

**FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL  
DOS DIREITOS NAS RELAÇÕES DE  
FAMÍLIA E DO TRABALHO  
2018 - Vol. 5**

---

**Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira  
Pedrosa Morais**  
**Prof. Dr. Walter Cândido dos Santos**  
**Prof. Dr. Milton Vasques Thibau de Almeida**  
Organizadores

---

**Organizadores**

**Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais**

**Prof. Dr. Walter Cândido dos Santos**

**Prof. Dr. Milton Vasques Thibau de Almeida**

**FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL  
DOS DIREITOS NAS RELAÇÕES DE  
FAMÍLIA E DO TRABALHO – VOLUME 5**



1ª edição

1ª impressão

(Publicado em novembro de 2018)

Todos os direitos reservados e protegidos pela lei no 9.610, de 19/02/1998. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito do detentor dos direitos, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA E DO TRABALHO – VOLUME 5. Organizadores e Autores. Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, Publicação 2018. E-book PDF. 390p.

ISBN: 978-85-434-1591-8

Direito. Brasil. Título.

CDD- 340

E-book publicado pela  
VIRTUALBOOKS EDITORA E LIVRARIA LTDA.  
Rua Porciúncula, 118 - São Francisco - Pará de Minas - MG - CEP 35661-177  
Publicamos seu livro a partir de 25 exemplares - e e-books (formatos: e-pub ou PDF)  
Fone / WhatsApp (37) 99173-3583 - capasvb@gmail.com  
<http://www.virtualbooks.com.br>

A coleção MONOGRAFIAS reúne Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC) que foram selecionados pelos professores orientadores do Programa de Pós-graduação em Proteção dos Direitos Fundamentais e da Graduação em Direito da Universidade de Itaúna.

Trata-se de um trabalho conjunto entre coordenação, corpo docente e corpo discente da graduação e da pós-graduação em Direito da referida Universidade, localizada no interior do Estado de Minas Gerais, cidade educativa, por excelência.

Como destacado na primeira edição deste projeto, para a coleção MONOGRAFIAS foram criadas as seguintes séries de publicação: 1) A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 2) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA E DO TRABALHO; 3) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: a proteção das obrigações e dos contratos; 4) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: proteção à propriedade e à posse; 5) PROCESSO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 6) PROCESSO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS; 7) PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS; e 8) TUTELA PENAL E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, aglutinado, de uma maneira geral, as pesquisas desenvolvidas pelos professores do Programa de Pós-Graduação – Proteção dos Direitos Fundamentais – da Universidade de Itaúna e que propiciam a base de iniciação científica da Graduação em Direito da nossa Universidade.

A Universidade de Itaúna tem conseguido manter, de maneira sólida, o relacionamento entre a Graduação e o seu

Programa de Pós-Graduação, objetivando aprimorar a pesquisa científica de seus alunos.

A cada dia que passa é mais importante a Universidade firmar-se como lócus de discussões dos vários problemas que afligem a sociedade brasileira e internacional, como um todo. Sem produção de conhecimento não há desenvolvimento econômico e social em nenhuma comunidade.

Nesse sentido, essa discussão não pode se limitar à pós-graduação. Do contrário, deve-se prestigiar a iniciação científica daqueles que estão começando a dar os primeiros passos na experiência jurídica.

Como destacado ainda na primeira edição da coleção, os textos refletem os originais dos TCCs, tendo-se deliberado publicá-los da maneira em que foram apresentados, sem quaisquer retoques ou modificações – que em alguns casos, aliás, até se impunham – mas à guisa de preservar a singeleza das pesquisas e suscitar questionamentos que, antecipadamente, são tidos como oportunos e serão objeto de exame e aprofundamento nas pesquisas desenvolvidas na pós-graduação ou, no mínimo, em outros TCCs.

O importante é que todos os discentes entendam que a pesquisa é fundamental para o desenvolvimento intelectual pessoal, como também, para o crescimento institucional e social.

Os textos apresentados são, em sua maioria, as primeiras pesquisas sólidas realizadas pelos seus autores, bachareis recém saídos dos bancos da graduação.

Deste modo, não é incomum que ocorram erros metodológicos (que não escapam também aos trabalhos de maturidade de pesquisadores experientes), como também argumentativos.

O objetivo é fazer com que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna – Proteção dos Direitos Fundamentais, em parceria com a Graduação em Direito – *quebrem os seus muros, irradiando a energia da esperança de um país melhor, por intermédio da educação transformadora.*

Os problemas sociais se desenvolvem e avançam rapidamente, não conseguindo, o Direito, acompanhá-los. Essa realidade será sempre uma angústia para a Ciência Jurídica. Nesse sentido, é fundamental que a teoria seja um guardião da prática, antecipando soluções de futuros problemas.

Os livros são destinados à distribuição em instituições de ensino, locais e regionais. Como frisado alhures, a coleção tem como postulado a certeza de que o conhecimento não pode ficar enclausurado nos murais institucionais. Do contrário, ele deve ser ator principal da transformação social.

De maneira séria e comprometida, a Universidade de Itaúna tem cumprido com um de seus objetivos, que é a produção da ciência, auxiliando o País de maneira efetiva na busca da construção de uma sociedade melhor.

Por fim, agradecemos a todos aqueles que fazem desse sonho um projeto realizado e em contínua ascensão.

Boa leitura!

Profa. Dra. **Jamile Bergamaschine Mata Diz**  
Coordenadora do PPGD da Universidade de Itaúna –  
Proteção dos Direitos Fundamentais

Prof. Dr. **Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes**  
Coordenador-adjunto do PPGD da Universidade de Itaúna  
– Proteção dos Direitos Fundamentais

## SUMÁRIO

### **Indenização por abandono afetivo / 8**

*Ana Carolina Furtado Pedri*

### **Discriminação da mulher no mercado de trabalho: destacando a mulher negra neste processo / 62**

*Carolina Silva*

### **O saque do FGTS após a reforma trabalhista e a possibilidade de acordo entre trabalhador e empregador / 105**

*Gabriele Azevedo Medeiros*

### **Importância da conciliação no divórcio / 157**

*Paula Herculano de Vasconcelos Ferreira*

### **A responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo inverso / 224**

*Isamara Gontijo Santos*

### **A alienação parental e sua relação com a guarda compartilhada / 302**

*Yara Laryce Faria*

## INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO COMPENSATION FOR AFFECTIVE VACUUM

*Ana Carolina Furtado Pedri<sup>1</sup>*

### RESUMO

O presente trabalho tem como intuito o estudo da indenização por abandono afetivo nas relações paterno-filial abordando temas como a responsabilidade nas relações familiares, a mudança na estrutura da família contemporânea, assim como os conceitos de abandono dando ênfase no afeto como valor jurídico e princípio essencial nas relações familiares. Busca-se o estudo da possibilidade da responsabilidade civil nas relações familiares e os requisitos para sua incidência e os limites da indenização diante do dano causado pelo abandono afetivo. Será ainda feita uma análise acerca do RESP 1.159.242 SP e ED RESP 1.159.242. A análise do julgado permitirá expor o posicionamento dos autores brasileiros e a jurisprudência pátria, além de evidenciar os principais e importantes pontos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Abandono; Relações familiares; Responsabilidade; Afeto.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como ideia central o estudo da responsabilidade civil nas relações familiares com ênfase na aplicabilidade do dano moral e seus limites. Ressalta-se a importância da família como a primeira relação afetiva do homem e seu papel social para a

---

<sup>1</sup> Acadêmica do 10º período do curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

formação do homem quando se fala em princípios, valores e discernimento sobre o certo e errado.

Trata também da transformação da família ao longo tempo e suas principais mudanças no quis diz respeito a constituição, valores e principalmente a valorização da instituição família. A mudança do pensamento tradicional, patriarcal e patrimonialista para um democrático, igualitário. Buscou-se demonstrar a essencialidade do afeto e a sua relevância nas relações familiares.

Aborda sobre as consequências do abandono afetivo na vida de uma criança e as suas principais repercussões, além do questionamento acerca do valor que poderá ser responsabilizado um pai por ter abandonado um filho. Seria possível “medir” os danos sofridos e assim colocar um valor que seria capaz de sanar o dano? E será que esse valor seria capaz de sanar os danos provocados pelo abandono, tendo em vista que esses são de caráter subjetivos?

O objetivo central é a análise do RESP 1.159.242 SP e analisar a possibilidade da aplicação do dano moral nas relações familiares diante do abandono afetivo. Não basta apenas o sustento, mas sim o cumprimento dos deveres e obrigações que a Constituição Federal e outros diplomas legais expõe, como por exemplo a convivência familiar que é onde se adquire a afetividade.

