação anterior do cônjuge, o que normalmente não ocorre na família paralela, quando estes desconhecem da presença de união precedente.

Desta nova relação pode haver a união estável devido a separação de fato do antigo relacionamento.

Maria Berenice Dias leciona sobre a divisão patrimonial de quem mantem vínculos afetivos concomitantes a outra relação, para ela, este indivíduo não poderá ser beneficiado pelo simples fato de estar em uma relação, devendo ser analisado o afeto entre a família, se há relação de casamento e união estável ou se ambas as relações eram extramatrimoniais, ainda, analisando qual foi o motivo da separação e se ela se deu de alguma forma antes da segunda relação:

> Quem mantêm vínculos afetivos paralelos, alvo da reprovação social, não pode ser beneficiado. Não cabe, simplesmente, ver-se desobrigado com relação a um ou a ambos os vínculos afetivos, gerando o enriquecimento injustificável. É necessário saber se havia casamento e união estável, ou se ambas as uniões eram extramatrimoniais. Também cabe distinguir se houve rompimento de uma das uniões ou se a dissolução ocorreu por falecimento de um dos participes.
> Finda a relação, comprovada a concomitância com um casamento, impositiva a divisão do patrimônio acrescido durante o período de mantença do dúplice vínculo. É necessária a preservação da meação da esposa, que se transforma em bem reservado, ou seja, torna-se incomunicável. (DIAS, 2013, p. 51).

g) União poliafetiva

É a relação afetiva na qual se envolvem mais de duas pessoas em convivência de forma consentida, todas vivendo juntas de forma conjugal.

Dias, (2013) explica que o afeto é o que qualifica a entidade familiar, na relação a três também não seria diferente, assumindo-se os direitos e deveres corriqueiros ao casamento. A dúvida paira em como o tribunal faria para definir qual relação é a legalmente válida e qual é a relação que deverá ser anulada a fim de se ter as garantias legais.

h) Família Natural

Nada mais é do que a família biológica. Como fala Madaleno, a família natural é aquela formada pelos pais e seus descentes, podendo ser biológica ou socioafetiva:

> Em conformidade com o artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a família natural é a comunidade formada pelos pais ou qualquer destes e seus descendentes e que deveria ser o equivalente à família biológica, não fosse a evidência de que a família tanto pode ser biológica como socioafetiva, pois há muito deixaram os laços de sangue de ser a única forma de constituição da família. Entretanto, não há como esconder que o conceito estatutário da família natural está orientado no seu traço biológico, pois a família natural adviria da gestação da mulher. (MADALENO, 2017, p. 14).

i) Família extensa ou ampliada

É aquela constante no ECA (art. 25), na qual explica que a unidade familiar é estendida para além de pai, mãe e filhos, como também por parentes que convivem de forma afetiva, adquirindo-se a titularidade da guarda em vista do melhor interesse da criança. Ex.: avós e tios.

> Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.
> Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência (ECA, 1990, texto digital).

j) Família substituta

Dias, (2013), fala que esta modalidade deverá ocorrer em caráter excepcional a fim de que seja garantida a convivência familiar dos descendentes com seus pais, no entanto, caso não tenha a possibilidade da criança conviver com sua família biológica ou extensa, ela será posta na família substituta. Ela se dará sob o método de adoção, conforme conceitua o ECA:

> Art. 19 É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (ECA, 1990, texto digital).

k) Família homoafetiva

Ocorre através da união homoafetiva, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo, que através do julgamento pelo STF através da ADI de nº 4.277/2009 reconheceu e expôs os mesmos direitos a união homoafetivo da união heteroafetiva, reconhecendo-a de forma pública e duradoura.

Assim, esta relação passou a ter os mesmos efeitos jurídicos e a ser considerada como entidade familiar.

2.3 Poder familiar

a) Conceito

O poder familiar vem da expressão histórica pátrio poder, que para o direito romano significa *pater potestas*, Maria Berenice Dias, explica o que é *pater potestas*: “direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos.” (DIAS, 2013, p. 434).

Ele remete a sociedade patriarcal, na qual, tratava do poder que o pai tinha sobre o filho e da desigualdade entre marido e mulher.

Contudo, após a CF/88, o poder familiar passou a tratar os filhos como sujeitos de direito, mantendo a autoridade que os pais tem sobre eles mas de maneira a preservar o melhor interesse do menor, de forma responsável: “O pátrio poder tem como foco constitucional os melhores interesses da criança e do adolescente, e não mais a supremacia da vontade do pai, chefe da sociedade familiar.” (MADALENO, 2017, p. 245).

b) Características

Os pais têm o dever de dar proteção aos filhos, mantendo-os sob sua guarda e com o objetivo de sustentar uma relação baseada em sentimentos e afeto, estando os filhos sujeitos a esta dependência enquanto forem menores, conforme: “Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.” (CC, 2002, texto digital).

O poder familiar não pode ser cedido e nem renunciado por um dos membros, pois a partir do momento que é reconhecida a paternidade ou maternidade do mesmo, está se torna irrevogável: “Ninguém pode ceder o poder familiar, ou renunciar ao direito de pleitear o estado de filiação. O reconhecimento do filho é irrevogável, sendo imprescritível o direito de ver declarada a paternidade. “(DIAS, 2013, p. 35).

Na União Estável ou no casamento, compete aos pais o poder familiar e caso haja a falta de um deles (pai ou mãe) o outro poderá exercer sozinho este poder (art. 1.631, CC/2002). Ainda, aquele que não apresenta a guarda do filho, poderá visitá-lo conforme acordo com a parte contrária. Caso não haja concordância, poderá ser solicitado ao juiz estas visitas, ademais, fica disposto que ambos possuem o compromisso de fiscalizar ao outro sobre a educação e sobre a seguridade dos direitos concernentes ao descendente (art. 1.589 do CC/2002).

Assim, cabe adentrar nas modalidades de guarda do filho, que poderá se dar de duas formas, a unilateral, quando apenas o pai ou a mãe ficam com a tutela do filho ou compartilhada, quando ambos os pais, de forma alternativa, poderão exercer de forma conjunta os seus direitos e deveres perante o menor.

> Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).
> § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5 o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). (CC, 2002, texto digital).

Ainda, este poder não é alterado em caso de separação judicial, divórcio ou dissolução de união estável, pois estes apesar de romperem com o vínculo afetivo de pai e mãe, não são capazes de alterar a relação entre pais e filhos: “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.” (CC, 2002, texto digital).

c) Titular do exercício

Este poder é exercido de forma igualitária entre os pais: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” (CF, 1988, texto digital), bem como:

> Art. 21. O pátrio poder poder familiar 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. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência (ECA, 1990, texto digital).

d) Conteúdo dos poderes

Já o CC/2002 explica o que seriam os deveres dos pais, diante do exercício do poder familiar, tais quais dar-lhes educação e cria-los, exercer a sua guarda, representa-los judicialmente e extrajudicialmente até os 16 anos de idade nos atos da vida e após assisti-los até a maioridade (18 anos):

> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
> I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
> II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 ; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
> III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

> IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
> V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
> VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
> VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
> VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)
> IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014) (CC, 2002, texto digital).

Quanto ao propósito do poder familiar, encontramos embasamento através da CF/88 e do ECA, na qual constam serem deveres dos pais a criação e educação dos filhos, bem como garantir-lhes o sustento, conforme subscrição abaixo: “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” (CF, 1988, texto digital) e:

> 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.
> Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) (ECA, 1990, texto digital).

e) Suspensão e extinção dos poderes

O poder familiar não é vitalício, podendo ser suspenso ou extinto pela morte dos pais, ao adquirir a maioridade civil dos filhos, entre outros, observando-se o inciso IV do art. 1.635 CC/2002, que ocorre quando os pais biológicos renunciam do poder ou são destituídos.

> Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
> I - pela morte dos pais ou do filho;
> II - pela emancipação, nos termos do art. 5 o, parágrafo único;
> III - pela maioridade;
> IV - pela adoção;
> V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638 . (CC, 2002, texto digital)

Sobre a extinção do poder familiar no caso de emancipação do herdeiro, ela se dará através de uma concessão que os genitores lhes entregarão, através de um

documento público ou através de sentença do juiz, sendo ouvido seu tutor caso o filho tenha dezesseis anos completos (art. 5º, CC/2002).

Ainda, poderá haver a escassez do pátrio poder quando o descendente atingir a sua maioridade, pois assim o indivíduo torna-se apto a praticar os atos da vida civil, sendo responsável por eles.

Uma nova união através do casamento não isenta o pai ou a mãe do poder familiar para com seu filho, da mesma forma que o pai ou a mãe que contrair novas núpcias não ficaram destituídos deste poder:

> Art 1.636. O pai ou a 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.
> Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável. (CC, 2002, texto digital).

Quando ocorre a separação do casal por óbvio que as decisões mais imediatas acabam sendo tomadas por aquele que detêm a custódia de seu descendente, já quanto as questões mais importantes e que não necessitam de tanta presteza deve ser consultado o outro membro que faz parte daquele poder familiar.

Em caso de abuso de autoridade dos pais para com os filhos, ou seja, se eles não cumprirem com os seus deveres ou danificarem os bens dos menores caberá ao juiz perante requerimento de algum parente ou ao Ministério Público adotar alguma medida que garanta a segurança deles, até a suspenção do poder familiar (art. 1.637, CC/2002).

Aquele que abandonar seu filho, bem como o castigar de forma exagerada perderá através de ato judicial o seu poder familiar:

> Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
> I - castigar imoderadamente o filho;
> II - deixar o filho em abandono;
> III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
> IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
> V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
> Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

> I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)
> a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)
> b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)
> II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)
> a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)
> b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (CC, 2002, texto digital).

Por fim, pode incorrer em multa rigorosa os responsáveis que detêm o pátrio poder e que o descumprem na forma dolosa ou culposa, ou seja, com ou sem intenção, os seus deveres de guarda e proteção.

> Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
> Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. (ECA, 1990, texto digital).

Os genitores legais que não exercem a função do poder familiar, que é direito da criança e dever dos pais, estarão cometendo um ato ilícito e por isso capaz de gerar uma indenização por lesão moral, pois afetam a legislação da CF/88 e do ECA que defendem a dignidade da pessoa humana.

Maria Berenice Dias explique que, quando um dos genitores abandona o filho de forma afetiva, este poderá estar causando um abalo psicológico que acarretará em sequelas para seu desenvolvimento de forma saudável: “A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. “(DIAS, 2013, p. 470).

2.4 Teoria da proteção integral

Nosso ordenamento jurídico é composto por uma diversidade de leis, princípios e doutrinas que nos guiam no campo do direito.

O Código Civil de 1916 previa que em caso de desquite entre os cônjuges, o filho ficaria sob a guarda do pai ou mãe inocente, ou seja, com aquele que não fosse o culpado pela separação. Observa-se que neste momento, a ideia do melhor interesse da criança e adolescente não eram analisados, visto que o método de escolha de quem ficaria com o filho seria “moral”.

Com a Lei do Divórcio nº 6.515/77, a ideia da guarda do cônjuge inocente continuou, porém, neste momento houve a possibilidade de outra decisão diversa pelo juiz dependendo da motivação da separação.

De modo histórico, no âmbito internacional, em 1989 foi editada pela Organização das Nações Unidas a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, na qual foi ratificada posteriormente pelo Brasil.

Assim, a teoria da proteção integral estabelece que os filhos são sujeitos de direitos e não objetos de direitos como previa o antigo Código de Menores de 1979, onde constava que a proteção e assistência para a criança e adolescente até 18 anos se dava quando estes se encontravam em situações irregulares, ou seja, quando os mesmos não tinham condições de subsistência, seja na falta dos pais, na precariedade da saúde e na sua instrução (art. 2ª, Código de Menores) e excepcionalmente previam a proteção dos adolescentes até os 21 anos nos casos previstos naquele Código.

Maria Berenice Dias leciona que o ECA trouxe essa modificação em transformar a criança e adolescente em detentores de direitos e tendo como finalidade dar-lhes prioridade absoluta:

> A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da igualdade e assegurar ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226 §5º), baniu discriminações, produzindo reflexos significativos no poder familiar. Deixou de vingar a vontade masculina. Da mesma forma, o ECA, ao dar prioridade absoluta a crianças e adolescentes, transformando-os em sujeitos de direito, trouxe toda uma nova concepção, destacando os direitos fundamentais das pessoas de zero a 18 anos. (DIAS, 2013, p. 451).

A doutrina da proteção integral passou a vigorar nacionalmente com a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, denominada ECA, na qual regulou direitos considerados fundamentais e implementou garantias para que aqueles sejam cumpridos.

A intenção do Estatuto da Criança e do Adolescente já pode ser vista no primeiro momento, se dando através do: Art. 1º “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.” (ECA, 1990, texto digital)

Aos ascendentes incumbe preparar os filhos para a vida adulta, dando todo apoio intelectual, mental e moral para seu desenvolvimento de forma a garantir sua liberdade e dignidade, afinal, estes são considerados sujeitos de direitos e desta forma detêm das prerrogativas considerados fundamentais ao ser humano, devendo ser assegurado a sua proteção.

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, 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 de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) (ECA, 1990, texto digital).

Antes do ECA a CF/88 já preconizava a teoria da proteção integral, disciplinando que todos devemos proteger os menores, tanto a sua própria família, como a sociedade e o Estado, de forma prioritária e deixando-os a salvo de negligências:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (CF, 1988, texto digital).

Com o advento do Estatuto, ele tornou-se a maior referência na proteção deste princípio, além de reforçar o que já estava evidente no art. 227 da CF/88, onde novamente no caput do art. 4º do ECA (1990) veio reforçar que é dever da família, da comunidade além da sociedade e do poder público, assegurar os direitos fundamentais, de forma prioritária e absoluta, compreendendo o direito de receber a proteção e socorro diante de variadas circunstâncias, além de ter privilégios na destinação de verbas públicas:

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (ECA, 1990, texto digital).

Um dos direitos fundamentais inerentes ao menor também consta no art. 7º do ECA quando diz que a proteção e à saúde devem ser concedidas mediante políticas públicas: “Art. 7º 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.” (ECA, 1990, texto digital).

Ainda, é necessário para a formação de suas personalidades o carinho e afeto: “O conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade.” (DIAS, 2013, p. 469).

Na mesma página, Dias reforça o dever de convivência dos pais para com seus filhos, para evitar que ocorram sequelas emocionais no desenvolvimento deles:

> Não se podendo mais ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida. (DIAS, 2013, p. 469).

O CC/2002, com a finalidade de priorizar o melhor interesse da criança e adolescente que é a essência da teoria da proteção integral, concedeu-lhes o direito de convivência com ambos os pais em caso de separação, passando a qualificar a guarda dos menores de duas formas, unilateral nos casos em que apenas um dos genitores a possuem e ainda compartilhada, quando ela ocorrer de forma conjunta entre os responsáveis pelo filho:

> Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).
> § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5 o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).
> 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. (CC, 2002, texto digital).

Assim, o vínculo familiar não se dissolve com a separação dos pais e nem cessa a obrigação que estes têm para com seus filhos, sendo obrigatório que ambos continuem dando-lhes todo suporte para que tenham uma vida digna, com direito a saúde, educação bem como proteção materna e paterna.

Maria Berenice Dias leciona em seu livro, que a guarda é daquele que detêm a companhia do filho e que a questão de não residirem na mesma casa (aquele que não possui a sua guarda e o filho) não está atrelada necessariamente a perda de sua tutela, pois mesmo assim, ambos os genitores continuam a poder exercer o poder familiar:

> Ainda que a “posse do filho” não decorra da simples presença física no domicílio da mãe ou do pai, a definição “guarda” identifica quem tem o filho em sua companhia. Todavia, o fato de o filho residir com um deles não significa que o outro “perdeu a guarda”, expressão, aliás, de nítido conteúdo punitivo. De qualquer sorte, com o rompimento da convivência dos pais, há a fragmentação de um dos componentes da autoridade parental. Ambos continuam detentores do poder familiar, mas, em regra, o filho fica sob a guarda de um, e ao outro é assegurado o direito de visita. Quanto mais conflituando o relacionamento dos genitores, mais minuciosamente é regulamentado o regime de visitas, estabelecendo-se dias e horários de forma bastante rígida. (DIAS, 2013, p. 452).

No caso dos filhos gerados fora da constância do casamento, se ele for reconhecido por ambos os pais e estes não acordarem quanto a guarda, caberá ao juiz definir quem atende melhor aos interesses reais do menor: “Art. 1.612. O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor. “(CC, 2002, texto digital).

Tanto o pai como a mãe são responsáveis pelo sustento dos filhos menores, ou seja, até dezoito anos completos (art. 5º, CC/2002), na proporção de suas finanças, contudo podendo haver decisão judicial contrária ampliando a questão de idade em caso de necessidade conforme Súmula nº 358 do STJ : **“**O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.” (STJ, 2008, texto digital). Desta forma, é necessária a exoneração judicial para que seja cessada a obrigação parental de prestar alimentos aos filhos, tendo-se a presunção relativa da necessidade dos mesmos de receberem a pensão alimentícia mesmo após atingir a

sua maioridade, podendo haver prova em contrário deste dever, devido a isso, o cancelamento da mesma fica sujeito a uma decisão judicial.

Aos pais compete o dever de garantir-lhes a educação, enquanto o Estado fica incumbido de oferecer vaga nas redes de ensino: Art. 205: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (CF, 1988, texto digital).

3 PROTEÇÃO LEGISLATIVA CONCEDIDA PARA AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

3.1 A Constituição Federal de 1988 e a proteção às crianças/adolescentes.

A CF/88 institui políticas públicas que garantem de forma prioritária à dignidade e os direitos inerentes as crianças e adolescentes, conforme explica Nogueira:

> A Carta Magna brasileira aponta também a direção que as políticas públicas devem tomar no sentido de garantir que o atendimento a essa faixa etária ocorra com prioridade. As designações nela constantes, relacionadas à criança e ao adolescente, fazem referência às relações familiares, desde a assistência que deve ser dada até os modos de criação e educação. Refere-se ainda à proibição de trabalho infantil e faz as indicações necessárias a uma posterior normatização do trabalho aos adolescentes e dos direitos decorrentes dessas relações. Versa também sobre a proteção à criança contra os mais diversos tipos de violência, inclusive a violência familiar. (NOGUEIRA, 2010, p. 126).

É possível visualizar no art. 5º da CF/88, um rol de direitos fundamentais a serem assegurados para todos os seres humanos e, especialmente, para as crianças e adolescentes em seu art. 227. Esses artigos integram-se visando que as relações familiares deem provimento a educação, assistência e criação para as crianças e adolescentes protegendo-as de todos os tipos de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Destacam-se, a seguir alguns artigos da CF/88 que são de suma importância para a eficácia da proteção integral dos direitos das crianças e adolescentes:

3.1.1 Igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres (art. 5º, caput e inciso I)

O art. 5º, inciso I prevê a igualdade de gênero, não se admitindo distinções em razão de gênero ou de qualquer outra natureza e garantindo-se os mesmos direitos constitucionais a homens e mulheres:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (CF, 1988, texto digital).

Nesse sentido, considera-se que a igualdade (de direitos e deveres) entre homens e mulheres se estende para a sociedade conjugal impondo, de forma igualitária entre o casal, como afirma NICOLAU (2016, p. 21): “Como os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, a autoridade parental cabe a ambos os genitores”.

Por essa razão, é possível afirmar que a gestão da vida familiar, deve ser exercida igualmente entre o casal, que assume a responsabilidade conjunta do poder familiar perante os filhos. Essa responsabilidade, segundo Rangel (2015, s.p.) decorre de um múnus público imposto pelo Estado aos genitores, os quais exercem uma espécie de direito-função e poder-dever, cuja finalidade é assegurar à sua prole, com absoluta prioridade, os direitos: 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:

> Tanto a titularidade como o exercício do poder familiar se dividem igualmente entre os pais (art. 1.631, CC). Durante o casamento (art. 1.566, IV, CC) e na vigência da união estável (art. 1.724, CC), os dois são detentores do poder familiar. E, rompido o vínculo de convívio, o poder familiar segue exercido pelos dois, independentemente de quem detém a guarda. A unidade familiar não se confunde com a convivência do casal, sendo um elo que se perpetua independendo da união dos genitores. (NICOLAU, 2016, p. 21)

Não se pode olvidar que o poder familiar permanece como um poder-dever parental, mesmo após o rompimento do vínculo entre os genitores (separação, divórcio, dissolução da união estável etc.), vinculando os genitores a prole.

3.1.2 Aplicabilidade das normas que garantem os direitos fundamentais (art. 5º, § 1º)

Terão aplicabilidade imediata as normas que definem os direitos e garantias asseguradas aos brasileiros e estrangeiros domiciliados no Brasil:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (CF, 1988, texto digital).

Isso significa que com a promulgação da CF/88, os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

3.1.3 Direitos sociais (art. 6º)

No art. 6º da CF/88, estão arrolados os direitos sociais, a saber:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (CF, 1988, texto digital).

A CF/88 inseriu a proteção à infância no rol dos direitos sociais (artigo 6º), o que significa que se trata de um direito fundamental, e por esse motivo, o Poder Judiciário deve determinar seu adimplemento em caso de omissão dos demais Poderes, pois como diz Canotilho (1999) os direitos fundamentais constituem parâmetros materiais de escolha, decisões, ações e controle, dos órgãos: legislativos, administrativos e jurisdicionais.

a) Direitos sociais relativos à seguridade social

De acordo com o art. 194 CF/88: Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Quanto à saúde, explica Rafael Bertramello (2013), o Estado deverá prover os cuidados necessários a fim de que sejam prevenidas as doenças bem como, caso elas ocorram, colocar à disposição seus devidos tratamentos.

Já a assistência social, está previsto na CF/88 de forma taxativa:

> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
> I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
> II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; (CF, 1988, texto digital).

A assistência social, através de Políticas Públicas de Proteção Social, de forma não contributiva, é dever do Estado e direito da pessoa humana, através de programas, projetos e benefícios visam garantir a proteção da família bem como da infância, como exemplo, há o serviço de proteção social na forma de acolhimento de crianças e adolescentes em caso de violência familiar e em situação de rua (abrigos), também, há programas que objetivam superar as situações de violação de direitos, como o trabalho infantil, acrescentando ainda, que cabe a assistência social dispor da proteção social na forma de benefícios como apoio as famílias em situação de pobreza bem como de vulnerabilidade social. (CARVALHO, texto digital). Para a autora, com a finalidade de efetivação na proteção da criança e do adolescente, é necessário também fornecer apoio para suas famílias, para garantir seu desenvolvimento sadio, visto que na infância as crianças são vulneráveis, por isso deve-se assegurar apoio na renda familiar, bem como proteger as crianças em situações de risco pessoal nos seus direitos individuais e caso não consiga fazer a proteção de seus direitos mantendo o seu convívio familiar, haverá o seu acolhimento como medida protetiva.

Os objetivos da assistência social incluem a prestação de benefícios pecuniários com a finalidade de que seja assegurada o mínimo existencial de condição para o cidadão se prover, como no caso de complementação de renda (Bolsa Família).

b) Direitos sociais relativos à educação e à cultura

A CF/88 no seu art. 205 faz expressa referência à necessidade de uma atuação conjunta da família, da sociedade e do Estado na educação, fazendo alusão a uma rede de promoção ao ensino, que assegure a todos desenvolvimento pessoal do ser humano, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

De acordo com o estabelecido no art. 208 da CF/88, é dever do Estado garantir gratuitamente a educação básica obrigatória dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade; a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, gera a responsabilização do Estado, pois ele está constitucionalmente incumbido de prestar tal serviço, sendo que a família deverá ser responsabilizada pela matrícula e frequência das crianças e adolescentes em ambiente escolar (art. 55 e art. 129, inciso V do ECA).

c) Direitos sociais relativos à moradia;

Rafael Bertramello (2013) explica que o direito a moradia faz parte das garantias do mínimo existencial. Rafael (2013) ao explicar esse direito, afirma que o direito social à moradia não deve ser interpretado literalmente, pois não é dever do Estado prover uma casa para cada cidadão, apenas dar-lhe acolhimento, com a finalidade de que seja preservada a dignidade de intimidade pessoal dos membros da família.

d) Direitos sociais relativos à família

Os direitos sociais relacionam-se com o princípio da solidariedade, pois as políticas públicas têm finalidade de amparar, na forma de proteção social, os hipossuficientes, estabelecendo uma igualdade material entre a população Bertramello (2013).

Nesse sentido, estabelecem premissas especiais para a efetivação protetiva das Crianças e Adolescentes, razão pela qual foi instituído o princípio da proteção integral que, após a extinção do Código de Menores, passou a tratar a criança e adolescente como sujeito de direitos, segundo Ana Marques (2011).

Em virtude do princípio da proteção integral, crianças e adolescentes foram reconhecidos como sujeitos de direitos humanos e receberam uma atenção especial através de políticas públicas, para assegurar seu desenvolvimento sadio, apontando

para isso, exigências para que este direito fosse cumprido pela família, pela sociedade e pelo Estado:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (CF, 1988, texto digital).

Nos parágrafos desse artigo, está previsto, ainda que é dever do Estado: promover programas relacionados a saúde; vedar o trabalho infantil (impedindo que ele ocorra); dispor de programas com o objetivo de prevenir a dependência de entorpecentes; e, punir o abuso ou violência infantil. (art. 227, § 1º, 3º e 4º CF/88).

Fontoura (2011) afirma que essa mudança passou a vigorar após várias discussões acerca da temática (ocorridas nos anos 70/80), as quais tiveram como resultado a Carta Constitucional de 1988, que mudou a Política de Atendimento das crianças e adolescentes e determinou que o dever de assegurar os direitos das crianças e adolescentes deveria ser dividido entre a família, a sociedade e o Estado. Ressalta-se que essa obrigação é solidária, contudo, defende Fontoura (2011), que o art. 227 da CF/88 de forma primária estabelece que essa obrigação deverá ser cumprida pelos genitores (no âmbito da família): “O dever é solidário e a referência, primeiramente à família, remete ao significado de que é a primeira esfera de atenção que a criança e ao adolescente têm.” (FONTOURA, 2011, p. 31).

3.2 Legislação Infraconstitucional - Estatuto da Criança e do Adolescente

Regulamentando o disposto na CF/88, sobre a proteção integral às crianças e os adolescentes, em meados de 1990, foi aprovada uma legislação especial: Estatuto da Criança e do Adolescente, visando efetivar os direitos constitucionais.

Abaixo, examinam-se alguns artigos pontuais, que se relacionam ao tema dessa monografia.

3.2.1 Quanto ao sistema de garantias (art. 1º)

Lamenza e Machado (2012) descrevem que, com a Lei nº 6.697/79 (Código de Menores) o Brasil amparava (de forma mínima), as crianças e adolescentes em

situações de risco. Na vigência do referido Código, existia a “internação-proteção” para os casos de crianças desamparadas e a “internação-repressão” para os jovens infratores, o Estado empregava a internação como medida protetiva, pois as crianças e adolescentes não eram vistos como sujeitos de direitos.

Em meados dos anos 80, rompeu-se esse paradigma, e a CF/88 passou a tutelar os direitos fundamentais dos “menores” (LAMENZA e MACHADO, 2012), obrigando o Estado a amparar todas as crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade e não apenas aqueles que eram consideradas pelo antigo Código de menores “infratores” ou em “situação irregular”. O princípio da vulnerabilidade, conforme Fontoura (2011) decorre da condição peculiar das crianças e adolescentes (considerados seres juridicamente incapazes e que dependem de representação), bem como, da obrigação a ser cumprida conjunta e solidariamente pela família, pela sociedade, e pelo Estado para assegurar seus direitos.

No seu art. 1º, o ECA estabelece sobre o que dispõe a lei: a proteção integral da criança e do adolescente, e nos próximos artigos, estrutura um sistema de garantias desta proteção. Para sua eficácia, estabelece os responsáveis por essa proteção integral, no seu art. 4º:

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (ECA, 1990, texto digital).

Logo, a responsabilidade pela efetivação dos direitos das crianças e adolescentes é da família, da comunidade, da sociedade e do Estado, através: de Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente (que são os responsáveis pela elaboração/implantação de políticas públicas de educação, saúde, assistência social, cultura, esporte, lazer); do Conselho Tutelar; do Juizado da Infância e da Juventude; da Promotoria da Infância e da Juventude, bem como professores e diretores de escolas.

Importante fazer-se a distinção entre os Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e do Conselho Tutelar, pois apesar de ambos desempenharem o papel de garantir os direitos do público infanto-juvenil, há

diferenças no seu atuar. Conselho Municipal dos Direitos da Criança e Adolescente (CMDCA):

> O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e Adolescente (CMDCA) é um espaço de articulação entre o Poder Público e a Sociedade Civil e que tem por objetivo, a deliberação, formulação e controle das ações em todos os níveis de política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente. E como qualquer outro conselho gestor, é composto por 50% de membros da sociedade civil e 50% do poder público. (MEDEIROS, 2018, texto digital).

Sobre o Conselho Tutelar, Medeiros (2018) explica:

> O Conselho Tutelar é um órgão público municipal, permanente e autônomo, eleito pela sociedade para zelar pelos direitos das crianças e dos adolescentes. É composto por cinco membros eleitos pela comunidade para mandato de quatro anos. São requisitos exigidos para candidatura a membro do Conselho: reconhecida idoneidade moral, ser maior de 21 anos e residir no município. A quantidade de Conselhos Tutelares varia de acordo com a necessidade de cada município, mas é obrigatória a existência de pelo menos um por cidade. (MEDEIROS, 2018, texto digital).

As atribuições do Conselho Tutelar são vistas nos art. 95 a 136 do ECA enquanto que a autorização para criação do CMDCA está contida no art. 88, inciso II e suas atribuições no art. 90 do ECA e em seu regimento interno (o qual deve estar em consonância com: as resoluções do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA; a Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS).

De forma resumida, conforme Medeiros (2018), pode-se dizer que o Conselho Tutelar desempenha o papel de atendimento das crianças e adolescentes que possuírem seus direitos violados, exercendo o papel de orientar os pais e aplicar as medidas de proteção cabíveis, representando os interesses do menor na Justiça (em caso de descumprimento das decisões acordadas entre o Conselho Tutelar e os responsáveis pelo menor), enquanto o CMDCA administra os recursos que são direcionados ao Fundo da Infância e Adolescente (FIA), delibera sobre as políticas que são propostas pelo município e relacionadas ao direito do infante, bem como regulamenta o processo de escolha dos conselheiros.

3.2.2 Aspecto prioritário da criança e do adolescente (arts. 4º, parágrafo único, alínea “c” c/c 87, incisos I e II)

Lamenza e Machado (2012) explicam que o art. 4º do ECA, fala do princípio da cooperação, o qual prevê quem são os responsáveis por garantir as necessidades elementares do público infanto-juvenil:

> Temos esboçado de forma individualizada o princípio da cooperação, em que todos são responsáveis pelo atendimento adequado das necessidades básicas da criança e do adolescente na condição de pessoas em situação peculiar de desenvolvimento. (LAMENZA e MACHADO, 2012, p. 5)

Para Fontoura (2011), o ECA se estrutura através de três sistemas de garantias que são:

a) Sistema primário: diz respeito às Políticas Públicas de Atendimento a criança e adolescente, previstas no art. 4º do ECA:

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
> Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
> a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
> b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
> c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
> d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (ECA, 1990, texto digital).

Da leitura do artigo supra, é possível afirmar que o parágrafo único do art. 4º do ECA, dispõem que a proteção integral deve ser vista como prioridade absoluta (a ser cumprida pelo poder público), fato com o qual concordam LAMENZA e MACHADO:

> “O legislador, ao eleger a causa da infância e da juventude como o topo da lista de tarefas do poder público na busca do bem-estar social, inseriu a prioridade absoluta a ser seguida, sendo uma garantia inafastável.” (LAMENZA e MACHADO, 2012 p. 6).

Analisando-se as alíneas do parágrafo único do art. 4º do ECA, constata-se a confirmação da orientação de prioridade absoluta:

1) a alínea “a”, apresenta uma diretriz sobre a prestação de socorro. LAMENZA e MACHADO explicam que havendo uma criança ou adolescente, para atendimento ambulatorial e hospitalar, ela deve ter atendimento prioritário:

> Devem as crianças e os adolescentes receber tratamento em termo de proteção, sendo acolhidos e preservados contra todo tipo de adversidade que possa colocar em risco seu peculiar desenvolvimento. Também deve ser prestado primordial socorro caso necessitem; e tudo isso em quaisquer circunstâncias, ou seja, sem que haja qualquer exceção ou escusa para o não atendimento. (LAMENZA e MACHADO, 2012, p. 6)

2) a alínea “b” prevê a precedência no atendimento aos serviços públicos (sejam eles, prestados por órgãos públicos ou por delegações), exemplificando: caso haja um adulto e uma criança necessitando de algum serviço público, a criança ou adolescente deverá ser atendida de forma prioritária, observando-se a necessidade de inversão de dado privilégio em casos excepcionais e justificáveis.

3) Quanto à preferência nas políticas públicas, alínea “c”, exige que o Estado dê preferência na formulação e na execução de políticas a serem aplicadas para o atendimento do direito das crianças:

> Por exemplo, constitui prova dessa priorização dos direitos fundamentais da criança por intermédio da fixação preferencial das políticas públicas de atendimento aos petizes o disposto no art. 227, § 1º, I, da Constituição da República, texto esse que estabelece o patamar mínima de aplicação pelo Estado de verbas destinadas à saúde na assistência materno-infantil. (LAMENZA e MACHADO, 2012, p. 7).