O item 2 inicia-se tratando sobre a responsabilidade civil nas relações familiares, ressaltando definições e a aplicação no Direito brasileiro. Abrange também as inúmeras transformações e a nova visão da família contemporânea, assim como o papel da instituição na sociedade e sua função. Demonstra as obrigações e deveres que devem ser cumpridas pelos pais e os filhos com os pais reciprocamente. Evidencia-se, portanto, que é essencial que os pais cumpram com as obrigações já que essas são fator determinante para a formação do indivíduo.

No item 3 aborda-se sobre o abandono afetivo e seu conceito. Trata sobre a importância do afeto na família e as consequências da falta dele que podem gerar problemas psíquicos, psicológicos e o comprometimento da criação com a falta de um vínculo afetivo com os genitores. É mister que a relação familiar é a mais importante da vida de uma pessoa.

Já no item 4 haverá a análise do RESP 1.159.242 SP e do ED RESP que tem por principal objetivo expor o posicionamento dos relatores e ainda focar o posicionamento dos autores brasileiros e jurisprudência pátria. O julgado foi muito importante para o país. Necessária a crítica acerca da segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

Busca-se averiguar com o presente trabalho a análise da possibilidade de indenização por abandono afetivo ressaltando a importância de averiguar em cada caso concreto o preenchimento dos requisitos para que se enquadre na conduta do genitor a responsabilidade civil.

## **2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

A responsabilidade civil é o instituto que repara o dano que uma pessoa causa a outrem por meio de pena pecuniária, seja ela material ou moral.

Segundo Silvio Rodrigues “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (RODRIGUES, 2003, p. 402). Existem duas importantes responsabilidades no ordenamento jurídico, a contratual e extracontratual. A primeira, diz respeito a uma relação negocial bilateral, regida pela presença de um contrato. Já a segunda é aquela em que não há vínculo contratual, ou seja, não há contrato, mas sim vínculo legal.

Preceitua o autor Flávio Tartuce que:

A responsabilidade civil surge em decorrência do descumprimento de uma obrigação, seja pela desobediência de uma regra contratual ou pelo fato de determinada pessoa não observar um preceito normativo que regula a vida. Trata-se, respectivamente, da responsabilidade civil contratual ou negocial, e responsabilidade civil extracontratual. (TARTUCE, 2013, p. 423).

O instituto da responsabilidade civil é uma forma de compensação ao dano causado a alguém, é consequência de um ato que lesou outro. É através dele que há o reparo ou o ressarcimento do prejuízo causado. O artigo 186 do Código Civil (BRASIL, 1993), trouxe a definição para a responsabilidade civil que diz que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O artigo 187 do mesmo diploma acrescenta que “Também comete 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”.

Ressalta Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada de um dever jurídico sucessivo de assumir as consequências jurídicas de um fato,

consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionado) de acordo com os interesses lesados. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p.45).

A responsabilidade civil nas relações familiares abrange não só as relações entre os casais, sejam elas constituídas por casamento, união estável, mas também as relações paterno-filial, no caso de os pais abandonarem afetivamente e moralmente os filhos.

O dano provocado pode ser material ou moral como ocorre nas relações familiares, em que há prejuízos diretamente ligados a dignidade da pessoa. Para tanto, há a necessidade do preenchimento dos requisitos que comprovam o dano, o nexo de causalidade e a omissão ou ação que promoveu o dano.

A responsabilidade civil nas relações familiares está associada com a responsabilidade extracontratual que diz respeito ao vínculo legal, ou seja, quando há a obrigação de não causar danos e o dever de cuidar como preceitua o artigo 229 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que os “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”.

Resta evidente a importância dos deveres dos pais com os filhos e os filhos com os pais reciprocamente, que devem ser respeitados e cumpridos sob pena de eventual responsabilização que já ocorre no âmbito familiar. Não há no ordenamento jurídico brasileiro diploma que abrange a responsabilidade civil nas relações familiares, há apenas posicionamentos jurisprudenciais e doutrinadores que discorrem sobre o tema devido a grande discussão que vem eclodindo.

Diante da repercussão do tema, vários autores e julgadores vem se posicionando. A Ministra Nancy Andrighi se posiciona a favor da responsabilização nas relações familiares paterno-filial, dizendo que “o dano extrapatrimonial estaria presente diante de uma obrigação inescapável dos pais em dar auxílio psicológico aos filhos”. (STJ, Resp n.º 1.159.424/SP, Dje 10/05/2012).

## 2.1 Relações familiares na contemporaneidade

É certo que as relações familiares passaram por várias transformações ao longo dos anos. Essas transformações fizeram com que houvessem significativas mudanças no conceito como na própria constituição da família.

A constituição de família tinha uma ideia patriarcal e patrimonial a qual o pai era o chefe da família e tomador de todas as decisões e que sua constituição era feita pelo casamento. Ao longo dos anos a sociedade passou por muitas transformações que fizeram com que houvesse uma significativa mudança no conceito e na constituição das relações familiares.

Preceitua o artigo 226, § 4º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que se entende como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. É nítido, pois que a Constituição estende o significado de entidade familiar, abrangendo então as inúmeras formas de família contidas na sociedade atual. De acordo com Sérgio Resende de Barros:

[...] a constituição de 1988 foi o primeiro diploma responsável por destruir a ideologia da família patriarcal, edificada em uma família monogâmica, parental, centralizada na figura paterna e

patrimonial e que reinou absoluta na sociedade brasileira, herdada dos patriarcas antigos e dos senhores medievais.(2002,p. 6-7)

Evidencia-se que a Constituição Federal foi o primeiro diploma do ordenamento jurídico a expandir o conceito e abranger a mudança de pensamento e as transformações que modificaram a constituição de uma família. A partir de então, não temos apenas a família constituída pelo casamento, mas pelas mais diversas formas que se formam tão somente pela vontade de cada um, isso explica as diversas formas de família que há na contemporaneidade.

O autor Gustavo Tepedino, ressalta justamente essa modificação na forma de constituição de família e as mudanças de valores provocadas.

[...] verifica-se, do exame dos artigos 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução de valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada, à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. (Cf. Temas de Direito Civil, cit., p.349)

Ressalta Maria Berenice Dias (2010) que a revolução industrial teve suma importância na evolução da noção de família, uma vez que durante este período, a mulher passou a desempenhar forte papel na sociedade, principalmente no seio familiar.

A palavra família vem do latim *famulus* e significa grupo de escravos ou servos pertencentes ao mesmo patrão. É evidente que o conceito de família sofreu e está sempre sofrendo por mudanças com o decorrer do tempo e principalmente com as transformações sociais, não sendo mais possível conceituar ou dar um simples significado, assim não há que se falar em família, mas sim “famílias”.

Diante das transformações, é mister que a família não é só formada por um pai e mãe como também não é constituída apenas pelo casamento. A família na contemporaneidade abrange as relações heterossexuais, homoafetivas, monoparental, além de outras formas de constituição. O elemento responsável por constituir família é subjetivo e decorre da vontade dos indivíduos, portanto não podemos limitar o conceito de família e devemos aliar a proteção da dignidade da pessoa humana, respeitando cada um na forma de constituição. Conforme Amaral (2001), a família contemporânea fez emergir necessidades de intimidade e de identidade entre seus membros possibilitados pela união por meio de sentimentos, de costumes e de gênero da vida.

A família é a primeira relação afetiva de um homem, é nela que se aprende princípios, discerne o certo do errado, desenvolve valores, assim como toda a formação de ser. Conforme Alencar (ALENCAR, 1985) cabe a família possibilitar a socialização e a transmissão de valores, crenças e costumes da sociedade da qual está inserida para todos os seus membros.

A importância da relação familiar na vida do ser humano é evidenciada por inúmeros autores e protegida por dispositivos legais como evidenciado no art. 19, da Lei 8.069/90 dos Direitos Fundamentais que “toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de sua família e excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de entorpecentes”.

Preceitua Maria Berenice Dias (2011, p. 46) “existe uma nova concepção de família, formada por laços afetivos de carinho e de amor”. Assim, a contemporaneidade não faz restrições às famílias, havendo ruptura do modelo essencialmente heteroparental e propiciando novos grupos familiares, observando-se, pois, a existência de famílias anaparentais, homoafetivas, pluriparentais, dentre outros modelos.