O Estado promoverá políticas públicas para a orientação e apoio das famílias, estas políticas para serem efetivadas necessitam de recursos públicos, que serão destinados pelo Estado de forma prioritária, a fim de garantir a proteção integral das crianças e adolescentes. Nos municípios, cabe aos Conselhos de Direito da criança e do Adolescente e da Assistência social participar das discussões sobre as leis orçamentárias, inclusive do Plano Orçamentário Plurianual.

4) Por último, a alínea “d”, remete a exigência do poder público de obrigatoriamente destinar parte de seu orçamento para as políticas que dizem respeito as crianças e adolescentes, pois há uma exigência legal de que os órgãos públicos promovam programas que se destinem aos seus interesses. (LAMENZA e MACHADO, 2012).

b) Sistema Secundário: são as Medidas de Proteção para as crianças e adolescentes que se apresentem em situação de vulnerabilidade previstas do art. 98 a 102 do ECA. Essas medidas protetivas são aplicáveis quando os direitos das crianças e adolescentes forem ameaçados ou violados, caso em que poderá ser aplicada uma medida de forma isolada ou várias medidas cumuladas, sempre

analisando o atendimento das necessidades psicológicas dos menores e favorecendo o vínculo familiar e comunitário. Algumas das medidas são: encaminhamento ao responsável, acompanhamento de matrícula e frequência escolar, tratamento médico e psicológico, tratamento a alcoólatras, entre outros constantes no art. 101, ECA.

c) Sistema Terciário: são as Medidas socioeducativas, aplicáveis no caso de adolescentes infratores, possuem respaldo nos arts. 103 a 128 do ECA. Essas medidas são aplicáveis no caso de ato infracional caracterizado como crime ou contravenção penal praticado por criança ou adolescente, caso o ato tenha sido praticado por adolescente, ao mesmo será aplicado:

> Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
> I - advertência;
> II - obrigação de reparar o dano;
> III - prestação de serviços à comunidade;
> IV - liberdade assistida;
> V - inserção em regime de semi-liberdade;
> VI - internação em estabelecimento educacional;
> VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.
> § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.
> § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.
> § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições. (ECA, 1990, texto digital).

Em detrimento da Teoria da Proteção Integral, houve a concepção do Princípio da Municipalização como forma de pôr em prática a execução de Políticas Públicas em âmbito municipal além de aperfeiçoá-las conforme a necessidade de cada local, como explica Fontoura:

> O Princípio da Municipalização pode ser delineado como a regionalização das execuções das Políticas Públicas, para o melhor atendimento às crianças e adolescentes, em conformidade com as peculiaridades e necessidades de cada região, em face das diferenças e desigualdades socioeconômicas existentes entre elas. Determinadas decisões políticas e serviços públicos, por suas características, peculiaridades e urgência, necessitam serem encaminhados e resolvidos no âmbito do município. Havendo conflitos de interesses - local e nacional -, prevalece o interesse local. (FONTOURA, 2011, p. 33).

Analisando-se o ECA, no art. 87, incisos I e II, constata-se que são consideradas políticas de atendimento, tanto as sociais básicas que visam (através do Poder Executivo do Estado) suprir as necessidades fundamentais como a saúde,

educação, cultura, segurança e etc., quanto serviços e programas de assistência social. Ambas, possuem o propósito de erradicar a violência cometida contra crianças e adolescentes e valorizar o âmbito familiar para o desenvolvimento saudável deles, ficando explicitada a forma de aplicação da norma constitucional, adentrando nos deveres da família, bem como da sociedade e do Estado.

Fontoura (2011) explica que houve a instituição de programas como os Conselhos Tutelares para que a sociedade pudesse exercer, conjuntamente, a fiscalização e garantia dos direitos da população infanto-juvenil. Para a autora, a função social dos Conselhos Tutelares e Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, devem ser entendidos da seguinte forma:

> Também instituiu os Conselhos Tutelares e os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente para a sociedade exercer a fiscalização e o controle da gestão das políticas de atendimento, pela efetivação dos direitos da criança e do adolescente, protegendo a sua população infanto-juvenil, com competências previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre elas, encaminhar notícia de fato que envolva infrações administrativas e penais sobre ameaça ou lesão dos direitos das crianças e adolescentes ao Ministério Público ou à autoridade de judiciária. (FONTOURA, 2011, p. 31).

Sobre as linhas de ação das políticas de atendimento, o ECA estabelece:

> Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento:
> I - políticas sociais básicas;
> II - serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social de garantia de proteção social e de prevenção e redução de violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências; (ECA, 1990, texto digital).

No art. 87, inciso I do ECA, está a política social básica, a qual por questões temáticas, é subdividida em três:

a) A Proteção social básica, que segundo Fontoura: “visa assegurar os direitos universais de todas as crianças e adolescentes, como a educação, a saúde, a alimentação, o lazer, a cultura, o esporte, a convivência familiar e comunitária.” (FONTOURA, 2011, p. 35).

b) A política de Assistência Social, que atua na prevenção e proteção, criando programas para minimizar a vulnerabilidade das crianças e adolescentes.

c) E, ainda, conforme Fontoura (2011) a Proteção Especial das crianças e adolescentes, no que diz respeito ao abrigamento das que estejam em situação de

vulnerabilidade, nos casos em que os menores não possuem mais a proteção de sua família. Fontoura explica:

> Caracteriza-se pelo atendimento das crianças e adolescentes que necessitam de uma família substituta para usufruírem o direito à convivência familiar; ou de adolescentes que cumprem medidas socioeducativas, que de alguma forma entraram em conflito com a lei e estão sujeitos a medidas de caráter pedagógico, não punitivo. (FONTOURA, 2011, p. 36).

Sobre os programas de assistência social (que a população carente faz uso, na forma de complementação as obrigações familiares dos genitores) estão tratados no inciso II, do art. 87 do ECA. Lamenza e Machado (2012) explicam que essa complementação tem caráter supletivo, devendo ser acessada pela família, temporariamente, enquanto houver necessidade, evitando-se que a família atinja a extrema pobreza e permitindo que alcance sua própria autonomia financeira:

> Exemplos típicos são os programas de complementação de renda em que a família recebe determinados benefícios com sujeição a certos requisitos (matrícula de filhos na escola, frequência mínima à unidade de ensino, vacinação das crianças em dia etc.). O poder público apenas dá os primeiros passos para os necessitados terem rumo próprio na vida, não havendo espaços para a dependência dos programas de assistência social por tempo indeterminado. (LAMENZA e MACHADO, 2012, p. 127).

Analisando-se o ECA, no art. 87, incisos I e II, constata-se que são consideradas políticas de atendimento, tanto as sociais básicas que visam (através do Poder Executivo do Estado) suprir as necessidades fundamentais como a saúde, educação, cultura, segurança e etc., quanto serviços e programas de assistência social. Ambas, possuem o propósito de erradicar a violência cometida contra crianças e adolescentes e valorizar o âmbito familiar para o desenvolvimento saudável deles, ficando explicitada a forma de aplicação da norma constitucional, adentrando nos deveres da família, bem como da sociedade e do Estado.

3.2.3 Fortalecimento dos vínculos familiares e à colocação em família substituta (art. 19, caput e § 3º, art. 28 a 52, art. 90 inciso I e III, art. 100, art. 101 caput, inciso IV e 129 incisos I a IV)

O fortalecimento do vínculo familiar é observado em todo o contexto do ECA, considerando que as medidas preferem a manutenção do elo entre parentes, sendo medida excepcional a colocação de crianças e adolescentes em família substituta, objetivando-se a convivência com própria família (de forma que possam se desenvolver de forma saudável).

De forma a preservar o vínculo familiar, a manutenção da criança e adolescente no âmbito familiar sempre será preferência entre outra medida a ser adotada, podendo ser incluídas em programas de proteção e promoção da família, como contido no parágrafo 3 do art. 19 do ECA:

> Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.
> § 3 o A manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será está incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1 o do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei. (ECA, 1990, texto digital).

As entidades de atendimento planejam programas de proteção, destinadas para as criança e adolescentes em situação de vulnerabilidade orientando de forma personalizada cada família. Além dos programas de proteção há os programas socioeducativos que dizem respeito aos jovens que cometeram atos infracionais. Essas entidades devem possuir cadastro junto com Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, sua base legal é o art. 90, ECA:

> Art. 90. As entidades de atendimento são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, assim como pelo planejamento e execução de programas de proteção e sócio-educativos destinados a crianças e adolescentes, em regime de:
> I - orientação e apoio sócio-familiar; (ECA, 1990, texto digital).

As medidas protetivas aplicadas aos pais (art. 100, ECA) deverão valer-se da primordialidade pedagógica, ou seja, tais medidas serão aplicadas de forma a ensinar os genitores a fortalecerem seus vínculos familiares (evitando o abandono afetivo) e, como resultado, a família assuma sua responsabilidade de proteção integral a prole efetivando os direitos e cumprindo seus deveres na proteção das crianças e adolescentes:

> Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. (ECA, 1990, texto digital).

O ECA orienta a inclusão em programas comunitários ou em auxílio à família (como ajuda, na renda familiar), perante a falta, por exemplo, de recursos dos pais para suprir os deveres de assistência na criação e educação dos filhos, como se depreende do art. 101, inciso IV, ECA:

> Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
> IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; (ECA, 1990, texto digital).

Seguindo a análise, o art. 129 inciso I do ECA determina como medidas aplicáveis aos genitores, o encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; o inciso II fala do encaminhamento dos genitores a programas de tratamento de alcóolatras e toxicômanos, como por exemplo os “Centros de Atenção Psicossocial” ou “Alcóolicos Anônimos”. O inciso III determina o encaminhamento para os tratamentos psicológicos e psiquiátricos; e o IV, prevê orientações gerais sobre acontecimentos do dia-a-dia, como o aconselhamento social e educacional. (LAMENZA e MACHADO, 2012).

Quando na relação familiar, a relação entre os genitores e sua prole for comprometida, ou seja, quando os genitores, por alguma razão colocarem as crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade eles serão afastados do convívio familiar sendo necessária sua realocação em família substituta (art. 90, inciso III, ECA).

O ECA regula a realocação em família substituta, entre os art. 28 a 52, prevendo que a criança ou o adolescente seja previamente ouvido por equipe interprofissional, e tenha sua opinião considerada; em se tratando de maior de 12 (doze) anos de idade, ele deverá consentir em juízo para que seja feita a realocação; grupos de irmãos deverão ser colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta. Ressalta-se que, na realocação, deverá ser considerado o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade existente entre o menor e a família substituta.

Ao assumir a guarda ou tutela, o responsável deverá se compromissar em desempenhar este encargo, mediante termo que constará nos autos do processo. (art. 23, ECA). Lembrando-se que a guarda, se obtém com o deferimento da posse de fato, por liminar ou de forma incidental, nos procedimentos de tutela ou adoção, e é exercida pelos genitores ou pela família substituta em casos de suspensão ou

destituição do poder familiar (art. 33 a 35 do ECA) e obriga quem a detêm, a prestar assistência material e educacional às crianças e adolescentes.

Sobre a tutela, ela ocorre quando não existe mais o poder familiar, seja pelo falecimento dos pais ou pela sua destituição, nesses casos, o tutor torna-se o representante legal da criança ou do adolescente tutelado, e, portanto deve zelar pelo patrimônio do tutelado, além de assegurar os seus direitos (art. 36 a 38 ECA).

Enquanto a guarda e a tutela podem ser revertidas, a adoção é definitiva e depende de deferimento por sentença judicial, a qual será inscrita na matrícula do registro civil do local onde o menor nasceu, encerrando os vínculos da criança ou adolescente com seus parentes consanguíneos, conferindo-lhes nova parentalidade, serão declarados como genitores os adotantes e os adotados serão equiparados aos seus filhos naturais (art. 39 a 52, ECA).

3.2.4 Da prevenção e implementação de políticas públicas com enfoque prioritário na criança e no adolescente (arts. 70 a 85)

O ECA, Livro I, Título III do artigo 70 é taxativo: (art. 70, ECA): “Todos são responsáveis pelo atendimento adequado das necessidades básicas da criança e do adolescente na condição de pessoas em situação peculiar de desenvolvimento.”

Lembrando-se que a criança e do adolescente na condição de pessoas em situação peculiar de desenvolvimento possuem direito a informação, bem como devem ter acesso a cultura e lazer, de forma a garantir seu sadio desenvolvimento (art. 71, ECA). Por isso, existem regramentos específicos para propaganda no Código de Autorregulamentação Publicitária, no ECA: que proíbe publicar anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições para o público menor de 18 anos; no Código de Defesa do Consumidor: que proíbe a publicidade enganosa/abusiva; no Conselho Nacional dos Diretos da Criança e do Adolescente-Conanda (resolução 163/2014): que dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente; Lei nº 12.529/1**:** que Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica (vide o artigo 36, § 3º, inciso XVIII que define a venda casada); Lei n° 9.294/96: que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígeros, bebidas alcoólicas,

medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4° do art. 220 da Constituição Federal; Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº. 408/2008: que aponta diretrizes para a promoção de alimentação saudável e para a prevenção de distúrbios alimentares, sobrepeso e obesidade; Lei n°: 11.947/2009: que dispõe sobre a Alimentação Escolar; além de vários projetos de lei que estão em tramitação.

Conforme Lamenza e Machado (2012), aquele que não observar o disposto em lei, praticará um ilícito e será responsabilizado por tais atos (art. 73, ECA).

Sobre a prevenção especial relativa ao direito de informação, cultura e lazer, vale acrescentar que as crianças com menos de dez anos de idade, só poderão permanecer em espetáculos públicos destinados a sua faixa etária, se estiverem acompanhadas de seus pais ou responsáveis. Acrescenta-se, também, que todos os espetáculos deverão conter a classificação etária; e para maior proteção, as revistas de conteúdo impróprio ou inadequado para o público jovem deveram ser comercializadas em embalagens fechadas, sendo advertido acerca de seu conteúdo (art. 75, parágrafo único, 76 e 78 ECA).

Existe uma prevenção especial no art. 81 do ECA, o qual consta a proibição de venda de armas, bebidas alcoólicas bem como produtos que possam vir a causar dependência química:

> Art. 81. É proibida a venda à criança ou ao adolescente de:
> I - armas, munições e explosivos;
> II - bebidas alcoólicas;
> III - produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida;
> IV - fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida;
> V - revistas e publicações a que alude o art. 78;
> VI - bilhetes lotéricos e equivalentes. (ECA, 1990, texto digital).

Outra prevenção especial diz respeito à vedação a hospedagem em hotel ou motel, excepcionalmente sendo permitido nos casos de autorização ou acompanhamento dos pais ou dos responsáveis (art. 82, ECA), evitando que o menor viaje desacompanhado ou sem autorização. Sobre a autorização para viajar, destaca-se que nenhuma criança até dezesseis anos poderá sair da comarca onde reside sem autorização judicial, com exceções do deslocamento em comarcas

próximas a sua residência ou quando a criança e ao adolescente estiverem acompanhados de ascendentes ou colaterais maiores, com até terceiro grau de parentesco mediante comprovação, ou de pessoa maior autorizada perante os pais ou responsável judicialmente (art. 83, §, alínea a e b, ECA). Nas viagens ao exterior, a autorização somente será dispensada se ambos os pais estiverem acompanhando o menor ou se ele estiver na companhia de um dos genitores e houver autorização expressa do outro. (art. 84, ECA).

3.2.5 O acolhimento institucional de crianças e adolescentes como medida excepcional e eminentemente temporária (art. 101, §1º).

Há medidas específicas de proteção na forma de acolhimento institucional das crianças e adolescentes, como forma excepcional e temporária, possuindo a finalidade de ressalvar seus direitos de ameaças ou ofensas. Essas medidas são aplicadas em caso de violação (por ação ou omissão) dos pais ou responsáveis, da sociedade do Estado, e em razão da conduta deles:

> Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
> I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
> II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
> III - em razão de sua conduta. (ECA, 1990, texto digital).

Isto posto, caso não sejam cumpridas os direitos reconhecidos no ECA e for observada situação que importe em risco iminente para as crianças e adolescentes, caberá a autoridade competente (que poderá ser o juiz ou até o integrante do Conselho Tutela) adotar as medidas protetivas de forma isolada ou até cumuladas, (LAMENZA e MACHADO, 2012), determinando acolhimento institucional e familiar, na forma de medida provisória e com escopo de reabilitação familiar ou, caso não seja possível devolver o menor para a sua família, determinar a realocação desse menor em família substituta.

> Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
> § 1 º O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade. (ECA, 1990, texto digital).

Assim, Lamenza e Machado (2012) explicam as medidas institucionais de acolhimento contidas no art. 101 do ECA:

> É de se observar que não há uma ordem a ser seguida, podendo haver a tomada de medidas mais drásticas (como o acolhimento institucional, por exemplo) logo de plano, desde que as circunstâncias e a gravidade do quadro assim recomendem. (LAMENZA e MACHADO, 2012, p. 172).

Tal medida, contida no art. 101, § 1º é de caráter temporário, durando o tempo que as autoridades acharem necessário para que seja verificada a (im)possibilidade do retorno do menor a sua própria família ou sua colocação em família substituta, sendo que, de nenhuma forma, a criança ficará privada de ter contato com seus pais:

> Caso seja observado que determinada criança ou adolescente está em situação de risco com a família de origem, deverão as autoridades buscar alternativas para sua colocação junto aos parentes com quem tenha o infante ou jovem laços de afinidade e afetividade. Caso não haja pessoas disponíveis para tanto, somente a partir daí deverão ser buscadas as alternativas em caráter de exceção; o acolhimento familiar (caso exista esse programa no respectivo município) ou acolhimento institucional. (LAMENZA e MACHADO, 2012, p. 176).

Constatada a situação de risco da criança ou adolescente o Conselho tutelar deverá comunicar o Ministério público afim de que este ingresse com uma demanda judicial constando a necessidade da medida de retirar a criança de sua família, após isso, o Juiz muitas vezes com a colaboração do Conselho tutelar localiza uma família substituta, atentando-se por dar preferência a família extensa na qual a criança já possua um laço de afetividade, não sendo possível localizar alguém interessado em acolhê-lo na família extensa, somente aí será feito o acolhimento institucional.

3.3 Responsabilização civil dos Pais, do Estado e da Sociedade

3.3.1 Crime de abandono

O crime de abandono está previsto no Código Penal de 1940 (CP/40), especificadamente, em seus art. 133 a 135, tratando-se dos crimes de perigo, consequentemente, sendo exigida para a sua configuração, a conduta do agente causador, que ao agir de determinada maneira, estará colocando em perigo as crianças e adolescentes.

O abandono é tipificado em: abandono de incapaz, abandono de recém-nascido, “meninos e meninas de rua” e omissão de socorro.

a) Incapaz

No CP/40, está tipificado o abandono de incapaz, assim, no art. 133:

> Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:
> Pena - detenção, de seis meses a três anos.
> § 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave:
> Pena - reclusão, de um a cinco anos.
> § 2º - Se resulta a morte:
> Pena - reclusão, de quatro a doze anos. (CP, 1940, texto digital)

Pratica esse crime aquele que abandona crianças e adolescentes que, por sua condição, não são capazes de defenderem-se sozinhos. Segundo Neto (2016), a tipificação, objetiva a proteção da vida e saúde dos descendentes, a fim de dar-lhes segurança, pois eles não são capazes de se proteger.

Qualifica-se como sujeito ativo da ação, aquele que possui em sua guarda incapaz e age de forma dolosa sendo consumado esse crime quando o incapaz em decorrência do abandono estiver em perigo de vida ou com a sua saúde em risco.

b) Abandono de Recém-nascido

O art. 134 do CP/40 tipifica abandono de incapaz e majora a pena pelo fato de expor ou abandonar um recém-nascido:

> Art. 134 - Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria:
> Pena - detenção, de seis meses a dois anos.
> § 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:
> Pena - detenção, de um a três anos.
> § 2º - Se resulta a morte:
> Pena - detenção, de dois a seis anos. (CP, 1940, texto digital)

Esse tipo penal iguala a exposição ao abandono, e define recém-nascido como aquele que possui pouco tempo de vida, podendo ir de horas até dias de vida (NETO, 2016). São juridicamente tuteladas a vida e saúde, sendo imprescindível para sua configuração: o dolo, ou seja, a intenção de ter abandonado.

c) "Meninos e meninas de rua"

A situação denominada popularmente por “meninos e meninas de rua” recebe este nome devido ao fato de crianças e adolescentes viverem em espaços públicos urbanos, e está relacionada com o abandono dos genitores e até mesmo da própria sociedade e do Estado.

Com a doutrina da proteção integral, através do ECA, art. 4º as crianças e adolescentes deverão ser protegidos com absoluta prioridade, assegurando-se à sua vida e saúde, bem como a sua segurança.

Destarte, quem quer que viole o direito de proteção integral, estará cometendo o delito de abandono de incapaz, e responderá nos termos das penas previstas no CP/40, art. 133.

d) Omissão de socorro

Neto (2012) explica que viver em sociedade, impõe a todos o dever de cuidado, relativo à assistência das crianças e adolescentes, em virtude da solidariedade social:

> Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:
> Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.
> Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte. (CP, 1940, texto digital)

A omissão de socorro pode ser dividida em duas condutas: deixar de prestar assistência ao ofendido dentro de suas condições e a conduta de não pedir socorro para a autoridade pública, ou seja, caso não seja possível prestar socorro pessoalmente, é exigido que fossem acionadas as autoridades competentes. Da mesma forma que os crimes abordados acima, é exigido o dolo (não prestar auxílio a vítima).

3.3.2 Crime contra a assistência familiar

Tipificado no CP/40, os crimes contra a assistência familiar se encontram incisivamente descritos nos art. 244 a 247, e estão alicerçados na CF/88 que estabelece que a família, como base da sociedade (art. 226, CF/88), possui o dever

de assegurar as crianças e adolescentes, o direito à vida, a dignidade, respeito, entre outros (art. 227, CF/88). Desta forma, exige-se assistência familiar (material e afetiva) dos genitores para com sua prole.

Pinheiro (2018) defende que o Estado tem responsabilidade nos crimes que afetam a assistência familiar, por permitir que se materializem, omitindo-se no seu dever de proteção integral aos menores.

Para entender o alcance do dano praticado pelos genitores e a sua caracterização, subdividir-se-á o abandono em: abandono material, intelectual e moral; entrega de filho menor a pessoa inidônea e devolução de crianças adotadas.

a) Abandono Material, Intelectual e Moral

Tratar-se-ão de forma específica e em separado o abandono: material, intelectual e moral.

1) Material

O abandono material está ligado a condição dos pais de prover alimentos a seus filhos, bem como para os cônjuges de forma recíproca, tendo eles o dever de ambos se sustentarem e sustentarem seus descendentes, estes até completar sua maioridade e não fazendo isso, incorrem no crime de abandono material.

> Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:
> Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.
> Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. (CP, 1940, texto digital)

O sentido de subsistência diz respeito às necessidades fundamentais dos direitos da pessoa humana, como acesso a saúde (medicamentos, médicos), estudos e alimentação.

2) Intelectual

O abandono intelectual afronta diretamente o art. 205 da CF/88, pois fere o direito a educação da população infanto-juvenil:

> Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:
> Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa. (CP, 1940, texto digital).

Este crime ocorre quando o pai ou responsável deixa de prover a devida instrução do filho, como por exemplo, quando deixa de matriculá-lo na escola regular.

3) Moral

O CP/40 também prevê o abandono moral:

> Art. 247 - Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:
> I - freqüente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;
> II - freqüente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza;
> III - resida ou trabalhe em casa de prostituição;
> IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública:
> Pena - detenção, de um a três meses, ou multa. (CP, 1940, texto digital)

Logo, é crime o ato cometido pelo pai ou responsável que permita que menor de dezoito anos frequente a casa de jogos, trabalhe em casas de prostituição ou até mesmo que peça esmolas. O sujeito que permitir tal ato responderá com pena de detenção de um a três meses ou multa.

b) Entrega de filho (criança/adolescente) a pessoa inidônea

O CP/40 no art. 245 tipifica como crime o ato de entregar o filho incapaz a pessoa que pode vulnerar a sua integridade.

> Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo:
> Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.
> § 1º - A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior.
> § 2º - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro. (CP, 1940, texto digital).

Nicolau (2016), conclui que o poder familiar é irrenunciável, ou seja, os pais não podem abrir mão dele, não fazendo distinção entre a filiação biológica ou socioafetiva, pois os direitos adquiridos perante seus descendentes são personalíssimos:

> O poder familiar é irrenunciável, intransferível e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, de preferência a um membro da família. (NICOLAU, 2016, p. 23)

Se esse direito/obrigação não pode ser delegável, ele não pode ser transferido ou alienado para outra pessoa que não seja o genitor ou o titular da guarda ou tutela. Qualquer renúncia ao exercício desse poder familiar e entrega de filho menor a terceiros, será nula, pois a somente pode ser delegado a terceiro, se for realizado um procedimento judicial.

c) Devolução de crianças adotadas

Após a decisão judicial de adoção ser concedida e ter transitado em julgado, o adotante ficará legalmente impossibilitado de devolver o adotado, com uma exceção: no caso de a família não possuir mais recursos para mantê-la:

> Não obstante haja a previsão de irretratabilidade, este é um fato que ocorre, baseado na alegação dos adotantes da falta de condições para educação com relação a criação do adotado ou outros motivos. Nesse contexto, entende-se a possibilidade da responsabilização dos adotantes, pois o adotado sofrerá com a rejeição e com o processo de devolução. Além do fato ferir o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, por se tratar de questões que deveriam ser analisadas no início do processo de adoção, derivando a reflexão acerca do cabimento da responsabilização civil dos pretendentes à adoção que praticam o ato da devolução. (NICOLAU, 2016, p. 39).

Nicolau (2016) explica que após a criança ser entregue a família adotiva, a desistência da adoção só poderá ocorrer no caso de o processo de adoção ainda estar em andamento, e antes da sentença:

> “No entanto, tratando-se de desistências posteriores à entrega da criança à família adotiva, somente se tornam juridicamente possíveis caso o processo ainda esteja em andamento, ou seja, em período anterior à sentença (definitiva) de adoção.” (NICOLAU, 2016, p. 37)

Assim, a adoção pode ser revogada por desistência dos pais adotantes, durante o estágio de convivência, ou seja, antes da decisão definitiva de adoção. Como consequência legal da devolução, Nicolau (2016) explica que o adotante apesar de não sofrer sanção por abandono de incapaz, pelo fato de restituir a criança em juízo alegando falta de recursos para mantê-la, poderá ter de indenizá-la pelos danos que existirem.

Logo, se desistência dos pais adotantes causar danos no adotado, o CC/2002, prevê a possibilidade de responsabilização, pois conforme o art. 186, aquele que causar dano a outrem, cometerá ato ilícito, e o art. 927 do CC/2002, obriga aquele que cometeu dano a reparar a vítima.

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DANO MORAL E ABANDONO AFETIVO E ANÁLISE DE JULGADOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

4.1 Afetividade no direito de família

Para explicar o que é o princípio da afetividade no direito de família, primeiramente se faz necessário esclarecer o que ele significa em si. Ele é uma espécie de regra ou conduta moral adotada pela sociedade de forma a garantir a ordem jurídica.

Historicamente, a família era considerada a base da sociedade, havendo intervenção pelo Estado que geria as regras do casamento, não permitindo a separação do casal, classificando as relações fora do casamento como adulterinas e denominando de bastardo os filhos tidos fora da relação matrimonial, sendo a família patriarcal e somente com vínculo heterossexual.

> Ao longo da história, a família sempre gozou de um conceito sacralizado por ser considerada a base da sociedade. As relações afetivas foram primeiro apreendidas pela religião, que as solenizou como união divina, abençoada pelos céus. Claro que o Estado, com toda a sua onipotência, não poderia dar um tratamento menos intervencionista às relações familiares. Buscando o estabelecimento de padrões de estrita moralidade e objetivando regulamentar a ordem social, transformou a família em uma instituição matrimonializada. Engessando-a no conceito de casamento, impôs de forma autoritária deveres, penalizando comportamentos que comprometessem sua higidez, além de impedir sua dissolução. O modelo tradicional da família sempre foi o patriarcal, sendo prestigiado exclusivamente o vínculo heterossexual. (DIAS, 2005, texto digital).

Isso significa que o casamento era a única maneira de constituir a família (até 1988), e apenas os filhos tidos durante essa relação eram considerados legítimos,

como forma de “punição” para as relações com parâmetros diferentes do modelo imposto pelo Estado, por exemplo, não se reconhecia o filho bastardo e rejeitavam-se uniões que não fossem constituídas através do casamento.

Estudos comprovam que, quando a família saiu do campo para trabalhar na cidade e a mulher adentrou no mercado de trabalho, objetivando melhores condições econômicas, as relações amorosas passaram a se compor por laços de afetividade, como explica Pessanha:

> Com as famílias contemporâneas, baseadas nos laços de afeto, temos que o amor e o afeto são capazes de sustentar laços familiares, modificando os conceitos de família, que somente poderia ser formada por homem e mulher ligados pelo vínculo do casamento ou pela união estável, sendo que o mais importante hoje nas famílias é o princípio da afetividade. (PESSANHA, p. 1, texto digital).

Esses laços afetivos modificaram o conceito de família e as relações amorosas passaram a constituir-se em outros moldes além da instituição do casamento, que era regulamentado pelo Estado e pelas premissas da Igreja que o sacramentava. Dias (2005), explica que as famílias passaram a se constituir adotando diferentes estruturas, que geraram a necessidade de reconhecimento jurídico do pluralismo das entidades familiares. Como consequência, a Igreja acabou por se distanciar em virtude da mudança de paradigmas na formação da família.

Com o Estado laico, não havia mais a imposição de um modelo matrimonial da Igreja nas relações familiares, o que exigiu a criação de outros mecanismos de referência para estruturas familiares; conforme Dias (2005), valores como moral e ética passaram a normatizar as convivências familiares, com a finalidade de viabilizar a vida em sociedade.

Pessanha, (texto digital) no mesmo sentido, fala que o conceito jurídico de família foi evoluindo, e desta forma, modificaram-se as medidas que serviam de parâmetro para sua consolidação, o que permitiu que valores como o afeto e amor familiar fossem juridicamente considerados. Atualmente, a família se alicerça nas relações de solidariedade mútua, diferenciando-se de antes (Código Civil de 1916), quando era baseada na economia: o homem/marido provia o lar.

Considerado como componente essencial caracterizador de relações familiares, o afeto é utilizado como critério de constituição da família, razão pela qual Pessanha escreve que:

> Afeto significa sentimento de afeição ou inclinação para alguém, amizade, paixão ou simpatia, portanto é o elemento essencial para a constituição de uma família nos tempos modernos, pois somente com laços de afeto consegue-se manter a estabilidade de uma família que é independente e igualitária com as pessoas, uma vez que não há mais a necessidade de dependência econômica de uma só pessoa. (PESSANHA, p. 2, texto digital).

Para conceituar o afeto, Cunha (2009, texto digital) fala que: “De um modo geral, o afeto pode ser compreendido como um aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano que atribui significado e sentido à sua existência, que constrói o seu psiquismo a partir das relações com outro indivíduo.” Para Cunha, o afeto se constitui na forma de direito de personalidade, sendo um direito da pessoa humana, desde seu nascimento até a sua morte, protegendo-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A afetividade não está prevista textualmente na legislação brasileira, contudo, após a CF/88, passou a integrar de forma implícita através do art. 1º, III - princípio da dignidade humana, art. 3º, I - princípio da solidariedade, art. 226, §6º - igualdade entre os filhos, art. 226, §3º – reconhecimento da união estável como entidade familiar.

Em virtude da constitucionalização do Direito Civil, o afeto e a mútua assistência familiar tornaram-se elementos constitutivos do novo conceito jurídico de família. Por isso, e amparado nos princípios constitucionais, o querer estar junto e a busca pela felicidade dentro das relações familiares qualificam a família, afinal, o afeto é à base das relações socioafetivas. Nesse sentido, são os dizeres de Pessanha:

> O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma só família, mas um laço que une pessoas com a finalidade de garantir à felicidade de todas as pessoas pertencentes aquele meio, ocasionando, assim, o norte de cada família, já que a afetividade é como princípio norteador das famílias contemporâneas. (PESSANHA, p. 2, texto digital).

Desta maneira, a partir da entrada em vigor da CF/88, juridicamente, passou-se a conceituar entidades familiares como um núcleo de pessoas que se relacionam

através do afeto (independentemente da forma de constituição dessa entidade familiar). Também é esse o entendimento de Pessanha:

> A família é a base da sociedade brasileira, haja vista ser ancorada primeiramente em laços de afeto, sabendo-se que o amor é o elo da comunhão de vida plena entre pessoas, de forma pública, contínua e duradoura. Assim, a família é uma construção da sociedade formada através de regras culturais, jurídicas e sociais. (PESSANHA, p. 2, texto digital).

Vista como um dos princípios do direito de família, mesmo que a afetividade não esteja expressa na legislação, mas indiretamente esteja prevista na CF/88, é possível afirmar que nas relações familiares, busca-se a harmonia familiar, sendo sua composição formada por laços de amor e dedicação entre os membros familiares, como se depreende da explicação abaixo:

> Desta maneira, a família passou a ser alicerçada nos laços de afetividade, garantindo, portanto, o primado básico da Constituição Federal, que é a dignidade da pessoa humana, onde a sociedade busca a felicidade entre as pessoas. (PESSANHA, p. 3, texto digital).

Cardin, Cazelatto e Guimarães (2019) explicam que a família (como base da sociedade), desempenha importante papel no desenvolvimento das relações interpessoais dos cidadãos em comunidade, sendo que este papel importa também na garantia de direitos entre os membros da família, possuindo assim a finalidade de promover a dignidade de cada partícipe do núcleo familiar.