Nesse sentido:

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepõem e rompem definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora (BRASIL, 2016, *online*)



Na contemporaneidade as relações familiares são bastante amplas, isso faz com que o afeto que é fator essencial na formação e no desenvolvimento, que antigamente era dado pelos genitores, já que a família era formada por uma ideia central patriarcal, hoje é atribuído pela avó ou avô, pelos tios ou até mesmo por uma pessoa com quem cria-se laço afetivo. Contudo, não consegue substituir o papel que deveria ser exercido pelos genitores, sendo assim, pode caracterizar o abandono afetivo paternal, tendo em vista a ausência do dever de cuidar que é dos pais.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu artigo 226 diz que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, ou seja, qualquer forma de família deve ser respeitada e protegida pelo Estado. Salienta mais uma vez a mudança do pensamento tradicional trazido pela Constituição.

Mônica Guazelli diz que:

A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado. (GUAZELLI, 2004, p. 55)

A evolução que passou a sociedade nos permite enxergar a mudança dos valores e da estruturação das relações familiares que hoje são formadas pelo afeto, liberdade, igualdade, democracia, respeito e são principalmente aliadas ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora (CHAVES DE FARIAS; ROSENVALD, 2011)

## 2.2 Os aspectos jurídicos nas relações familiares

As relações familiares são amparadas e tuteladas pela Constituição Federal e Código Civil. É mister que os diplomas trazem respeito e sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares que fazem com que sejam respeitadas todas as famílias que hoje existem na contemporaneidade.

Atualmente as famílias são constituídas de diferentes formas, não sendo apenas pelo casamento e o artigo 226 da Constituição Federal trata exatamente dessa mudança ocorrida na sociedade, onde todas as entidades familiares devem ser protegidas e asseguradas pelo Estado.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo:

[...] não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que

as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana (LÔBO, p.46, 2002).

A partir da visão contemporânea da família, essa passa a ser tratada como instrumento de desenvolvimento da pessoa humana, abolindo o pensamento patriarcal e patrimonialista que eram as características da mesma, por ser o pai, o chefe da família, o tomador das decisões e principalmente sua constituição apenas pelo casamento. A família como principal instituição, deve cumprir sua função social que é retirada do ordenamento pátrio e dos princípios orientadores do Direito de Família. Os autores Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Leandro Santos Guerra ressaltam que:

Os institutos do Direito de Família como um todo devem observar uma determinada finalidade, sob pena de perderem a sua razão de ser. Assim, deve-se buscar, nos princípios constitucionais o que almejou o constituinte para a família, de forma a bem entender sua normatização. (2007, p.134).

Denota-se que a família é protegida e tutelada no ordenamento jurídico brasileiro. A sua importância na formação do ser humano é inquestionável e deve ser sempre pautada com o máximo de cuidado e atenção, para que não haja os descumprimentos dos deveres constantes na lei brasileira.

Por isso há a necessidade de manter a instituição família viva devido a sua essencialidade e papel como função social.

### **2.3 As obrigações familiares**

Dentro das relações familiares existem deveres e obrigações. O artigo 1634 do Código Civil Brasileiro preceitua alguns dos deveres dos pais no exercício do poder familiar quanto aos filhos em seus incisos que são dirigir-lhes a criação e a educação, exercer a guarda unilateral ou compartilhada, entre outros. É mister que os deveres do pais vão além dos deveres patrimoniais, ou seja, estabelece deveres morais, assistenciais.

Cuidar de um filho vai além da prestação pecuniária ou de assistência patrimonial, cuidar é prestar a devida assistência, seja ela moral, além da convivência familiar que permite a construção de valores, princípios e criação. A Ministra Nancy Andrihgi (BRASIL, 2012) assevera que “Amar é faculdade, cuidar é dever” (STJ). Pode-se assegurar que não se cobra o amor, mas sim o cuidar e a convivência familiar.

A falta da convivência familiar provoca inúmeras consequências irreparáveis na vida de uma criança. O pai e a mãe são figuras de referência na vida dos filhos que baseam, inspiram e são exemplos. A criança que cresce sem a presença dos genitores, tem inúmeros problemas psicológicos, psíquicos e comprometimento em sua criação que chegam na adolescência, juventude.

Os deveres familiares devem ser cumpridos e acima de tudo protegidos para assegurar que a família cumpra seu papel social. Preceitua o artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a convivência familiar e comunitária entre outros, ou seja, é

necessário frisar a importância da convivência familiar nos dispositivos legais como dever nas relações familiares, já que é através dela que se cria laço afetivo.

Preceitua Cláudia Maria da Silva que:

[...] os genitores, na assunção de seus papéis de pais (não somente genitores), devem cuidar para que seus encargos não se limitem ao aspecto material, ao sustento. Cláudia Maria da Silva (2004, p.123).

Ressalta-se mais uma vez a importância de se abranger e expandir os deveres dos pais para além do sustento.

O artigo 229 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) traz à tona obrigações familiares que de os pais tem 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. Resta evidente que com a família contemporânea ampliaram-se as obrigações e deveres daqueles que a constituem.

O não cumprimento das obrigações e deveres nas relações familiares podem ocasionar no caso dos pais, a perda do poder familiar, conforme artigo 1637 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002), assim como outras sanções que podem ser impostas no que diz respeito a responsabilidade civil.

Ressalta Washington de Barros Monteiro:

Modernamente, poder familiar despiu-se inteiramente do caráter egoístico de que se impregnava. Seu conceito na atualidade, graças à influência do

cristianismo é profundamente diverso. Ele constitui presentemente um conjunto de deveres, cuja base é nitidamente altruística (MONTEIRO, 2007, p. 347).

O poder familiar é intrínseco aos genitores e não apenas das relações de casamento ou uniões estáveis. Nasce um filho, nasce as obrigações decorrentes do poder familiar, que se descumpridas poderão acarretar a perda do familiar, conforme o artigo. 1637 do Código Civil (BRASIL, 2002) e também o dano moral, objeto de estudo do presente trabalho.

### **3 O ABANDONO AFETIVO**

O abandono afetivo “consiste no descaso intencional pela criação, educação e convívio com os filhos, podendo ser nefasto para o desenvolvimento destas crianças” (MADALENO, 2013. p. 385.), ou seja, seria uma omissão por parte do genitor ou genitora que deixam de prestar assistência moral, psíquica e social aos filhos. O afeto está associado diretamente com a família, sendo de extrema importância. O número de casos de abandono afetivo parental vem crescendo e é evidenciado pelo aumento de ações requerendo a indenização pelo abandono afetivo.

O afeto é de extrema importância para os filhos nas relações familiares, posto que é considerado valor jurídico e fator determinante para o desenvolvimento da criança. É certo que muitas das vezes o afeto parental se dá por outros indivíduos da família, seja avó, avô, tios ou até mesmo pessoas com cria-se vínculo afetivo, contudo o dever de se prestar afeto, dirigir-lhes a criação e educação e tê-los em sua companhia e guarda é dos pais e por eles

devem ser feitos. É certo que o afeto por parte dos familiares é importante, mas na maioria das vezes não é possível “tampar” a lacuna dos genitores, podendo ocasionar o comprometimento do desenvolvimento, valores, danos psíquicos e psicológicos e até mesmo a criação da criança.

Contudo, há casos em que o abandono afetivo em nada acarreta tendo em vista que os familiares conseguiram suprir o que era necessário para a criança naquele momento, tanto afetivamente quanto material.

Preceitua Groeninga que:

[...] “o vazio deixado pela falta de um dos pais ou pelo impedimento da convivência entre pais e filhos será inevitavelmente preenchido com outras figuras de importância na vida da criança, que se identificará com estas de forma a tentar preencher a lacuna pela ausência de um dos pais”. (2005.p.414)

Resta evidente a necessidade e dever de se prestar afeto, que é primordial na vida dos filhos.

Importante mencionar que o abandono afetivo independe de o genitor ou genitora morar na mesma casa que o filho, ou seja, pode ser que morem na mesma casa, mas ocorra negligência, da mesma forma que ocorre com pais que são separados. Muitas vezes os pais usam da distância para justificar o abandono afetivo e se omitem do dever de criar, cuidar. Contudo, não há que se justificar e sim procurar alguma solução para a convivência como por exemplo, ir até o domicílio da criança, viajar nas férias para que essa convivência esse efetivada.

Groeninga diz que:

[..] o afeto e a convivência têm ligação *sinequa non*, sendo que a convivência não se confunde com a coabitação. Somente para ilustrar, é interessante verificar a evolução nas discussões travadas relativamente à união estável, nas quais se verificou que, para o reconhecimento desta, a coabitação não é mais condição necessária, mas sim o afeto e a comunhão de vidas. Assim, a convivência é possível mesmo nos casos em que a residência dos filhos não é a mesma de ambos os pais. (2005. p. 412)

Groeninga ressalta que independente do caso em que a residência não é a mesma de ambos os pais é possível a convivência paterno-filial. Portanto, de nenhuma forma é possível justificar a falta de convivência, mesmo que um pai more longe do filho, é necessário encontrar alguma forma de amenizar essa distância

Ressalta Rodrigues que:

[...] esse é o dever principal que incumbe aos pais, pois quem põe filhos no mundo deve provê-los com elementos materiais e morais para a sobrevivência, bem como fornecer-lhes educação de acordo com seus recursos, capaz de propiciar ao filho, quando adulto, um meio de ganhar a vida e dar

elemento útil à sociedade”  
(1991.p.362)

O afeto é essencial e está diretamente ligado com as relações familiares. Preceitua o autor Paulo Lôbo que:

A família atual está matrizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver affectio haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida. (2011, p. 17).

Lôbo (2011) ressalta a importância do afeto e é evidente que a família se forma pelo afeto. É no seio da família que você adquire amor, afeto com os pais, filhos, irmãos, pois ninguém escolhe a família em que nasce, por isso, o abandono afetivo traz a tona as omissões aos deveres dos pais.

A autora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka expõe que o dano causado pelo abandono afetivo, suas consequências e alcance no ser humano

Que o dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo, um dano culposamente causado à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, que certamente, existe e manifesta-se por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na

criança, o sentimento de responsabilidade social, por meio de cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. Trata-se de um direito da personalidade, portanto. (2005. P.465)

Segundo Hironaka (2005) o dano causado pelo abandono afetivo está ligado a personalidade do indivíduo e evidentemente está, já que a consequência pelo abandono afetivo pode ou não atingir aquela criança. Por isso, é importante a análise de cada caso concreto. O dano sofrido ou não pelo abandono dos genitores é subjetivo.

A autora Groeninga ressalta a importância do afeto no Direito de Família

“O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade” (2008,p.28).

Ressalta, portanto a importância do afeto nas relações familiares e no Direito de Família, possibilitando que aqueles pais que não cumpriram com seus deveres pagassem aos filhos indenização pelo abandono afetivo.

### 3.1 Conceito

A palavra afeto deriva do latim *affectio* e significa relação, disposição, amor, atração. O abandono afetivo decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável. STJ. 3ª Turma. REsp 1.159.242-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/4/2012.

Flávio Tartuce elucida a diferença entre o afeto positivo e negativo

Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as *cargas* estão presentes nas relações familiares. (TARTUCE, 2012, online)

O afeto é evidentemente importante na relação familiar e deve sempre estar presente nas relações familiares. No ordenamento jurídico, não tem expressa previsão legal, contudo pode-se afirmar que os juristas já estão demonstrando a importância do afeto como princípio no Direito de Família Contemporâneo e com isso possibilita a indenização por abandono afetivo, já que os princípios são nortadores de nossos direitos.

Preceitua Giselda Maria Fernandes Novaes Hinoraka (2007, online) que “o afeto é a mola propulsora

da engrenagem familiar- e não o patrimônio ou os laços biologizados”.

O abandono afetivo paterno-filial decorre então da omissão do dever de cuidar de um dos genitores ou de ambos. O afeto é considerado atualmente um valor jurídico e é fator essencial na vida de uma criança. A falta dele pode acarretar inúmeros problemas psicológicos, psíquicos.

Dias (2006, p.106). diz que “o distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sado desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida”.

Afirma Denise Damo Comel que:

[...] O abandono do filho é ato que implica desatendimento direito do dever de guarda, bem como do da criação e educação. Revela falta de aptidão para o exercício justifica plenamente a privação, tendo em vista que coloca o filho em situação de grave perigo, seja quanto à segurança e integridade pessoal, seja quanto à a saúde e a moralidade. É o ato que afronta um dos direitos mais caros dos filhos: o de estar sob os cuidados e vigilância dos pais. Traduz-se o abandono na falta de cuidado e atenção, na incúria, ausência absoluta de carinho e amor. O abandono que justifica a perda do poder familiar há que ser aquele em que o pai deixa o filho à mercê da própria sorte, ainda que com

terceira pessoa ou com outro pai, mas que não tenha condição alguma de atendê-lo. O abandono pode ser de aspecto material, intelectual e afetivo. (2003.p.288-289)

É necessário ressaltar a importância do afeto nas relações familiares que são essenciais na formação do homem. Preceitua Maria Cristina de Almeida que “o elo entre pais e filhos é, principalmente, socioafetivo, moldado pelos laços de amor e solidariedade, cujo significado é muito mais profundo que o elo biológico” (2002, *online*)

### 3.2 Responsabilidade Civil por abandono afetivo

O sistema brasileiro não prevê a responsabilidade civil por abandono afetivo em lei. Contudo, a doutrina e jurisprudência vêm se posicionando acerca do tema, tendo em vista o crescente número de ações requerendo a indenização por abandono afetivo.

Uma grande discussão acerca da responsabilidade por abandono afetivo nas relações familiares vem tomando grande repercussão. Os autores divergem sobre a concessão de dano moral por abandono afetivo ou não.

A autora Hironaka preceitua a respeito da possibilidade da responsabilidade civil nas relações familiares

Dentro da nova perspectiva de direitos, surge a possibilidade do Direito de Família adentrar no campo da responsabilidade civil. “É, pois, nesse ambiente de revisão, de releitura, de ampliação da responsabilização civil nos dias

atuais que se situa, inegavelmente, a possibilidade de falar de danos, na relação paterno-filial, derivados do abandono afetivo” (HIRONAKA, 2006, p. 568-582).

Contudo, alguns posicionam-se contrários à ideia de indenização, sustentando que não há que se falar em cobrar amor, que não se pode cobrar afeto de alguém para com o outro e que a violação dos deveres familiares gera apenas sanções no âmbito do Direito de Família, conforme entendimento de Renan Kfuri Lopes.

Cavaliere Filho não é a favor da indenização por abandono afetivo, dizendo que estaria banalizando o dano moral e que as ações requerendo indenização seriam pelos mais triviais aborrecimentos.

[...] mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exarcebada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no âmbito familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais dos aborrecimentos. (2008, p. 78).

Por outro lado, há muitos autores que entendem que deve haver a responsabilidade civil por abandono afetivo, já que é dever dos pais quanto à pessoa dos filhos menores, conforme o art. 1634 do Código Civil (BRASIL, 2002), dirigir-lhes a criação e educação e tê-los em sua companhia e guarda. O fato de a criança não ter uma convivência com o genitor ou genitora pode acarretar uma série de problemas no desenvolvimento, no psicológico, traumas e até mesmo danos psíquicos, o que demonstra a importância da afetividade para a formação e desenvolvimento da criança. Ressalta-se, portanto a importância do cumprimento dos deveres legais dos pais com os filhos, tendo em vista os danos que podem ser provocados com o inadimplemento.

Álvaro Villaça Azevedo posiciona-se a favor da responsabilização por abandono afetivo afirmando que:

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença. (2004, p.14).

Os autores que defendem a tese de que é possível a indenização por abandono afetivo ressalta não apenas o abandono em si, mas um conjunto de requisitos que devem ser preenchidos para haver a concessão de dano moral. O artigo 186 do Código Civil trata dos atos ilícitos e traz em seu texto os requisitos que devem ser preenchidos para seja enquadrada a responsabilidade subjetiva.

Preceitua Caio Mário (2004) que para a configuração da responsabilidade subjetiva deve haver conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário a direito, por comissão ou por omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não o propósito de malfazer; a existência de um dano, tomada a expressão no sentido de lesão a um bem jurídico, seja de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial e nexo de causalidade entre a conduta e o dano, de forma a precisar que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que sem a verificação do comportamento contrário a direito não teria havido atentado ao bem jurídico.

Preceitua Cavalieri Filho:

(...) Não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. (2007, p. 46)

Resta evidente que há divergência de pensamento entre os autores que se transmite principalmente nos julgados, tendo em vista que há sentenças favoráveis, como também desfavoráveis a responsabilização por abandono afetivo. É necessário analisar com cautela e coerência a possibilidade ou não da indenização por abandono afetivo e caso haja uma sentença favorável é primordial que se pondere o valor para não haver o enriquecimento ilícito, já que não se pode medir com precisão o quanto o abandono afetivo prejudicou e afetou aquela criança sendo tal fator subjetivo. É importante a



realização de estudo psicossocial para evidenciar e tentar “medir” possíveis danos causados.