Importante salientar que a CF/88 não exclui da sua tutela, direitos adquiridos através de princípios, hermeneuticamente falando, isso significa que: os direitos que beneficiam a dignidade da pessoa humana são considerados fundamentais, apesar de não constarem de forma expressa, segundo Cardin, Cazelatto e Guimarães (2019). Ainda conforme autores, o princípio da afetividade possui valor jurídico, é descrito como direito de personalidade, resultado do princípio da dignidade humana e da solidariedade, a saber:

> Percebe-se, então, que a afetividade é imposta como um dever a ser observado nas relações familiares, garantindo a construção de um espaço saudável ao desenvolvimento de cada um dos seus membros.
> O cuidado é um subprincípio da dignidade da pessoa humana e um direito fundamental da criança e do adolescente, que também está implícito no texto constitucional. (CARDIN, CAZELATTO e GUIMARÃES, 2019, p. 228).

No momento que a afetividade foi reconhecida como um dos princípios do direito de família obteve reflexo na responsabilidade civil, pois, é considerada de

suma importância para o desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente. Cunha (2009, texto digital) fala: “O abandono afetivo é atualmente um conceito novo atribuído à ausência de afeto entre pais e filhos, em que estes buscam por intermédio da demanda judicial a reparação desta lacuna existente em sua vida.”

Portanto reconheceu-se a responsabilidade dos pais, pelo desenvolvimento dos seus filhos (além do atendimento das suas necessidades vitais); conforme Araújo e Silva (2019), o dever de cuidado dos pais, vai além do material, adentrando aos direitos de personalidade dos filhos:

> O dever de dar afeto aos filhos não está disposto em nenhuma legislação do nosso ordenamento jurídico, no entanto, a obrigação de prestar afeto entre pais e filhos está implícito em diversas normas que regulam as relações de filiação e paternidade. Todo nosso ordenamento está repleto de preceitos afirmando o dever dos pais de cuidar e proteger os filhos. (ARAÚJO, SILVA, 2019, p. 7).

Os autores afirmam, ainda, que a partir do momento que você se torna pai, adquire responsabilidades e por essa razão, deve cumprir com os atos esperados de um pai/mãe e que estão previstos como poder familiar para que seja garantido o melhor interesse da criança e adolescente, incumbindo a sua responsabilização por sua proteção, além de garantir-lhes a criação e educação, estando subentendida desta forma, a obrigação de conviver com seus filhos, aonde através dela, espera-se que sejam gerados os laços de afeto.

Quando se atribui o poder familiar aos pais, não se atribui apenas a manutenção das questões materiais dos filhos, mas, também, a necessidade de complementação moral, pois sabe-se que para um desenvolvimento sadio, é necessário a convivência em um lar acolhedor, Vereza (2005) explica que a família atua preliminarmente na educação das crianças e assim, de forma afetiva educa e ensina sobre os valores e normas da sociedade, através desse desenvolvimento prepara eles para o futuro.

Dessa forma, se faltar a presença afetiva materna ou paterna, não haverá a convivência em um lar saudável, gerando consequências na formação das crianças e adolescentes, o abandono afetivo poderá gerar problemas em sua personalidade futura:

> Acrescenta-se que o abandono afetivo surge do descaso parental, quando os genitores deixam de cumprir as atribuições oriundas da parentalidade. Muitos filhos são privados da oportunidade de conviver, receber afeto, cuidado, educação, bem como a devida assistência material e moral de seus pais, causando-lhes sérios prejuízos à personalidade. (CARDIN, CAZELATTO e GUIMARÃES, 2019, p. 226)

Considerando-se o disposto na CF/88, o conceito de família foi ampliado, incluíram-se como entidade familiar, além do casamento, a união estável e a família monoparental, mas, em virtude dos princípios constitucionais, viu-se a necessidade de uma nova ampliação, para a proteção das relações socioafetivas e, entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivas), desde que cumpridos os requisitos da relação de estabilidade e publicidade, e ainda, todas possuindo como critério a necessidade do afeto em suas relações.

Outra alteração decorrente dos princípios constitucionais foi o estabelecimento da igualdade entre os cônjuges, entre pais, entre entidades familiares e entre os filhos. Lembrando que todas as entidades familiares merecem proteção especial concedida pelo Estado, na forma do art. 226 da CF/88:

> A pluralidade de famílias prevista na Constituição demonstra que pela aplicabilidade do princípio do afeto, todas as famílias constituídas merecem tutela e proteção do Estado. Afeto este, como elemento norteador das famílias contemporâneas, entendido como elemento intrínseco de cada família, por meio de atitudes de vida plena e que estruturam os laços familiares. (PESSANHA, p. 4, texto digital).

A afetividade foi elemento norteador para as modificações das constituições de núcleos familiares, incluindo-se assim as famílias plurais que eram formadas por vínculos afetivos e através do princípio da dignidade da pessoa humana, o ser humano passou a ser considerado como um sujeito de direito dentro das relações familiares e assim dando igualdade entre seus membros.

4.2 Exposição doutrinária e legislativa sobre o dano moral e a disciplina sobre o abandono afetivo.

Como explicita o ECA, no art. 17, os pais são responsáveis pela integridade física, psíquica e moral dos filhos, devendo preservar integridade e os valores e a identidade deles.

A falta de afeto, causada pelos genitores (pai ou mãe) é objeto de discussão nos tribunais brasileiros, a maior dúvida decorrente da falta de afetividade, é se, essa acarreta dano moral nos filhos e se é possível compensá-la através da indenização prevista na responsabilidade civil.

Para tentar solucionar essa dúvida é necessário conceituar o dano moral, bem como explanar sobre o abandono afetivo.

A existência de laços de afetividade entre os membros da família teve crescente reconhecimento após a CF/88, as relações familiares passaram a caracterizar-se pela vontade das partes de conviverem juntas, tendo o afeto desempenhado importante papel estrutural para as famílias, sendo um dos princípios no direito de família, como explica Santos:

> O afeto tem se tornado uma característica essencial para o desenvolvimento das relações familiares, é através do afeto que podemos vislumbrar as interações ou ligações entre as pessoas que convivem como uma família. O afeto traz consigo a confiança e a solidariedade que se espera quando se busca constituir uma família, respeitando desde logo a dignidade da pessoa humana. (SANTOS, 2019, p. 5).

O elemento caracterizador das relações familiares é o afeto, através dele as pessoas se relacionam e buscam um propósito em sua ligação, buscando-se a solidariedade e o respeito entre seus membros para que se garanta um bom convívio e ambiente familiar, que respeito à dignidade pessoal de cada componente seu.

4.2.1 Dano moral

O dano pode ser classificado em material e moral, Santos comenta essa distinção:

> Verifica-se uma clara distinção entre os danos moral e material. Todavia, ao contrário do que se possa imaginar, a principal característica distintiva entre os dois não é a natureza da lesão, o que ocasionou tal ofensa, mas sim os efeitos daquela lesão, a repercussão que esta teve sobre o ofendido e seus bens tutelados. Enquanto no dano material há uma diminuição patrimonial e, comprovados os danos, há que se ressarcir a perda, recompondo o *status quo* patrimonial do ofendido, no dano moral, essencialmente extrapatrimonial, imaterial, a grande questão é a determinação do quantum indenizatório, haja vista ser indeterminável pecuniariamente. (SANTOS, 2012, texto 1, texto digital).

O dano moral, por sua vez, classifica-se em dano direto e indireto (também chamado de reflexo), sendo que o dano moral direto ocorre quando foi lesionado um bem jurídico personalíssimo de determinada pessoa, como nos casos de violação de honra e imagem; e o dano moral indireto ocorre quando foi lesionado um bem extrapatrimonial que atinja, além da pessoa ofendida, as pessoas consideradas afetivamente próximas a ela.

> O dano moral indireto ou reflexo é aquele que, tendo-se originado de um ato lesivo ao direito personalíssimo de determinada pessoa (dano direto), não se esgota na ofensa à própria vítima direta, atingindo, de forma mediata, direito personalíssimo de terceiro, em razão de seu vínculo afetivo estreito com aquele diretamente atingido. (REsp nº 1.119.632 – RJ, texto digital).

O Resp nº 1.119.632 – RJ disserta que as pessoas inseridas no mesmo núcleo familiar, poderão ser presumidamente ofendidas por agressão moral, visto que há o sentimento de unidade familiar, assim a ofensa à um de seus membros causa dor e angústia e poderá ofender diretamente apenas ao ofendido ou indiretamente a todos os integrantes daquele núcleo familiar.

Cabe destacar que aquele que por ação ou omissão, violar o direito de alguém, ainda que exclusivamente moral (através de ofensa a sua honra ou imagem) e causar dano aos bens juridicamente protegidos por lei, cometerá um ato ilícito, conforme art. 186 do CC/2002:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (CC, 2002, texto digital).

Porém, também cometerá ato ilícito o titular que possui determinado direito concedido pela lei, mas que agir de forma abusiva ou excessiva perante os limites que se destinam a sua finalidade econômica ou social.

> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (CC, 2002, texto digital).

O pai/mãe possui responsabilidade parental perante seus filhos, conferido por imposição do Estado, contudo, apesar de titulares do direito de conferir-lhes educação, saúde e desenvolvimento dos filhos, estarão agindo de forma excessiva a este direito se, por exemplo, estiverem tratando cruelmente seus filhos ou o castigando de forma física.

Assim, quem comete ato omissivo (deveria agir de determinada forma e não agiu), como comissivo (quem agiu contrário ao que a lei determina), sendo de forma dolosa (ter uma conduta com consciência de sua ilicitude) ou culposa (negligente ou imprudente) ou ainda em abuso de direito que lhe cabe, estará cometendo ato ilícito.

No caso do abandono afetivo, a responsabilidade civil subjetiva ocorre pelo descumprimento dos princípios constitucionais, direitos de personalidade e dos deveres da família previstos no ECA, ou seja, a lei estabelece que os pais devem agir conforme a paternidade responsável, mas o pai/mãe é omisso quanto a essa responsabilidade.

O CC/2002 prevê como sancionamento para o agente que comete ato ilícito/ato abusivo, a responsabilização civil (através de indenização pecuniária) que se fundamenta no art. 927:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (CC, 2002, texto digital).

O Dano moral ocorre no momento em que há violação da dignidade do cidadão, dessa forma quando alguém atenta contra a sua dignidade (por exemplo, ao lesionar a sua honra, ou intimidade) a CF/88 prevê nos art. 1º, inciso III e 5º, inciso V e X, a aplicação de indenização por dano moral:

> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> III - a dignidade da pessoa humana;”
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (CF, 1988, texto digital).

Logo, a dor/sofrimento causados pelo dano, aliado ao fato que é inviolável a dignidade da pessoa humana, gerará como consequência para o infrator, o dever de reparação da ofensa, através de indenização.

Quando há uma injusta agressão ao bem considerado imaterial da pessoa humana, o dano ocorre. Santos (2012, texto 1, texto digital) explica que: “Em primeira análise é possível considerar que o dano moral está vinculado à dor, angústia, sofrimento e tristeza. Todavia, atualmente não é mais cabível restringir o dano moral a estes elementos, uma vez que ele se estende a todos os bens personalíssimos. “

Santos (2012, texto 1) alega que a indenização por dano moral é de suma importância, e que, para sua comprovação, deverá ser demonstrado que o ato cometido pelo agente infrator, causou uma dor capaz de ultrapassar o que é considerado pela sociedade como aborrecimento normal para o homem médio, ou seja, não basta ser mero dissabor, ela deve ultrapassar as barreiras das divergências médias da coletividade, conforme Santos:

> Para que se possa cogitar em indenização por dano moral, é necessário que o ofendido demonstre de forma cabal que o ato tido como causador do dano tenha ultrapassado a esfera daquilo que deixa de ser razoável, aquilo que o homem-médio aceita como fato comum à sociedade. (SANTOS, 2012, texto 1, texto digital).

Tal autor acrescenta que os magistrados deverão ser convencidos da legalidade em deferir a reparação por dano moral, evitando a “fábrica” de indenizações:

> O magistrado para conceder reparação por dano moral deve estar convencido da efetiva ofensa à dignidade – consubstanciada na violação às integridades física, psíquica e moral – não devendo tratar-se de mera frustração ou dissabor devido ao risco de banalização do instituto. (SANTOS, 2012, texto 1, texto digital).

Quanto a produção de provas do dano moral, Santos (2012, texto 1) ressalta que a corrente majoritária explica ser desnecessário provar o dano moral, contudo deverá ser comprovada a ofensa a dignidade da pessoa humana, caso em que, a indenização será devida pela presunção do dano.

Diante de tais apontamentos, Cardin, Cazelatto e Guimarães, entendem que o abandono afetivo se constitui em ilícito civil e causa dano moral (em virtude da conduta omissiva relativa aos deveres originados com a paternidade):

> Portanto, o abandono afetivo parental se manifesta como ato ilícito, previsto no artigo 186, causador de dano moral por ser uma conduta omissiva e negligente do genitor que deixa de cumprir os deveres inerentes à

> paternidade, causando enorme sofrimento ao filho negligenciado. (CARDIN, CAZELATTO e GUIMARÃES, 2019, p. 235)

O ato pode se dar através de uma ação ou omissão do agente causador, no caso do abandono afetivo, a pessoa que comete o ato ilícito age em omissão dos deveres inerentes concedidos com a paternidade, sendo que a ausência do pai, que o abandona de forma afetiva causa dor a seu filho e por isso poderá acarretar no dano moral.

4.2.2 Abandono afetivo

Aos pais incumbe o dever de cuidado e guarda dos filhos, desta forma, devem com absoluta prioridade, assegurar-lhes 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.

Essa exigência constitucional impõe deveres aos genitores, que são decorrentes do atual conceito de família. Não se pode omitir que o afeto é elemento caracterizador do núcleo familiar, a falta de afeto, pode acarretar distúrbios psicológicos na saúde dos filhos, abalando o seu desenvolvimento saudável, Paiva (2018), fala que o abandono pode causar sofrimento na criança e adolescente, causando dores que vão além da extensão física, motivando o sentimento de rejeição.

Para a psicologia, o afeto é um sentimento que a pessoa desenvolve a partir do momento que entra em contato com determinada situação e desta forma formará um afeto, que pode se dar de forma positiva ou negativa, relacionado a lugares, pessoas, etc.

> A maneira com que uma pessoa interage com determinada coisa alterará o seu afeto para com ela. Essas mudanças podem levar em conta quaisquer situações anteriores, experiências vividas por essas pessoas, além de suas experiências no passado. (SIGNIFICADOSBR, texto digital).

Desta forma, entende-se que a afetividade em uma relação de pai/mãe para com o seu filho se dará através de determinado comportamento que os ascendentes têm com seus descendentes, através desse relacionamento entre os laços familiares será constituído o afeto, levando-se em conta as experiências vividas no passado,

que também podem importar no sentimento de afetividade de determinada relação no presente. Entende-se que o afeto está relacionado com a resposta que se tem diante de dadas experiências vividas, sendo o afeto positivo ligado por exemplo ao amor e o negativo ao ódio e a raiva.

A autora Thaiana Brotto complementa dizendo que: “Para a psicologia, a afetividade é a capacidade do ser humano de experimentar tendências, emoções, paixões e sentimentos. É através do afeto que revelamos os nossos sentimentos e criamos laços de convivência.” (BROTTO, texto digital).

Perante as relações humanas o afeto é formado e assim, criam-se os laços que unem os seres humanos em convivência, ainda, a autora fala que a falta de afeto pode criar o sentimento de abandono nos sujeitos, acrescendo que esse sentimento de rejeição pode ser passageiro ou não:

> E isso pode ser apenas uma breve sensação ou se estender a um problema mais grave, como a depressão, que é comum acometer os familiares que mais sofrem com a falta do afeto.
>
> Inclusive, quando acontecido na infância, a falta de afeto pode deixar marcas para o resto da vida. As alterações podem acontecer no sistema cognitivo atrapalhando o seu desenvolvimento. (BROTTO, texto digital)

Assim, vê-se que a sensação de falta de afeto pode acarretar problemas nos indivíduos e até mesmo interferir no desenvolvimento sadio das crianças e adolescentes.

A CF/88 busca impor aos pais, através do seu art. 226 §7º, a responsabilização de criação de um ambiente sadio para que se garanta o pleno desenvolvimento dos filhos e que seja dada a sua devida assistência, ultrapassando ao direito dos pais, tornando-se assim um dever destes. Ademais, a CF/88 estabelece no art. 227, que a convivência familiar é um direito fundamental do filho, desta forma, a convivência paterno-filial é obrigação dos pais.

Além dessa obrigação, aos pais incumbem: a criação e educação dos filhos (art. 229, CF/88), zelando pelo seu desenvolvimento moral e intelectual, a paternidade responsável demanda o atendimento dos princípios constitucionais e das obrigações impostas nos artigos acima citados. Quando um dos genitores

proporciona apenas recursos materiais, mas não convive com o filho, age de forma culposa descumpre com o seu dever legal:

> Proporcionar apenas recursos materiais e o acesso à escola não é suficiente para caracterizar o dever de sustento e educação do filho. O exercício da paternidade responsável exige a participação de ambos os genitores em todas as dimensões da vida do infante. (CARDIN, CAZELATTO e GUIMARÃES, 2019, p. 226)

Para participar em todas as dimensões da vida do filho, os genitores devem exercer a paternidade responsável, o que inclui a afetividade. Caso o genitor abandone afetivamente o filho (CARDIN, CAZELATTO e GUIMARÃES, 2019) demonstrando ausência de afetividade ele ferirá o princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, descumprindo com a obrigação de convivência e negligenciando o cuidado para com seus filhos.

Para os autores, também há o abandono afetivo quando um dos genitores trata (de forma pública) um dos filhos de forma omissa, mostrando predileção–por outro filho, ou deixa de reconhecê-lo como descendente, gerando para o filho preterido situações de constrangimento.

Também poderá ocorrer o abandono afetivo, quando houver a ausência da figura paterna ou materna no dia a dia das crianças, ou seja, quando apesar de morarem no mesmo domicílio, os pais agem com descaso na sua autoridade parental, estando presentes fisicamente, mas omissos nas questões inerentes a vida do filho, segundo Romano (2018).

Santos (2019) explica que após a separação/divórcio, em muitos dos casos, ocorre a diminuição do convívio entre os genitores e seus filhos; segundo a autora, nesses casos há um aumento nos casos de abandono afetivo, que poderá acontecer por parte de um ou até mesmo de ambos os pais. Para a autora, o abandono afetivo, divide-se em omissivo ou comissivo; será comissivo quando a conduta tiver um comportamento positivo, ou seja, a prestação de tais atitudes como um dever de agir de determinado ato; e será omissivo com o descumprimento do dever de agir cumprindo com as obrigações legais, omitindo-se de sua obrigação legal e, desta forma, lesando direitos de alguém.

Ela ainda acrescenta que, apesar de os genitores estarem presentes na vida de seus filhos, eles poderão faltar com seus deveres de orientação a fim de garantir o desenvolvimento saudável dos filhos. Como consequência deste abandono, ela fala que poderão existir abalos psicológicos no desenvolvimento das crianças e adolescentes que foram ceifados da convivência com os pais, Santos (2019).

Ressalta-se que não existem ex-filhos e por esse motivo, nem a separação judicial nem o divórcio deverão interferir na relação familiar paterno-filial, devendo manter-se os direitos e deveres de ambos (art. 1.632, CC/2002). Isso fez com que o CC/2002 incluísse artigos para a garantia de visitação nos casos de guarda unilateral, garantindo o cumprimento do poder familiar do genitor que não exerce a sua guarda:

> Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.
> Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. (CC, 2002, texto digital).

Para Cardin, Cazelatto e Guimarães (2019), há um novo entendimento sobre o direito de visita dos pais, segundo os autores, ele tornou-se além de direito, dever dos pais para que melhor atendessem ao interesse dos filhos, sendo assim, o direito de visitas é um dever de convivência entre pais e filhos.

> O reconhecimento do direito do filho à convivência familiar com ambos os genitores destacou a relevância da figura do abandono afetivo, consequência da não concretização dos direitos dos infantes e do exercício do poder familiar de forma não responsável que causa danos permanentes à personalidade dos filhos. (CARDIN, CAZELATTO e GUIMARÃES, 2019, p. 232).

Não se pode olvidar que o abandono afetivo nem sempre é voluntário, ele poderá ocorrer, por exemplo, nos casos de alienação parental, quando após o fim do casamento, o cônjuge que detêm a guarda do menor se aproveita da situação para afastá-lo do seu ex companheiro, como forma de punição ou até mesmo por mágoas pelo rompimento da relação:

> O abandono afetivo pode ser visualizado no seio familiar das mais variadas formas. Destaca-se aqui a hipótese de abandono afetivo resultante da alienação parental. Neste contexto, o abandono afetivo irá se configurar quando o genitor guardião privar o outro genitor não guardião do direito de convivência com o filho, como, por exemplo, quando a mãe impede o direito

> de visitas do pai ao filho, seja pelo não pagamento da pensão alimentícia e/ou até mesmo pela não aceitação do rompimento conjugal. (SANTOS, 2019, p. 12).

Para evitar a alienação parental foi criada a Lei nº 12.318/2010, que além de conceituar essa forma de alienação, estabelece sanção para o genitor que interferir no psicológico da criança de forma que este passe a repudiar o outro genitor (Art. 2º). Este ato de alienação prejudica a troca afetiva dos pais para com seus filhos, conforme Santos:

> Pode-se notar que a pessoa mais prejudicada com a prática da alienação parental e síndrome da alienação parental (SAP) é a própria criança ou adolescente, pois são estes que se encontram privados da convivência familiar saudável com um dos seus genitores, além de crescerem sem o amor, carinho, cuidado e respeito do genitor não guardião, ou seja, sem o afeto do outro genitor, gerando nesta hipótese o abandono afetivo involuntário do alienado. (SANTOS, 2019, p. 13).

Ao incorrer na alienação parental, o pai/mãe acaba por afastar a criança do convívio com seu outro genitor, pois através de abusos psicológicos o filho é alienado sobre a relação com o outro familiar, o objetivo é impedir ou até mesmo destruir o vínculo de afeto, como resultado, o outro genitor por negativa do filho de seu contato acaba por abandoná-lo afetivamente de forma involuntária.

4.3 TJ/RS e os julgamentos sobre abandono afetivo no ano de 2019

Até o presente momento, não há lei especial regulando sobre a matéria do abandono afetivo, no entanto, por se tratar de matéria que integra a dignidade da pessoa humana com relações familiares, sua análise é feita em conjunto com a responsabilidade civil, por este motivo, é foco de discussões acerca de sua responsabilidade.

Apesar da liberdade constitucional para a composição das relações familiares, é necessário que o Estado intervenha com a finalidade de garantir a proteção dos considerados vulneráveis, cabendo ao poder público proteger a família, prioritariamente. Isso justifica que a CF/88 atribua o planejamento familiar (art. 226, §7º), ao casal para que haja presença do princípio da paternidade responsável de forma a garantir a convivência familiar. Gozzi, (2019) explica que é assegurado aos cidadãos a liberdade na decisão da formação da família, ou seja, o Estado não intervém no controle de reprodução humana, porém ele implementa políticas

públicas para que haja um controle de natalidade, através de ações do governo que visam garantir informações bem como disponibilizar métodos contraceptivos que garantam a regulação da fertilidade.

A inexistência da assistência moral devida aos filhos equivale ao descumprimento dos deveres de paternidade responsável atribuída legalmente aos genitores. (COSTA; RAMOS, 2020). Quanto ao dever de indenizar pela falta de afeto nas relações entre os genitores e seus filhos, existem divergências doutrinárias, Santos explana ser este, um motivo de impasse:

> A indagação do abandono afetivo na filiação tem impulsionado na doutrina o debate sobre a possibilidade ou impossibilidade da reparação do dano moral decorrente da falta de afeto, em razão do ato de omissão do pai no cumprimento das obrigações provenientes do poder familiar. (SANTOS, 2019, p. 15).

Araújo e Silva também apontam discordâncias acerca da aplicabilidade de ações de indenização por dano moral por abandono afetivo (2019, p. 7): “No caso do abandono afetivo existem opiniões que adotam que o abandono na filiação se soluciona com a destituição do poder familiar, e existem opiniões que defendem que deve ser designado pagamento se comprovado a existência do dano.”

Para alguns doutrinadores como Castro e Elaine (2007) a ideia deve ser no sentido que o abandono afetivo seja punido com a perda do poder familiar e não com a indenização por dano moral, pois está já é a pena mais grave a ser imposta para um pai, sendo que assim já cumpre com sua função punitiva. Ainda, os autores acreditam que a cumulação da destituição com a indenização poderia causar maiores problemas, pois os pais relapsos e sem afeto pelo filho, por temor a Justiça iriam querer participar mais ativamente na vida deles, ainda que de forma irresponsável não cumprindo com sua função da paternidade responsável.

Desta forma, Araújo e Silva (2019) defendem ser necessário identificar a relevância e as consequências do abandono afetivo no desenvolvimento das crianças e adolescentes, pois ambas acreditam que os laços afetivos constituídos no âmbito familiar servem de estrutura para seu desenvolvimento saudável. (ARAÚJO; SILVA, 2019). Além do mais, é necessário comprovar a responsabilidade dos pais: a sua conduta omissiva e o dano causado, através de laudo psicológico do filho, com o intuito de demonstrar o dano causado pelo abandono afetivo.

No que tange ao dano moral sofrido, não há possibilidade de se desfazer a lesão causada ao filho (em virtude do abandono afetivo praticado pelo genitor), entretanto, a outra corrente doutrinária, explicada por Araújo e Silva (2019), fala que é possível responsabilizar civilmente o causador do dano para que indenize a vítima do abandono (que, provavelmente utilizará a verba indenizatória para custear as despesas de um tratamento psicológico) deve-se recordar que a função social da responsabilização civil é seu propósito compensatório e sancionador, capaz de educar o genitor e dissuadi-lo de reincidir na prática do abandono.

Para a corrente que defende a impossibilidade de monetização do abandono afetivo, eles explicam que não há fundamentação jurídica para punir aquele que abandona afetivamente seu filho; para os defensores dessa corrente, se cumprido o dever de sustento e educação do filho, não haverá tal abandono. Araújo e Silva, explicam:

> Os contrários à tese defendem que não existe fundamentação jurídica para punir quem abandona afetivamente seus filhos, afirmam que a norma não abrange tamanha proteção a ponto de exigir dos pais tal afeto, a ponto de responsabilizá-los pela omissão. (ARAÚJO; SILVA, 2019, p. 7).

No mesmo sentido, Costa e Ramos (2020) explicam que as relações de amor não podem ser exigidas:

> A vertente contrária à responsabilização, entretanto, tem como fundamento principal a possibilidade de “monetarização” do Direito das Famílias, que pode ser causado pela compensação do dano moral, um refluxo na tendência contemporânea à despatrimonialização. Além do que as relações de afeto e amor não podem ser cobradas, desde a lógica própria da tutela do crédito. (COSTA; RAMOS, 2020, p. 7).

Já em sentido contrário, Araújo e Silva (2019), falam que a omissão dos pais em fornecer afeto aos filhos é caracterizada como ato ilícito, sendo passível de responsabilização civil, e por este motivo, deve ser reparada através da monetarização do dano.

Vê-se que há divergência, quanto a admissibilidade da responsabilização civil dos genitores que abandonam afetivamente os filhos e essa divergência decorre da dificuldade na comprovação da existência e do alcance do dano na vida do filho. Sobre esse assunto, Costa e Ramos posicionam-se:

> Esta divisão do posicionamento doutrinário reflete na própria questão de admissibilidade, no que tange ao crédito de proteção da pessoa privada de

> afeto paternal, bem assim sua efetivação no âmbito jurídico. Por consequência, acarreta em outra questão levantada, que é a difícil implementação da tutela vislumbrada, haja vista os julgados de improcedência de pleitos reparatórios e a dificuldade probatória do dano. (COSTA; RAMOS, 2020, p. 3).

Assim torna-se muito importante a discussão sobre a possibilidade de propositura e deferimento de ações de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo, para as questões de direito de família e evitar a divergência acerca do tema.

Ao realizar uma análise dos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, utilizando-se para isso o site https://www.tjrs.jus.br/site/, no campo jurisprudência, pesquisa de jurisprudência, incluindo as palavras dano moral + abandono afetivo e clicando em buscar, no ano de 2019 (01.01.2019 a 31.12.2019) foram encontrados 24 julgados.

Apesar da divergência doutrinária e do posicionamento do que apontou ser possível a indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo, no ano de 2019 nenhum pedido foi julgado procedente no TJ/RS.

Analisando-se motivações que ensejaram a denegação do dano moral em sede recursal do TJ/RS, foram arguidas:

a) CONDUTA ILÍCITA: 8 julgados negaram procedência ao recurso. Os desembargadores do TJ/RS firmaram posição no sentido de que o distanciamento entre pai e filho não configura ato ilícito por si só, pois a atitude de não se aproximar de seu filho (apesar de reprovável), não constitui procedimento contrário a lei; o que levou os desembargadores a posicionarem-se pela ausência da prática de ato ilícito por parte do genitor que fosse passível de reparação, por inexistência de prova sobre a omissão consciente do dever de cuidado do genitor, ou seja: a conduta do réu não justifica indenização. (Núm.:70083259796, Núm.:70082687542, Núm.:70081770042, Núm.:70079427258, Núm.:70080237449, Núm.:70079130027, Núm.:70080524648, Núm.:70080275548, ambos TJ/RS, site digital).

b) DANO: 5 julgados abordaram que o distanciamento entre pais e filhos não é capaz de constituir dano moral e nem implica em ofensa ao princípio da dignidade humana. Inclusive, em um caso, foi afirmado pelos excelsos julgadores

que o filho por sua tenra idade sequer compreendia que a ausência afetiva e material paterna poderia lhe causar algum dano moral, acrescentando que este não foi descrito e nem comprovado. Os desembargadores entenderam não estar demonstrado que a ausência paterna tenha gerado lesão tão profunda a ponto de ter perturbado o bem-estar do filho; inclusive manifestaram que não se poderia confirmar que os problemas da criança decorreram efetivamente da ausência do pai. Para os desembargadores do TJ/RS, o “mero distanciamento afetivo do genitor”, não é capaz de ensejar dano moral e nem implica na ofensa do princípio da dignidade humana, sendo fato da vida. Desta forma e considerando que a reparação de dano moral somente é admissível desde que seja comprovado o dano, mesmo que os pedidos tenham sido motivados pelo sofrimento com a ausência do pai, foi enunciado que o dano não pode ser atribuído unicamente ao genitor (Núm.:70083244657, Núm.:70083226126, Núm.:70078925070, Núm.:70078381589, Núm.:70080424385, ambos TJ/RS, site digital).

c) NEXO: O nexo foi fator determinante para negar provimento de 5 casos. Os desembargadores entendem que apesar de viável, o pedido de dano moral por abandono afetivo, deve ser acolhido somente em casos excepcionais, a fim de se evitar a sua mercantilização, devendo ainda ficar provado à lesão emocional ou psíquica sofrida pelo filho (atingindo seu pleno desenvolvimento e comprometendo a sua estabilidade perante uma vida em sociedade normal). Para ser deferida a indenização, é necessário demonstrar o nexo de causalidade entre a ação culposa ou dolosa do genitor bem como, o dano moral sofrido pelo filho. Afirmam os julgadores do TJ/RS, que o dever de indenizar pressupõe um ato ilícito, sendo que a ausência de afeto por si só não tem o condão de impor ao genitor o dever de indenização; e seguem afirmando que a responsabilidade civil no direito de família é subjetiva, sendo pressuposto o ato ilícito. (Núm.:70079896544, Núm.:70082371212, Núm.:70081805848, Núm.:70081917742, Núm.:70082799917, ambos TJ/RS, site digital)

d) PRESCRIÇÃO: A pretensão da reparação civil motivada pelo abandono afetivo, conforme art. 206, §3, inciso V do CC/2002 prescreve em três anos contando-se da maioridade do filho, sendo este fato, motivador da denegação de 5 julgados. (Núm.:70081858615, Núm.:70082098286, Núm.:70080291719, Núm.:70081580334, Núm.:70080106248, ambos TJ/RS, site digital).

e) COMPETÊNCIA: Por último, em 1 caso, houve a declinação de competência em virtude de o pedido ter sido realizado na vara de família, em vez de ter sido proposta no juízo cível (as questões de responsabilidade cível devem correr na vara cível). (Núm.:70082013707, TJ/RS, site digital).

Observou-se que a falta de critérios objetivos para a responsabilização civil por abandono afetivo gera insegurança jurídica, por isso, se faz necessário que sejam estipulados critérios a fim de que haja uma padronização processual.

4.4 Critérios utilizados para a caracterização de dano moral por abandono afetivo de crianças e adolescentes segundo TJ/RS no ano de 2019.

Antes de adentrar sobre os critérios utilizados para a caracterização de dano moral por abandono afetivo de crianças e adolescentes perante o TJ/RS (no ano de 2019), é de suma importância discorrer sobre a decisão do STJ, REsp. nº 1.159.242-SP, que possui grande importância pelo ineditismo da sua decisão.

Em virtude da divergência doutrinária acerca da admissibilidade da responsabilização civil, é importante ressaltar leading case do STJ, que ocorreu em outubro de 2009 através do Recurso Especial no 1.159.242-SP (2009/0193701-9), tendo como Recorrente Antônio Carlos Jamas dos Santos (genitor) e como recorrida Luciane Nunes de Oliveira Souza (filha). Referido processo, tratava sobre a omissão do genitor quanto ao dever de cuidado (criação, educação e companhia) do genitor para com a filha, exsurgindo, daí, a possibilidade de pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico e afetivo.