Outro ponto importante seria o valor dessa possível indenização, ou seja, será que o valor recebido por um genitor ou genitora seria capaz de ressarcir os danos psíquicos, psicológicos. É evidente que o valor recebido pelo abandono não será capaz de “apagar” ou resolver todos os danos sofridos pela criança, já que os danos vão além da simples reparação, pois são de caráter subjetivo o que torna muito mais difícil. Portanto, a responsabilidade civil por abandono afetivo é uma forma de amenizar o dano sofrido, já que esse ressarcimento não irá resolver ou sanar os danos provocados, seria uma forma de conscientizar aquele pai e todos os outros de que eles devem cumprir seus deveres de cuidar e criar os seus filhos e não apenas gerirem.

Preceitua Maria Berenice Dias que:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável. A figura dos pais é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. (2010, p. 123).

A convivência dos pais com os filhos é sem dúvida muito importante para a formação do filho e a falta dela acarreta sérias consequências. Contudo, a responsabilização civil pela falta da convivência deve ser analisada tendo em vista que muitas vezes os pedidos

sobre abandono são pautados na falta de amor, carinho, o que não é amparado pela lei e não deve ser objeto de ação judicial. A Ministra Nancy Andrichi evidencia os deveres dos pais no julgado RESP 1.159.242/SP (BRASIL, 2012) com a frase que mais repercutiu em todo julgamento “Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever”.

O dever de criar e cuidar que é responsabilidade dos pais que deve ser responsabilizada. O simples fato de diferenciação entre um filho e outro no que diz respeito a sentimentos, não pode ser cobrado.

É importante saber diferenciar a questão do abandono moral e material que é responsabilidade dos pais com a falta de amor, carinho, que apesar de ser de extrema relevância na relação paterna-filial não é dever dos pais no ordenamento jurídico.

A indenização pelo dano causado no caso do abandono afetivo é de caráter punitivo-pedagógico e tem como principal objetivo a conscientização ao dever dos pais com os filhos. Daniel de Andrade Levy ressalta que:

[...] a reparação do dano moral é, hoje, um verdadeiro reflexo das funções assumidas pela responsabilidade civil. [...] Punição e prevenção têm na conduta do agente o seu fundamento e no dano moral o seu instrumento. [...] A ampliação do leque de danos ressarcíveis, diretamente resultante da multiplicação dos direitos da personalidade, permitiu que a Responsabilidade Civil se imiscuisse nos mais variados meandros da sociedade, trazendo um instrumento poderoso para fazer da reparação moral muito

mais do que uma mera restituição.[...] Como diriam os irmãos Mazeaud, no início do século XX, “hoje os princípios da responsabilidade civil se tornaram a sanção geral de todas as regras de direito. (LEVY, 2012, p.28-29).

Verifica-se o caráter da reparação do dano moral como sendo punitivo e preventivo e também o aumento de danos ressarcíveis. Paralelo com a responsabilidade nas ações de família, dar-se-á o caráter punitivo- pedagógico com intuito de responsabilizar o pai ou mãe que comete e se enquadra ato ilícito para com o filho e permitir que haja uma conscientização dos pais em geral com os deveres atribuídos aos pais.

Maria Berenice Dias (2007) traz em seu entendimento justamente o ressarcimento ao dano causado pela omissão dos pais como uma punição de caráter pedagógico, ressaltando que seria melhor uma convivência paterna-filial por medo de uma condenação por abandono afetivo do que o abandono.

[...] a indenização por abandono afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares. Claro que o relacionamento mantido sob pena de recompensa financeira não é a forma mais correta de se

estabelecer um vínculo afetivo. Ainda assim, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que gerar no filho o sentimento de abandono. (2007, p.409).

A afetividade é construída pela convivência, é através dela que o amor, carinho e apago aparecem. Contudo, não deve cobrar essa convivência que deve partir por parte dos genitores de forma voluntária A autora Maria Berenice Dias (2007) expõe que é melhor que o pai conviva com o filho apenas por medo de ser condenado do que não ter essa convivência familiar.

Partindo do pressuposto que talvez a convivência não seria possível até mesmo como era desejo do genitor, não é cabível que o pai conviva com o filho por meio de medo de ser condenado por abandono afetivo, por isso, é extremamente importante analisar cada caso concreto para averiguar a possibilidade ou não da responsabilidade por abandono afetivo.

#### **4 ABANDONO AFETIVO NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

É certo que o número de ações requerendo indenização por abandono afetivo vem sofrendo crescente aumento no ordenamento jurídico brasileiro. O RESP 1.159.242-SP julgado em 2012 foi muito importante para o ordenamento jurídico, nele foram evidenciados posicionamentos do Ministros que puderam esclarecer pontos acerca do abandono afetivo que muitas vezes provocavam dúvidas.

O Ministro Massani Yueda ressaltou em seu voto que não se pode falar em igualdade dos filhos, quanto aos sentimentos, pois não se pode cobrar o afeto ou se um filho é preterido em relação a outro, já que com isso as ações iriam multiplicar, potencializando as mágoas íntimas.

Por outro lado, a relatora Ministra Nancy Andrighi, deu parcial provimento ao RESP, evidenciando que a obrigação é de cuidar e não amar. Expôs a responsabilidade civil nas relações familiares e seus requisitos. O Ministro Paulo de Tarso também votou a favor do provimento ao RESP.

Será realizada uma análise do RESP 1.159.242-SP e do ED RESP 1.159.242 evidenciando os principais e importantes pontos a fim de fazer uma reflexão da responsabilidade civil por abandono afetivo no ordenamento jurídico brasileiro e seus limites.

Contudo, recentemente pode-se verificar dois julgados acerca do abandono afetivo que foram negados pela Terceira e Quarta Turma do STJ por entenderem que não houve ocorrência de ato ilícito e dever jurídico inexistente, respectivamente.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL.  
DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO  
DE INDENIZAÇÃO.  
ABANDONO AFETIVO. NÃO  
OCORRÊNCIA. ATO ILÍCITO.  
NÃO CONFIGURAÇÃO. ART.  
186 DO CÓDIGO CIVIL.  
AUSÊNCIA DE  
DEMONSTRAÇÃO DA  
CONFIGURAÇÃO DO NEXO  
CAUSAL. SÚMULA Nº 7/STJ.  
INCIDÊNCIA. PACTA  
CORVINA. VENIRE CONTRA  
FACTUM PROPRIUM.

VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE  
PREQUESTIONAMENTO.  
DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL.  
NÃO CARACTERIZADO.  
MATÉRIA CONSTITUCIONAL.  
(STJ, Resp n.º 1493125/SP, Dje  
01/03/2016)

O Ministro relator Ricardo Villas Bôas Cueva conheceu parcialmente o recurso, mas negou provimento.

Em seu voto diz que:

O afeto é de fundamental importância nas relações de família, mas não deve ser incentivada, na sua ausência, a compensação material, sob pena de se mercantilizar os sentimentos e instigar ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro. (STJ, Resp n.º 1493125/SP, Dje 01/03/2016)

É certo que a indenização deve ser pautada como caráter punitivo-pedagógico para conscientizar os pais sobre seus deveres com os filhos. Contudo, a compensação como Villas Bôas ressaltou em seu voto deve ser cautelosamente avaliada se é realmente necessária e se efetivamente houve danos aquela pessoa devido ao abandono do pai, para não haver a monetarização do amor.

O afeto, não pode ser cobrado como um dever, senão haveria a monetarização do amor, do afeto, o que é incabível, já que esse deve ser voluntário. Não há que se falar em cobrar o amor.

Outro julgado a respeito do mesmo tema, foi julgado pela Quarta Turma, RESP 1579021- RS em 2017 e

também foi negado provimento por considerar dever jurídico inexistente.

CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR. ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina de forma fundamentada todas as questões submetidas à apreciação judicial. 2. A ação de indenização decorrente de abandono afetivo prescreve no prazo de três anos. (Código Civil, art. 206, §3º, V). (STJ, Resp n.º 1579021/RS, Dje 29/11/2017)

A Ministra relatora Maria Isabel Gallottiressaltou que “filio-me ao entendimento de que não cabe indenização por abandono estritamente afetivo, embora adotando linha de argumentação um pouco diversa dos precedentes desta Turma” (STJ, Resp n.º 1493125/SP, Dje 01/03/2016). O relator possui entendimento que não é possível a indenização, já que a recorrida alegou que o pai após reconhecimento da paternidade via ação judicial não descumpriu com as obrigações alimentares, prestando as obrigações materiais e que a indenização é requerida pelo abandono afetivo, mas não alegou por exemplos que isso prejudicou sua educação, sustento e guarda.