De acordo com a relatora do processo, a Ministra Nancy Andrighi, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantem aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

A caracterização do abandono afetivo, no caso concreto, decorre do fato de a recorrida ser fruto de uma relação extraconjugal do recorrente, e por esse motivo, não foi espontaneamente reconhecida pelo genitor, precisando entrar com uma Ação de reconhecimento de paternidade para ser reconhecida como filha por determinação judicial.

A recorrida pretendia que com o reconhecimento, o pai exercesse o poder familiar, entretanto, mesmo depois do reconhecimento da paternidade, precisou ingressar com Ação de alimentos, pois o pai a negligenciava de todas as formas, por ser fruto de um relacionamento furtivo do genitor. O julgamento foi decidido da seguinte forma:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.
> 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
> 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
> 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil,
> 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
> 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp número 1.159.242/SP, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, jugado em 24 de abril de 2012, texto digital)

Analisando-se o voto da relatora, identificou-se o seguinte posicionamento do Poder Judiciário sobre a matéria:

a) admite-se que a prática de atos ilícitos é capaz de causar dano moral nas relações familiares;

b) não existem excludentes legais para a aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família;

c) o dever de indenizar/compensar no Direito de Família está fundamentando na Constituição Federal, e no Código Civil;

d) a destituição do poder familiar não é a única punição cabível aos pais que descumprirem o exercício das funções inerentes a eles;

e) a destituição do poder familiar não afasta uma possível indenização ou compensação por danos morais sofridos.

f) os elementos necessários para a configuração do dano moral decorrente do abandono afetivo são visualizados subjetivamente, na relação entre pais e filhos, justificado pelo vínculo biológico que faz nascerem para os genitores às obrigações legais e constitucionais;

g) o sofrimento moral da recorrida (que marcou de forma indelével sua vida), deriva das omissões do dever de cuidado do recorrente/genitor, o que caracteriza o dano moral in re ipsa, estando configurada a negligência, o dano e o nexo causal.

h) entre os deveres atribuídos aos genitores, destaca-se o dever de convivência, de cuidado, de educação e criação da prole (necessários a formação e desenvolvimento social e psicológico sadio dos filhos).

i) o liame afetivo deve e pode ser tutelado judicialmente, visando tornar eficaz a proteção integral da prole, e evitar que os genitores negligenciem física e psiquicamente o filho (sejam eles biológicos ou de outra origem).

j) a negligência ao dever de cuidado (imposto aos genitores), ocasiona ilícito civil na forma de omissão.

k) a comprovação do dano e o nexo causal podem ser feitos através de laudo psicológico “que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuidado por parte de um dos pais”, porém, o julgador não deve limitar-se a essa prova.

l) existe um dever de cuidado que se impõe aos genitores a partir da concepção;

m) a obrigação parental ultrapassa o fornecimento do mínimo vital para a sobrevivência dos filhos, pois os filhos necessitam elementos imateriais importantes que asseguram a sua dignidade.

n) não se impõe o sentimento de amor a ninguém, entretanto, a filiação impõe o dever legal de cuidado, pois caso o genitor não quisesse ter filhos, ele poderia ter usado métodos contraceptivos.

Segundo o entendimento do STJ, não se trata de monetizar o afeto (no âmbito das relações paterno-filiais), mas responsabilizar o abandono afetivo praticado pelo genitor, assegurando ao filho que for vítima desse abandono o direito de pleitear a indenização na via judiciaria.

Devido ao êxito dessa ação, questionam-se os requisitos adotados pelo TJ/RS, sobre a necessidade de o filho vitimado pelo abandono demonstrar o ato ilícito do genitor, a ocorrência e extensão do dano e o nexo causal entre eles. No seu voto, a ministra do STJ, Nancy Andrighi discorre que é difícil a identificação dos elementos que configuram o dano moral nesse caso e afirma que a questão suscitada não é a exigência de amor entre pai e filho, mas o dever legal de cuidado

imposto ao genitor e que é tutelado pelo direito brasileiro: incumbe aos pais o cumprimento das obrigações consideradas mínimas para o desenvolvimento dos filhos. Sobre o assunto, diz a Min. Nancy Andrighi: “Aqui não se fala ou se discute o amar e sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”. (REsp. nº 1.159.242 – SP, texto digital, p. 11).

Inclusive, a ministra fundamenta-se na famosa frase “amar é faculdade, cuidar é dever”.

> Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. (REsp. nº 1.159.242 – SP, texto digital, p. 10).

No presente caso, a requerida após obter o reconhecimento judicial da paternidade, entrou com uma ação alegando ter suportado o abandono material e afetivo, contudo em primeira instância, o seu pedido foi julgado improcedente. Ao recorrer, o pedido foi julgado procedente e o réu foi condenando ao pagamento de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Ao analisar os julgados de dano moral por abandono afetivo perante o TJ/RS no ano de 2019 foi apontado a responsabilidade civil subjetiva e extracontratual como resposta aos pedidos de indenização, assim, foram apontados: o nexo de causalidade, a conduta humana praticada pelo genitor e o dano gerado no filho, vítima do abandono afetivo.

Isto posto, analisa-se a função social da responsabilidade civil, que é a compensação do dano para a vítima e a punição do ofensor, para desmotivar a sociedade da prática de tais atos lesivos. CARDIN, CAZELATTO e GUIMARÃES, explicam:

> Tal entendimento está de acordo com a função punitiva da indenização por dano moral que se revela por meio da fixação da indenização em um valor significativo para o causador do dano, demonstrando-lhe que a conduta lesiva praticada é inadmissível e não deve se repetir. (CARDIN, CAZELATTO e GUIMARÃES, 2019, p. 237).

Logo, a compensação pecuniária do dano visa, de alguma forma, restituir a vítima ao “status quo” e caso não seja possível a restituição, estabelece uma condenação pecuniária (que se aproxime do ideal) para que seja ressarcido o dano, já a condenação do ofensor, objetiva socio educar os integrantes da sociedade para que tais atos não sejam mais cometidos, pois conforme CARDIN, CAZELATTO e GUIMARÃES: “O objetivo da responsabilidade civil é então proporcionar recursos para que o filho possa utilizar de tratamentos psicológicos a fim de amenizar todo o sofrimento e os traumas causados pela ausência do genitor. (CARDIN, CAZELATTO e GUIMARÃES, 2019, p. 237).”

A responsabilização civil é resultado do descumprimento de uma obrigação, devendo ser aplicada sempre que um ato cometido por um agente cause prejuízos (morais ou materiais) para terceiros. Desta forma, compreende o dever de ressarcir a vítima pelo dano cometido, de forma que se tenha um equilíbrio entre o dano causado à vítima e o ato ilícito/abusivo praticado pelo agente.

Sobre a responsabilidade civil, Romano (2018, p. 18) fala: “Observa-se que este equilíbrio supracitado baseia-se na prática de um ato (ilícito), caracterizando a responsabilidade e gerando uma obrigação do agente (quem causou o dano), de indenizar a vítima (quem sofreu o dano)”. Santos, no mesmo sentido, afirma:

> Na reparação civil decorrente do direito de família, a doutrina e a jurisprudência vêm convergindo no sentido de que os danos morais oriundo das relações familiares estão sujeitos à responsabilidade civil subjetiva. Logo, para que haja o dever de reparação nas ações de natureza familiar se faz necessária a presença dos três elementos caracterizadores da responsabilidade civil, a saber: a conduta humana ilícita (negativa ou positiva), o dano (prejuízo) e o nexo de causalidade entre a conduta praticada e o dano. (SANTOS, 2019, p. 14).

A responsabilidade civil é classificada em subjetiva ou objetiva. A objetiva fundamenta-se na “Teoria do Risco”, (art. 927, parágrafo único. CC/2002), ou seja, a obrigação de indenizar independente da culpa do agente, sendo necessária apenas a demonstração do dano e do nexo de causalidade, pois aquele que tira proveito de tal atividade deve arcar com os danos causados pelo exercício dela. No abandono afetivo é utilizada a responsabilidade civil subjetiva, também conhecida como a “Teoria da culpa”, sendo diferente da objetiva, pois é de suma importância a demonstração da conduta (dolo ou culpa) do agente, no ato omissivo/comissivo deste e que cause danos para terceiros. A conduta humana tem que ser voluntária

(de maneira consciente), sendo omissiva quando o ordenamento jurídico impôs a determinado sujeito dentro de determinada situação um dever de agir para que seja evitado um resultado lesivo e ele não agiu já na comissiva houve um agir em contrário a lei.

Observando-se o que preveem os art. 186, 187 e 927 do CC/2002, vê-se que há obrigação de reparação pelo dano causado, e essa reparação deve ser feita por aquele que praticou o ato ilícito/abusivo ensejando a análise de quatro elementos afim de que seja caracterizada a responsabilidade civil subjetiva:

> Analisando a fundo o artigo supracitado, percebe-se a existência de quatro elementos que são essenciais para caracterização da responsabilidade civil: a) ação ou omissão do agente; b) culpa ou dolo do agente; c) nexo de causalidade; e d) o dano ou prejuízo experimentado pela vítima. (ROMANO, 2018, p. 22)

Outra classificação sobre a responsabilização civil está relacionada com a sua constituição e divide-se em contratual e extracontratual: a contratual decorre da celebração de um contrato, na qual o dever violado se origina por um negócio jurídico firmado e a extracontratual (também chamada de aquiliana) decorre de deveres previstos em leis. Considerando-se essa classificação, no abandono afetivo, a responsabilidade é extracontratual.

À vista disso, cabe explicar os elementos da responsabilidade civil subjetiva que foram expostos nos pedidos de indenização por dano moral através de abandono afetivo no ano de 2019, no TJ/RS:

a) Conduta do agente

Nos julgados do TJ/RS no último ano, foram questionados em vários casos se a conduta do agente pode ser considerada ilícita, ou seja, se a conduta deste foi contrária à lei ou direito. A conduta humana é o ato cometido, que no caso do abandono afetivo se dá pela omissão.

Como elemento da responsabilidade civil, a conduta que gera o dever de indenizar é a conduta voluntária, livre e consciente, que se divide em comissiva (a conduta do agente exige uma ação causadora de dano) e omissiva (o sujeito deveria agir em conformidade com a lei, mas se omitiu). Assim, o sujeito deve possuir um grau de consciência sobre sua conduta. (PEREIRA, 2017)

Santos explica esse elemento ensejador de responsabilização, no âmbito das relações familiares:

> Como mencionado acima, o primeiro elemento caracterizador da reparação nas relações familiares é a conduta humana ilícita, que pode ser positiva ou negativa e tem por núcleo a ação voluntária, a, que resulte da liberdade de escolha do agente, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz. E nesse sentido, seria inadmissível imputar ao agente a prática de um ato involuntário. Cumpre ressaltar, que a voluntariedade da conduta humana não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas a consciência daquilo que se faz. O conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não exige, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato. (SANTOS, 2019, p. 14).

Considerando a explicação de Santos, vê-se que o ato ilícito nas questões que visam a responsabilidade perante as relações familiares, pode ocorrer por ação ou omissão do agente causador, por ato voluntário, ou seja, a conduta humana foi de sua livre escolha, de maneira consciente, com uma finalidade, mesmo que sua intenção não seja a de praticar um ilícito, não sendo necessário que o indivíduo tenha a intenção de causar dano, mas sim o conhecimento daquilo que ele está fazendo. Ele deve ser praticado por agente com capacidade de discernimento, para que de fato tenha escolhido agir ou não de determinada forma.

Sobre a classificação da responsabilização em objetiva (não exige demonstração de culpa) ou subjetiva (exige demonstração de culpa). Em matéria de família, aplica-se a responsabilidade civil subjetiva e quanto ao conteúdo do abandono afetivo, ressalta-se que segundo julgados do TJ/RS, foi analisado a conduta omissiva, pois o agente causador não cumpriu com seu dever de cuidado para com o filho.

Na responsabilidade civil subjetiva, é exigida a demonstração de culpa, nesse caso, a culpa pode ser culpa stricto sensu e o dolo, conforme Santos:

> Denomina-se responsabilidade civil subjetiva aquela causada por conduta culposa *lato sensu*, que envolve a culpa *stricto sensu* e o dolo. A culpa (*stricto sensu*) caracteriza-se quando o agente causador do dano praticar o ato com negligência ou imprudência. Já o dolo é a vontade conscientemente dirigida à produção do resultado ilícito. (SANTOS, 2012, texto digital 2).
> Já na culpa *stricto sensu* não existe a intenção de lesar. A conduta é voluntária, já o resultado alcançado não. O agente não deseja o resultado, mas acaba por atingi-lo ao agir sem o dever de cuidado. A inobservância do dever de cuidado revela-se pela imprudência, negligência ou imperícia. (SANTOS, 2012, texto digital 2).

Elucidando, vê-se que o agente pode causar o dano por uma ação voluntária praticada de forma consciente e assumindo o risco de causar lesão para a vítima, já na omissão, o agente se ocultou ou permitiu que, de certa forma, a vítima sofresse o dano, sendo que, se não houvesse a omissão, a situação poderia ter sido evitada, conforme Romano (2018).

O entendimento é que deve ser comprovado a culpa ou dolo do agente que se relaciona ao dano, de forma que sua conduta caracterize o ato ilícito. Nos pedidos de dano moral por abandono afetivo, a conduta do agente em relação a omissão seria: não cumprir com seu dever de criação do filho.

Segundo Romano (2018), é necessário que seja identificado a conduta dolosa do agente, bem como o nexo de causalidade e o efetivo dano na responsabilidade subjetiva. Sendo que a ação do agente pode ser direta ou indireta, na direta o ato é praticado pelo próprio agente e na indireta é realizada por ato de terceiros. No caso de abandono afetivo, o próprio genitor pode abandonar afetivamente o filho (dolosamente ou negligenciar seu poder parental), ou pode haver a alienação parental.

Isso significa que, quanto a culpa, ela ocorre pela ausência de prudência no ato cometido, quando não se espera dado resultado, sendo chamada também por culpa em sentido estrito, já o dolo seria a intenção de praticar determinado ato. De acordo com ROMANO: A culpa é provocada a partir da imprudência, imperícia e negligência do agente causador. Quando há intenção na ação praticada, ocorre o dolo. (ROMANO, 2018, p. 20).

Portanto a culpa compreende: a) imprudência: ocorre quando o ato é praticado sem a devida cautela, ou seja, foi realizado sem tomar as devidas precauções esperadas (ex.: ultrapassar o sinal vermelho no trânsito); b) a negligência é a falta de cuidado proposital em dada situação (ex.: não esterilizar instrumentos médicos), c) imperícia é a falta de capacidade específica para a realização de determinada atividade (ex.: dentista atuar como médico).

Dado isso, constata-se que a negligência ao dever de cuidado é um ilícito civil, devendo-se comprovar o dano e o nexo causal.

b) Dano

Dano é o elemento principal na responsabilidade civil, pois é através dele que surgirá a obrigação reparatória pela violação de um direito alheio. Santos explica que o dano é uma lesão de interesse material ou moral e reforça a importância desse, para a configuração da responsabilidade: “O segundo elemento é o dano ou prejuízo, que traduz uma lesão a um interesse jurídico material ou moral. A ocorrência deste elemento é requisito indispensável para a configuração da responsabilidade”. (SANTOS, 2019, p. 15).

O dano se divide em material e moral, dependendo do bem jurídico tutelado:

> O dano material se divide em lucros cessantes e danos emergentes. É um dano considerado medível, passível de retornar ao status quo ante.
> O dano moral, objeto maior do presente estudo, é tudo aquilo que atinge o indivíduo no seu psicológico, ou em melhores palavras, sua moral, tudo o que o ataca psicologicamente. (ROMANO, 2018, p. 26).

Para que seja exigida a reparação do dano é imprescindível que seja violado um direito que pode ser patrimonial ou extrapatrimonial e que ele seja comprovado. No caso da reparação civil do dano moral por abandono afetivo, busca-se diminuir as consequências do dano emocional que o afastamento causou ao filho, não se pretendendo monetizar o amor, mas compensar o filho pelo desamor causado pela ausência do genitor durante o seu desenvolvimento bem como de sua personalidade.

A indenização pelo dano moral possui dupla função: punitiva (repreender o ofensor para que ele não pratique novamente a conduta) e compensatória (compensar monetariamente aquele que teve seu direito lesionado).

Observa-se que há grande relutância na aplicação dos direitos inerentes a responsabilidade civil no direito de família, pois se acredita que o direito de família tem seus próprios princípios, contudo, ao passo que a responsabilização é aplicada as demais pessoas que convivem em sociedade, também devem ser aplicadas entre familiares que possuem uma relação mais íntima. (CARDIN, CAZELATTO e GUIMARÃES, 2019).

Cardin, Cazelatto e Guimarães (2019) explicam que apesar da previsão da perda do poder familiar como forma de punição pelo descumprimento dos deveres

inerentes aos pais ou responsáveis para aquele que não possui interesse em cuidar do filho (art. 1.637 e 1.638, CC/2002), o abandono seria uma espécie de “benefício” para aqueles que já não querem cumprir com suas obrigações.