Resta evidente que muitos são os casos onde o que é evidenciado é a falta de amor, afeto, que não entra na hipótese prevista em lei, elencada no ordenamento jurídico como dever dos pais, por isso é importante a análise

críteriosa de cada caso concreto, para não haver a monetarização do amor.

#### **4.1 Análise do julgamento do RESP 1.159.242-SP**

As ações requerendo a indenização por abandono afetivo está tendo crescente aumento o que demonstra o quanto a falta de afetividade, cuidado, sobretudo o dever legal de cuidar tem sido descumprido. No ano de 2012, ocorreu o julgamento do RESP 1.159.242 de São Paulo que repercutiu muito acerca do presente tema.

O julgado baseia-se no pedido de uma filha requerendo indenização por danos materiais e compensação por danos morais, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude. Na primeira instância o juiz julgou improcedente alegando que o fator que ocasionou o distanciamento entre os dois foi o comportamento agressivo da mãe, que não permitiu que ocorresse a aproximação. A requerente então apelou e o TJ/SP reconheceu o abandono afetivo fixando em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) a indenização por dano moral. Então, o requerido entrou com Recurso especial alegando que a única punição para o abandono afetivo seria a perda do pátrio poder e que o posicionamento do TJ/SP se diverge de entendimento do STJ em outro julgamento sobre o mesmo tema.

A Ministra Nancy Andrichi foi relatora e em seu voto ponderou sobre o dever de cuidar e não a discussão pelo amor. Em sua decisão ressalta a importância da convivência familiar e o vínculo da afetividade.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das

pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. (STJ, Resp n.º 1.159.242/SP, Dje 10/05/2012)

Aqui, discute-se, portanto, o dever de cuidar, que é dever legal dos genitores, é deles a responsabilidade de criar, permitir a convivência familiar e a partir dela, a criação do vínculo afetivo. Evidencia o dever legal e não a cobrança de amor, já que o amor é de caráter subjetivo e impossível de cobrança. A família como a principal instituição na vida de um homem é a responsável pela convivência familiar e pela criação de laço afetivo.

É evidente que o abandono afetivo é a junção de omissões pelos genitores, a falta de convivência, de cuidado, e, portanto, de afeto. Sabemos que essas omissões produzem grandes consequências na vida da criança que conseqüentemente carregarão na vida adulta. No caso em questão vemos que a filha, ora requerente é fruto de uma relação fora do casamento e isso acarretou sem sombras de dúvida maior sofrimento a mesma.

Expõe a Ministra Nancy:

Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe. Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, ad perpetuum, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano in re ipsa e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação. (STJ, Resp n.º 1.159.242/SP, Dje 10/05/2012)

Conforme expõe a Ministra Nancy a recorrida levará essas omissões e a rejeição para toda a vida a pensar que o pai privilegiou os outros filhos em detrimento dela. Não é fácil crescer com a rejeição do pai e sendo colocada de lado como a recorrida foi a vida toda, mas é necessário

destacar que não é simples determinar o quão doloroso foi, não é possível mensurar quais foram os danos causados a ela.

O Ministro Sidney Beneti em seu voto enumera os pontos que devem ser considerados acerca do abandono no processo. Vejamos:

Os atos pelos quais se exteriorizou o abandono, que devem ser considerados neste processo, não são genéricos, mas, sim, concretos, apontados na petição inicial como fatos integrantes da causa de pedir (e-STJ fls. 6 e seguintes), ou seja: 1º) Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; 2º) Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; 3º) Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; 4º) Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras; 5º) Pagamento de pensão somente por via judicial; 6º) Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha. (STJ, Resp n.º 1.159.242/SP, Dje 10/05/2012)

É certo que no julgado analisado o pai nunca prestou a devida assistência, seja ela moral ou patrimonial,

já que a paternidade e os alimentos foram fixados judicialmente e pelo exposto pelo Ministro Beneti o genitor nunca demonstrou carinho ou afeto para a recorrida e ainda agiu de má fé quando por simulação adquiriu imóveis em nome dos outros filhos. Cumpre salientar que não se pode cobrar o amor, o carinho, o afeto, já que nem todos são capazes de oferecer e por ser de caráter tão somente subjetivo.

No caso em questão, do pai ter agido de má-fé com a aquisição dos imóveis ou ter dado tratamento diferente em relações a eles, devemos ressaltar o princípio da igualdade entre a relação dos pais e filhos, que não podem ser tratados com discriminação. Dentro da relação familiar, todos os filhos são iguais, não havendo diferenciação entre os mesmos, nem por aqueles que foram adotados. Contudo, não há que se falar na igualdade de amor, carinho e afeto entre os filhos, já que não se pode cobrar o amor, não há que se falar em tratamento igual quando envolve sentimentos que são intrínsecos ao homem.

Necessário, então delimitar até onde vai a responsabilidade civil por abandono afetivo, pois muitos filhos são preteridos em relação a outro, mas isso não quer dizer que houve o abandono, senão o Judiciário iria superlotar com ações requerendo a igualdade sobre o amor paterno.

O ministro Massani Yueda faz oposição a relatora Ministra Nancy ressaltando justamente a delimitação da igualdade entre os filhos na relação familiar e a questão de preferência entre um que não se pode punir.

Ora, se atentarmos para a realidade dos fatos, qualquer filho, qualquer filha, enfim, qualquer pessoa poderá dizer assim: mas estou sendo preterido em relação aos

meus irmãos e qualquer dado subjetivo poderia motivar um pedido de indenização por dano moral. Ora, isso faria com que quantificássemos ou potencializássemos as mágoas íntimas – muitas legítimas, algumas supostamente legítimas – de filhos, de irmãos, de pais, de marido e mulher também, porque o dever dos cônjuges está entre prestar assistência, amar e tal. E os estudos indicam que esse amor é uma coisa da convivência. (STJ, Resp n.º 1.159.242/SP, Dje 10/05/2012)

O Ministro Sidnei Beneti também pontuou acerca do tratamento discriminatório entre os filhos, mas em um contexto diferente, na questão da não discriminação em sentido patrimonial que não se pode dar tratamento diferente.

Assim, em princípio, é possível a indenização por dano moral, decorrente do abandono de filho, agravado por tratamento discriminatório em comparação com outros filhos, não importando seja, o filho lesado, havido em virtude de relacionamento genésico fora do casamento, antes ou depois deste, nem importando seja o reconhecimento voluntário ou judicial, porque a lei não admite a distinção, pelos genitores, entre as

espécies de filhos – naturais ou reconhecidos. (STJ, Resp n.º 1.159.242/SP, Dje 10/05/2012)

O Ministro Paulo de Tarso em seu voto deu parcial provimento ao Recurso Especial e ressaltou a importância da análise da situação em concreto para não haver um abuso dos filhos requerendo indenização por abandono afetivo.

Felizmente, dispõe-se de uma larga margem de liberdade para educar e criar os filhos do modo que melhor se aprover, sendo que desvios, percalços e falhas são inerentes ao processo de educação e de criação. O dever de cuidado, pois, apresenta um conteúdo inegavelmente subjetivo. Assim, imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpra totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais comezinhas obrigações para com seu filho. Evita-se, desse modo, eventual abuso por parte de filhos que, insatisfeitos com episódios específicos de sua criação, pleiteiam a indenização por danos supostamente sofridos. (STJ, Resp n.º 1.159.242/SP, Dje 10/05/2012)

A indenização requerida pelos filhos aos pais é uma forma de preencher a lacuna provocada pelo abandono afetivo, mas não é certo que os danos sofridos serão reparados pela quantia em dinheiro. Os danos sofridos geram grande trauma psíquico, psicológicos e a sua reparação não é tão simples, por isso vários autores divergem acerca da possibilidade ou não da indenização.

É necessário analisar cada situação para averiguar a possibilidade da indenização e do dano causado àquela pessoa, para não ocorrer o enriquecimento ilícito daquele que alega ter sido prejudicado.

Foi dado parcial provimento ao Recurso Especial, diminuindo a indenização de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) de acordo com o voto da Ministra relatora Nancy Andrigh.

### **3.2 ED RESP 1.159.242**

Os Embargos de Divergência são interpostos como recurso responsável por impugnar as decisões de Tribunais que estejam em divergência com acórdãos anteriores de casos semelhantes.