Sabe-se que o dano moral, principalmente pela omissão dos genitores (presente caso) é de difícil comprovação, pois é necessária a demonstração de que dá caso a conduta omissiva não tivesse ocorrido, o dano poderia ser evitado, no entanto, no caso de abandono afetivo, há violação de um direito de personalidade do filho. A ministra Nancy Andrighi (REsp. nº 1.159.242 – SP) fala que uma das maneiras para demonstrar o dano moral por abandono afetivo, seria um laudo formulado por especialista, apontando o abalo psíquico e vinculando este, com o abandono do pai. Mas também alerta que todos os meios de prova poderão ser utilizados.

c) Nexo causal

O nexo causal é a ligação entre a conduta lesiva do agente e o dano sofrido, ou seja, a causa e o efeito. Santos, sobre o nexo causal, afirma:

> O terceiro e último elemento é o nexo de causalidade, que constitui um elo etiológico, um liame que une a conduta do agente ao dano, o que leva a concluir que somente se responsabilizará alguém, cujo comportamento positivo ou negativo tenha dado causa ao prejuízo, pois sem a relação de causalidade não existe a obrigação de indenizar. (SANTOS, 2019, p. 15).
>
> O nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado. Para que se possa caracterizar a responsabilidade civil do agente, não basta que o mesmo tenha praticado uma conduta ilícita, e nem mesma que a vítima tenha sofrido o dano. É imprescindível que o dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente e que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. (SANTOS, 2012, texto digital 2).

Apesar de não haver expressa previsão legal coibindo o abandono afetivo, não poderá ser alegado a excludente de ilicitude do pedido, pois conforme Cardin, Cazelatto e Guimarães (2019), este ato também se configura como uma violação de direito dos filhos. Ambos falam, também, sobre o nexo de causalidade entre o dano propriamente dito e a conduta do agente para que haja a responsabilidade civil e por consequência, o dever de indenizar, para eles, no caso de abandono afetivo, basta a demonstração da falta de cumprimento dos deveres legais dos genitores quanto ao exercício do poder familiar.

Cabe salientar que o pedido de dano moral por abandono afetivo é pretensão indenizatória e por isso se sujeita ao prazo prescricional de 3 (três) anos a contar da maioridade civil, ou seja, 18 (dezoito) anos (art. 5º CC/2002), tal consta no CC/2002: “Art. 206. Prescreve: § 3º Em três anos: V - a pretensão de reparação civil.“

5 CONCLUSÃO

Muito embora a doutrina tenha reconhecido a admissibilidade das ações de responsabilização por danos morais decorrentes do abandono afetivo, utilizando como fundamentos o disposto na CF/88, no CC/2002 e no ECA (ainda que inexista norma específica sobre o tema da responsabilização do abandono afetivo, praticado pelos genitores), constatou-se que essa tese embora existente é de difícil comprovação devido a falta de preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil.

Analisando-se as decisões jurisprudenciais do TJ/RS, sobre a admissibilidade das ações de responsabilização por danos morais decorrentes do abandono afetivo entre janeiro a dezembro de 2019 foram encontrados 24 pedidos, entretanto, em sede recursal, não foi dado provimento a nenhuma dessas causas.

Para esclarecer a razão pela qual a tese doutrinária de responsabilização dos genitores por abandono afetivo da prole examinaram-se as motivações da negativa dos pedidos perante este tribunal, tomando como objeto da pesquisa geral, a busca e explicação sobre os critérios apontados pelo TJ/RS para determinar o acolhimento ou não destas demandas.

Desta forma, verificou-se que o TJ/RS tem utilizado os parâmetros da responsabilidade civil subjetiva, para solucionar o tema e por adotar esse tipo de responsabilidade, é necessário que reste demonstrado, pela vítima (no caso a prole abandonada) os seguintes requisitos essenciais, a saber: a conduta ilícita do agente

(culpa (negligência ou imprudência), ou dolo (ação ou omissão voluntária), o dano e o nexo causal entre a conduta cometida pelo agente e o dano.

Especificamente na análise dos julgados, verificou-se que a conduta do agente lesante, compreendido como o genitor que praticou abandono, deverá ser demonstrada de forma que esteja cabalmente provado que ele realmente omitiu-se no seu dever de cuidado, faltando com sua responsabilidade paternal ou maternal perante seu filho.

Para esse tribunal não basta que ocorra a ausência os genitores (de modo geral), é necessário, que esses genitores, mesmo informados da existência de seu filho, optem por não cumprir com as obrigações inerentes a paternidade responsável e ao poder familiar.

Destarte, verificou-se que a conduta ilícita do genitor (que pratica o abandono) deverá ser dolosa, ou seja, que haja em sua vontade de agir ato contrário ao que a lei estabelece, na sua modalidade omissiva, por isso explica-se a exigência imposta pelo tribunal de que os genitores devem ter conhecimento da existência do filho e que mesmo assim opte por se omitir dos deveres inerentes à criação dos seus descendentes.

Esse tribunal tem entendido que, apesar do distanciamento entre ascendente/genitor e descendente/prole ser reprovável, ele, por si só, não configura ato ilícito, não é contrário a nenhuma lei, e, portanto não admitem a possibilidade de reparação indenizatória (econômico-financeiro).

Prosseguindo na análise, os desembargadores do TJ/RS entendem que a inexistência de afeto parental voluntário não é motivo suficiente para impor ao genitor que pratica o abandono, o dever de indenizar, para isso, a vítima, descendente/prole deve comprovar, inequivocamente, a ocorrência de ato ilícito.

Sobre o dano, o TJ/RS exige que este tenha sido suportado na forma de uma lesão emocional sofrida pelo filho, e que tal abalo tenha atingido o seu desenvolvimento sadio ou o seu bem-estar, acrescentando ainda, que a instabilidade emocional deve ter o condão de interferir na possibilidade de uma vida adulta saudável em comunidade.

Além dos encargos materiais alimentares atribuídos aos genitores, há os considerados intrínsecos: ligados à afetividade, a moral e ao bem-estar psíquico das crianças e adolescentes; por este motivo, importante salientar que os laços de afetividade originários (âmbito familiar) podem interferir no processo de desenvolvimento infanto-juvenil e gerar danos emocionais tão profundos que o abandonado se torne um adulto que não conhece o prestígio dos primeiros laços de amor, e nem saiba como construir esses laços na sua família, reproduzindo o abandono.

Para esses julgadores, os quadros de dor moral, motivados por fatores de depressão ou ansiedade dos filhos devem ter correlação inequívoca com o fator de negligência dos seus genitores, sendo necessário demonstrar-lhe através de laudos psicológicos ou avaliações psíquicas/psiquiátricas, exigindo-se, também prova testemunhal do caso.

O nexo de causalidade também deverá ser provado perante o TJ/RS, a conduta omissiva do genitor (pai, mãe ou responsável) que negligencia seu dever de cuidado, deverá ter relação direta com o dano emocional ou psicológico causado ao filho, para que seja capaz de gerar um sofrimento passível de indenização.

Desta forma, e em resposta a questão apresentada nessa monografia, percebe-se que há uma insegurança jurídica quanto ao tema: admissibilidade das ações de responsabilização por danos morais decorrentes do abandono afetivo, carecendo-se de uma tutela específica em forma de legislação especial, para que a proteção integral da criança e ao adolescente, seja assegurada pelo Estado e se imponha a responsabilização para a conduta omissiva do genitor.

REFERÊNCIAS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL, STF, 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 01 de março de 2020.

ARAÚJO, Ariane de Nazaré Cunha Amoras de; SILVA, Suellen Tapajós. **Responsabilidade civil e afetividade: uma abordagem sobre o abandono afetivo e suas implicações no reconhecimento de paternidade afetiva.** Revista de Direito FIBRA, nº 5, 2019. Disponível em: <http://www.periodicos.fibrapara.edu.br/index.php/fibralex/article/view/115/92>. Acesso em: 09 de maio de 2020.

BERTRAMELLO, Rafael. **Os direitos sociais: conceito, finalidade e teorias.** 2013. Disponível em: <https://rafaelbertramello.jusbrasil.com.br/artigos/121943093/os-direitos-sociais-conceito-finalidade-e-teorias>. Acesso em: 25 de abril de 2020.

BROTTO, Thaiana F. **Ausência de Afeto**. Disponível em: <https://www.psicologoeterapia.com.br/psicologia-infantil/ausencia-de-afeto/>. Acesso em: 20 de julho de 2020.

CANEZIN, Claudete carvalho. **A mulher e o casamento: da submissão à emancipação**. Disponível em: <http://www.professorchristiano.com.br/ArtigosLeis/artigo_claudete_mulher.pdf>. Acesso em: 22 março 2020.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1999.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; GUIMARÃES, Nádia Carolina Brencis. **Das implicações do abandono afetivo nas relações familiares.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 40, p. 224-242, ago. 2019.

CARVALHO, Maria do Carmo Brandt de. **Desafios e estratégias para construção de forma intersetorial e integrada de políticas para promoção do desenvolvimento integral na Primeira Infância.** Disponível em: < https://www.mds.gov.br/webarquivos/assistencia_social/primeira_infancia/mdsa/primeira_infancia_snas.pdf>. Acesso em: 27 de junho de 2020.

CASTRO, Leonardo; ELAINE, Isabel. **Indenização por abandono afetivo não aproxima pais e filhos**. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-dez-06/punir_abandono_afetivo_nao_aproxima_pais_filhos?pagina=3>. Acesso em: 21 de junho de 2020.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação.** 3. ed. Lajeado: UNIVATES, 2015.

CÓDIGO CIVIL, 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2020.

CÓDIGO CIVIL, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2020.

CÓDIGO DE MENORES, 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 07 de março de 2020.

CÓDIGO PENAL. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 de abril de 2020.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. **3ª Turma do STJ manda pai indenizar filha por danos.** Disponível em:< https://www.conjur.com.br/2012-mai-02/turma-stj-manda-pai-indenizar-filha-abandonada-200-mil>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

COSTA, Natália Winter da; RAMOS, André Luiz Arnt. **Responsabilidade por abandono afetivo nas relações paterno-filiais: um retrato do estado da questão na literatura e nos tribunais.** 2020. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/106/79>. Acesso em: 11 de maio de 2020.

CUNHA, Marcia Elena de Oliveira. **O Afeto face ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e seus efeitos jurídicos no direito de família.** 2009. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/482/O+Afeto+face+ao+Princípio+da+Dignidade+da+Pessoa+Humana+e+Seus+Efeitos+Jurídicos+no+Direito+de+Família>. Acesso em: 14 de maio de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **A ética do afeto.** 2005. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/6668/a-etica-do-afeto>. Acesso em: 13 de maio de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direita das famílias.** – 9. Ed. rev.., - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

EMENDA CONSTITUCIONAL nº 66, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2020.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 22 de fevereiro de 2020.

FONTOURA, Bárbara Pamplona**. A Aplicação da Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente pelo Judiciário Brasileiro.** Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/314/3/20612365.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** Volume 6. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família.** – São Paulo: Saraiva, 2017, 20. Ed. Coleção sinopses jurídicas. Texto Digital. Acesso em: 25 de fevereiro de 2020.

GOZZI; Camila Monzani. **Princípio do livre planejamento familiar como direito fundamental**. 2019. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1349/Princípio+do+livre+planejamento+familiar+como+direito+fundamental>. Acesso em: 21 de junho de 2020.

LAMENZA, Francismar; MACHADO, Cláudio da Costa. **Estatuto da criança e do adolescente interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Barueri. SP, Manoele, 2012.

LEI Nº 4.121/62. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 19 de março de 2020.

LEI Nº 6.515/77. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 20 de março de 2020.

LEI Nº 12.318/2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 09 de maio de 2020.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Texto Digital. Acesso em: 25 de fevereiro de 2020.

MARQUES, Ana Amélia Fernandes. **Avanços e limites do estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil: Uma análise à luz dos princípios da prioridade**

absoluta e da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Ana%20Amelia%20Fernandes%20Marques.pdf>. Acesso em: 13 de abril de 2020.

MEDEIROS. Juliana. **Conselho Tutelar x Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em**: < https://www.gesuas.com.br/blog/conselho-tutelar-conselho-municipal-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente/>. Acesso em: 02 de maio de 2020.

MORAIS, Stephanie Ramos. **Multiparentalidade e seus efeitos no âmbito do direito de família.** Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/27908/27908.PDF>. Acesso em: 24 de março de 2020.

NETO, Tarcísio Taimundo Benfica. **Da periclitação da vida e da saúde**: **Uma análise do capítulo III do Código Penal brasileiro.** 2016. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/54316/da-periclitacao-da-vida-e-da-saude/2:>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

NICOLAU, Flávia de Almeida. **Da (im)possibilidade da responsabilidade civil decorrente da devolução da criança ou adolescente adotado**. 2016. Disponível em: <http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/1042/1/MONOGRAFIA%20FLAVIA%20DE%20ALMEIDA.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2020.

NOGUEIRA, Ione da Silva Cunha. **O papel do Estado na proteção aos direitos da criança e do adolescente no Brasil: as especificidades da Constituição federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de diretrizes e bases da educação.** Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/104806/nogueira_isc_dr_mar.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 7 de abril de 2020.

PAIVA; Ana Cristina. **A fragilidade na estrutura familiar e seus impactos no desenvolvimento psicossocial infanto-juvenil**. 2018. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/pretextos/article/view/18635>. Acesso em: 21 de junho de 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Parentalidade Socioafetiva**. Revista IBDFAM – Família e Sucessões. nº 9, Belo Horizonte: 2015.

PESSANHA, Jackelline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 13 de maio de 2020.

PINHEIRO, Nathalia Ramos. **Crimes contra a assistência familiar: o abandono moral e material.** Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/666/1/Monografia%20-%20Nathália%20Ramos.pdf>. Acesso em: 06 de abril de 2020.

PROJETO DE LEI Nº 3.212/2015. Disponível em:< https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535>. Acesso em: 18 de maio de 2020

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **O instituto do poder familiar: uma breve análise**. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-136/o-instituto-do-poder-familiar-uma-breve-analise/ Acesso em 18 de junho de 2020

ROMANO, Tamires Pereira da Silva. **A responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo parental.** 2018. Disponível em: < http://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/20791/TAMIRES%20PEREIRA%20DA%20SILVA%20ROMANO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 09 de maio de 2020

ROSENVALD, Nelson. **A união estável no direito privado brasileiro**. Disponível em: <http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2019/09/224-265.pdf>. Acesso em: 23 de março de 2020.

SANTANA, Carla R. de. **O exercício do poder familiar após o desenlace conjugal por meio do Instituto jurídico denominado guarda**. Revista Videre, v. 3, n. 5, 2011. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/978/774>. Acesso em: 08 de março de 2020.

SANTOS, Glendha N. B dos. **Abandono Afetivo: os contornos jurídicos do dever de reparação do dano moral nas relações paterno filiares.** 2019. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/696/1/TCCGLENDHASANTOS.pdf>. Acesso em: 03 de maio de 2020.

SANTOS, Pablo de Paula Saul**. Dano moral: um estudo sobre seus elementos.** 2012 (texto 1). Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/dano-moral-um-estudo-sobre-seus-elementos/>. Acesso em: 14 de maio de 2020.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais**. 2012 (texto 2). Disponível em:< https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-origem-e-pressupostos-gerais/>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

SIGNIFICADOSBR. **Significado de Afeto.** Disponível em: <https://www.significadosbr.com.br/afeto>. Acesso em: 20 de julho de 2020.

STJ. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.119.623 – RJ**. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/9/art20170913-06.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

STJ. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Habilitação%20ao%20casamento%20homoafetivo%20STJ.pdf>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2020.

STF. **Súmula 380**. 1964. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>. Acesso em: 19 de março de 2020.

STJ. **SÚMULA Nº 358**, segunda seção, julgado em 13/08/2008. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1572.html>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2020.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Guarda, tutela e adoção**. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/127-artigos-mar-2003/3480-guarda-tutela-e-adocao>. Acesso em: 28 de abril de 2020.

TJ /AM. **Apelação Cível nº 0601162-68.2015.8.04.0001.** Disponível em: <https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=2829347&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_dfd4d54894f44035bf7bf4acc071de24&vlCaptcha=fku&novoVlCaptcha=>. Acesso em: 18 de março de 2020.

TJ/RS. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

TJ/RS. Apelação Cível Nº 70077915957. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

TOMÉ, Luís Romiclébison Goveia, CUNHA, Clarissa de Oliveira Gomes Marques da. **A NOVA CONCEPÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO: uma análise dos impactos trazidos pela ADI 4277**. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/index.php/facipehumanas/article/view/6398/0>. Acesso em 20 março 2020.

VEREZA; Carla Almeida. **Os valores familiares e o desenvolvimento sadio da criança nos aspectos pessoais e escolares**. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/T129358.pdf>. Acesso em: 21 de junho de 2020.