No caso em concreto, foram opostos Embargos de Divergência do RESP 1.159.242 por Antônio Carlos Jamas dos Santos em face de Luciane Nunes de Oliveira Souza que foram conhecidos, mas não providos.

O Ministro Marco Buzzi foi relator e em seu relatório pontua sobre a necessidade de uniformização de interpretação da lei. Vejamos:

Na seara jurisdicional, o incremento da paz social consiste em dirimir os conflitos de interesses surgidos cotidianamente, atentando a que não se viole as

regras constituídas; a segurança jurídica decorre justamente da interpretação e aplicação da lei, de modo uniforme, de sorte a haver soluções unívocas para casos semelhantes, porquanto inseridos em um mesmo e único sistema, daí a importância do enfrentamento da temática ora em debate. (STJ, ED Resp n.º 1.159.242/SP, Dje )

É importante ressaltar a necessidade de uniformização de interpretação da lei, para haver segurança jurídica quanto a jurisdição pátria e não sofrer com sentenças distintas com situações idênticas. O Ministro também preceituou acerca da paternidade responsável.

A paternidade responsável, aquela que observa o amor-construção, isto é, o cuidado, seja ela biológica ou sociológica, tem em sua conduta diária tanto a assistência e o provimento material, quanto o acompanhamento e, se não a reciprocidade na troca de relações, ao menos a atenção própria de quem tem o dever de proteger, pois o ser humano, enquanto vive em comunidade, somente justifica sua existência na comunhão. (STJ, ED RESP n.º 1.159.242/SP, Dje )

A paternidade responsável é essencial para que haja a convivência familiar e com ela, a construção do afeto. Diante de tantos casos de abandono afetivo, pode-se



dizer que a maioria se dá pela falta de compromisso dos pais com seus deveres com os filhos.

O Ministro Buzzi em seu relatório relatou a respeito da responsabilidade dos pais com os filhos.

De toda forma, a fim de encerrar estes aspectos elementares quanto à temática em análise, fixa-se a premissa de que, analisando-se o ordenamento positivo, a par de inexistir um dever de amar, observa-se que aos pais compete o dever de sustento, guarda e educação dos filhos em fase de crescimento, deveres esses que apenas sob a perspectiva de uma visão reducionista poderiam ser compreendidos de forma exclusivamente patrimonial, haja vista a expressa determinação legal quanto às obrigações de “criar” e “educar”. Portanto, o interesse subjacente às demandas que envolvem abandono afetivo funda-se no dever normativo expresso dos pais de educarem e criarem seus filhos. E, neste sentido, pode-se concluir pelo merecimento de tutela jurisdicional. (STJ, ED Resp n.º 1.159.242/SP, Dje )

É necessário que os pais honrem com as responsabilidades paterno-filiais no que diz respeito a cuidar e educar. Não há de se falar no dever de dar amor, já que é de caráter subjetivo e aqui não falamos em amor, na cobrança de algo que é tão intrínseco ao homem. O

dever de cuidar, contudo não se baseia apenas ao pagamento de pensão alimentícia, que também é um dever dos genitores ou de dar bens de presentes. O dever dos pais vai muito além disso, vai sobre o dever de cuidado, sobre o carinho e afeto que temos com os nossos genitores que são na maioria das vezes nossos exemplos e aqueles que pretendemos seguir quando ficarmos mais velhos, são evidentemente, referência.

Outra importante colocação do Ministro foi sobre o afeto e suas concepções nas hipóteses de aplicação.

Adequado é estabelecer se e quando a expressão afeto quer aludir ao sentimento de amor ou ao de dever de compreendido na categoria cuidado, ou ainda, se quer empregar as expressões amor e cuidado como se fossem sinônimas de afeto, todavia, sempre esclarecendo os significantes dados, mormente nesta última hipótese-sempre- a bem da lealdade intelectual. (STJ,ED Resp n.º 1.159.242/SP, Dje )

É mister salientar a questão do abandono afetivo e suas diferentes concepções. Talvez seria inapropriado a expressão indenização por abandono afetivo, já que o afeto poderia ser como exposto pelo Ministro como ao sentimento de amor. Por outro lado, também ressalta que o afeto também está na categoria cuidado, que é de onde devemos retirar as hipóteses de abandono afetivo, tão somente do dever de cuidado, criação.

Salienta o Ministro em seu relatório ainda sobre os prejuízos causados pelas omissões dos genitores quantos aos deveres legais.

Especificamente quanto à configuração do dano cuja compensação é pleiteada na demanda subjacente a este recurso, ressalta-se ser evidente que o descumprimento do já conceituado e delimitado deve de cuidado traz graves prejuízos ao filho em fase de formação, mormente se, além dessa falta, física ou moral ultrapassando a esfera do mero dissabor, do contratempo, do conflito de opiniões hoje presente desde tenra idade até os últimos dias da prolongada adolescência, ou juventude. Se não unânime, prepondera o entendimento no sentido de que o distanciamento, o abandono, o cometimento de atos atentatórios aos interesses dos filhos, práticas que possam importar inclusive em sequelas emocionais ou materiais definitivas, rendem ensejo à configuração de danos morais (extrapatrimoniais), sejam eles considerados imputação inibitória, reparação indenitória, compensatória ou abrigados em outras categorias específicas.

(STJ, ED Resp n.º 1.159.242/SP, Dje )

É evidente que o abandono afetivo traz inúmeras consequências para a criança e conseqüentemente na adolescência e juventude e até mesmo na velhice. Os danos causados pelo abandono atingem principalmente os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, já que atingem tão somente o subjetivo de cada um. Os danos sofridos podem ser sentidos apenas por aqueles que enfrentam o abandono, a omissão e ou esquecimento pelos genitores.

Evidencia no ED RESP 1.159.242 SP que ficou claro o dano sofrido pela embargada que sofreu com o abandono moral grave por parte de seu pai, que somente contribuiu com o apoio material, por sentença judicial.

O Ministro Buzzi extraiu do acórdão lavrado pelo Colendo Tribunal de origem, em síntese que o requerido, em face dos demais filhos, sempre dispensara tratamento discriminatório para com a autora, no âmbito moral e material, naquele, relegando-a ao abandono, e neste, atribuindo bens à titularidade dos outros filhos, sem nada destacar a favor da promovente. Traduz então a distinção no que diz respeito ao tratamento igual, lembrando que o tratamento igual deve ser em relação aos bens, o que não foi feito, pois o tratamento em relação ao amor, carinho não pode ser cobrado.

E, para bem destacar a formação do novo entendimento da Seção desta Corte Superior acerca da matéria em julgamento, não há como passar ao largo da circunstância de que o Tribunal Paulista, como lhe competia, apreciou detidamente as questões levadas à sua deliberação, concluindo ter ocorrido o

descumprimento do dever de cuidado por parte do pai acionado, tendo aquele julgado atribuído a esta categoria, o cuidado, toda uma densa gama de providências concretas que os genitores devem adotar para com a criação da prole, não se limitando ao direito/dever de visitas ou ao sentimento do afeto, este enquanto emoção que alude exclusivamente ao amor, pois que, afeto, note-se bem, caso categorizado exclusivamente como amor, por óbvio, não pode ser cobrado, imposto ou exigido por outrem, mesmo nas relações entre pais e filhos, o que qualquer vivente bem o sabe, obviamente. (STJ, ED Resp n.º 1.159.242/SP, Dje )

Resta evidente que no caso em questão houve o descumprimento dos deveres morais para com a filha. Concluiu-se o julgamento pelo não conhecimento dos Embargos de Divergência.

Com a análise do ED RESP foi possível evidenciar que as obrigações familiares são muito importantes e devem ser obrigatoriamente cumpridas a fim de estabelecer um convívio familiar e permitir a criação do vínculo afetivo, para que não ocorra os danos que evidentemente ocorreram com a embargada.

Os danos sofridos por ela na infância foram carregados até a maioridade que são evidenciados pela embargada já ser casada e ter filhos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho ficou evidenciado a magnitude da convivência familiar e principalmente os deveres dos pais com os filhos e que a mesma nasce com o nascimento de um filho e não com o casamento ou uniões. Nasce um filho e o poder familiar já é constituído.

É certo que os deveres e obrigações dos genitores estão no Código Civil (BRASIL,2002), Constituição Federal (BRASIL, 1988) e Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) e devem ser cumpridas para que sejam criados os laços afetivos e a possibilidade de carinho que são muito importantes para o homem, já que a família é a primeira instituição e é onde aprendemos valores, princípios e nos desenvolvemos.

A transformação em que passou a instituição família permitiu que a formação não se baseia apenas no casamento. A instituição “famílias”, como deve ser chamada, pois não existe mais uma forma de constituição. Atualmente cada um pode formar sua família das mais diversas formas, não existindo um padrão, evidenciando o caráter subjetivo, ou seja, a formação da família se dá pela vontade de cada um.

Evidencia-se também o quanto o afeto é necessário na formação das pessoas. Frisa-se, contudo que a responsabilização pelo abandono afetivo deve ser analisada, já que como dispõe o Ministro Ueyda que se apegarmos a questão de preferência de um filho com o outro o Judiciário iria superlotar e iria potencializar as mágoas íntimas e ainda que se caso for aplicada indenização pelo abandono afetivo, é necessário que seja analisado com cautela, para não haver o enriquecimento ilícito. O trauma e os danos causados pelo abandono não são possíveis de medição, então seria imprudente estipular um valor base por exemplo.

Foi feita uma análise do ED 1.159.242- SP e ED RESP ressaltando os principais e importantes pontos, evidenciando a posição dos Ministros. É evidente que houve crescente número de ações requerendo a indenização por abandono afetivo e que muitas das vezes não houve o abandono afetivo efetivamente, mas sim a exteriorização das mágoas íntimas. Foram analisados também dois julgados RESP recentes que não foram providos, não obtendo a indenização por não se enquadrar na omissão de cuidar e criar, já que nas situações expostas os pais contribuíram materialmente, se omitindo na relação de afeto e amor, não que evidentemente não pode ser cobrado. Não se fala em amor, mas sim do dever de cuidar, de criar que estão elencados no ordenamento jurídico.

Diante do exposto no presente trabalho, conclui-se que é possível a responsabilização dos pais por abandono afetivo, do ponto de vista do descumprimento dos deveres paternos. É nítido a importância da convivência familiar e do laço afetivo na vida do ser humano e por suas consequências serem irreversíveis nada mais seria possível senão a reparação do dano pelo genitor. Claro que a reparação não faria com que o dano fosse findado, mas seria uma forma de diminuir ou financiar um tratamento psicológico.

A indenização serve como forma de conscientização aos outros pais, para que assumam os seus deveres e não se omitirem, como muitos vem fazendo. Tem caráter punitivo-pedagógico com objetivo de punir aquele pai que comete o abandono paterno, no quesito de criação e educação que é dever dos genitores. A sociedade não pode aceitar tais tipos de conduta e deve resguardar a família com a instituição mais importante na vida de um homem.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, E.M.L.S. **A criança na família e na sociedade**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

ALMEIDA, Maria Christina de, Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA, In: **III Congresso Brasileiro De Direito De Família, Família E Cidadania**. Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/212.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/212.pdf). Acesso em: 16 out 2018.

AMARAL, C.C.G. **Famílias às avessas: gênero nas relações familiares de adolescentes**. Fortaleza: Ed. UFC, 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56940/responsabilidade-civil-no-direito-de-familia>. Acesso em: 15 out 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Jornal do Advogado, OAB**, São Paulo, n. 289, p. 14, dez, 2004.

BARROS, Sérgio Resende. **A ideologia do afeto**. Revista Brasileira do Direito de Família, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, 2002.

BRASIL. Código civil. **Organização de Sílvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 1993

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil. In: **Palácio do Planalto**, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituiacaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituiacaocompilado.htm). Acesso em: 05 set 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 1990. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm). Acesso em: 24 set 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Palácio do Planalto**, 2002. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 24 set 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial número 1493125/SP** Relator Ricardo Villas Bôas Cueva da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, decisão publicada em 01/03/2016. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1493125&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>. Acesso em: 24 set 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial número 1579021/RS** Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, decisão publicada em 29/11/2017. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1579021&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial número 1.159.242-SP** Relatora Ministra Nancy Andrighi da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, decisão publicada em 10/05/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1159242&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=7>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em RESP número 1.159.242-SP** Relator Ministro Marco Buzzi da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, decisão publicada em 10/05/2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1159242&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Página 5355 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de 7 de Junho de 2016. In: **Jusbrasil**. 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/117468757/stj-07-06-2016-pg-5355>. Acesso em: 16 out 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, Malheiros, 5. ed. 2007.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: RT, 2003.

DIAS, Maria Berenice. Apud DILL, Michele Amaral e CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono**. em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=703>

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.123.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro Santos. Função Social da Família In: **GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da(COORD.) Função Social do Direito Civil**. São Paulo, Atlas. 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. III.

GUAZELLI, Mônica. **O Princípio da Igualdade Aplicado à Família**. WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (coordenadores). Direitos Fundamentais di Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2004.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito à família com o direito à família**. Giselda Maria Fernandes Novaes (coord). A outra face do Poder Judiciário: Decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. São Paulo: Del Rey, 2005.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito Civil.**Direito de Família. Orientação**: Giselda M. F Novaes Hironaka.

Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008, v. 7, p. 28

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes: Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pai e filhos além da obrigação legal de caráter material. In: **HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord)**. A outra face do Poder Judiciário: Decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. São Paulo: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material**. Repertório de Jurisprudência IOB. [S.I.], v. 3. n, 18, 568-582, set, 2006. \_\_\_\_\_. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; Pereira, Rodrigo da (coord.)

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em <[www.familiaesuccessoes.com.br/?p=1685](http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=1685)> Acesso em 26 out 2018.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade Civil**. Atlas. São Paulo, 2012.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: **Famílias**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011. Pg. 17

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além numerusclausus**, Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, n.12,jan./mar.2002.

LOPES, Renan Kfuri. Responsabilidade Civil. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/drenan/artigos.php>.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 385.

MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de Direito Civil- Direito de Família**, v.2, São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Caio Mário Pereira da. **Teoria Geral do Direito Civil**. In Instituições de Direito Civil, v. I, Rio de Janeiro: Forense. 2004.

SILVA, Cláudia Maria da. **Indenização ao Filho: descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por dano à personalidade do filho**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 6, n. 25, p.123, ago/set. 2004..

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3 Ed. São Paulo: Editora Método, 2013.

TARTUCE, Flávio. O Princípio da Afetividade no Direito de Família. In **Jusbrasil**. 2012. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 20 out 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas e direito civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

## **DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO: DESTACANDO A MULHER NEGRA NESTE PROCESSO**

### **DISCRIMINATION OF WOMEN IN THE MARKET LABOR: STRENGTHENING BLACK WOMEN IN THIS PROCESS**

Carolina Silva<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

Tem como propósito principal a presente monografia, analisar a discriminação da mulher no mercado de trabalho, destacando a mulher negra na participação deste processo, por meio de uma visão jurídica.

Uma avaliação das leis, princípios protetivos e costumes que foram e são atribuídas às mulheres ao longo do tempo, mas que não surtem o efeito necessário para transformar a sociedade, já que o preconceito ainda existe na mente de muitos, que ainda acreditam que as mulheres apenas pelo fato de serem mulheres, são mais frágeis ou têm menos prestígio devido à cor de sua pele ou gênero sexual.

Mostrando a importância da discussão sobre a desigualdade entre o homem e a mulher no ambiente profissional, para que haja uma legítima e necessária mudança que alcance dentro do mercado de trabalho a igualdade entre os gêneros, raças e salários. Mesmo sendo sabido, que a mulher tenha conquistado “certa” liberdade ao longo dos anos, é notório que ela ainda continua sem voz quando se diz respeito ao ambiente de trabalho, ainda mais sendo negra.

---

<sup>2</sup>Acadêmica do 10º período do curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

**PALAVRAS-CHAVE:** Discriminação; Mulher Negra; Trabalho; Direitos; Gênero.

## **INTRODUÇÃO**

Ao longo dos anos a mulher tem batalhado para ser reconhecida e valorizada como parte fundamental e necessária no mercado de trabalho. E mesmo atingindo um alto grau de conhecimento e chegando a um elevado nível de educação e profissionalização, a mulher ainda encontra vestígios de discriminação e desigualdade por parte da sociedade atual, que tanto debate sobre a igualdade de gêneros e etnias.

O que presenciamos em nosso dia a dia, é bem diferente do que o disposto pela própria Constituição Federal, que discursa em um de seus artigos sobre o direito de todos os indivíduos em terem uma vida digna, prevalecendo à igualdade independente de qualquer natureza.

O objeto de estudo em questão é analisar a discriminação e o racismo enfrentados no mercado de trabalho, pelas mulheres brancas, e mais ainda pelas negras. Ressaltando a importância do estudo e conscientização do presente tema, para combater a desigualdade entre os sexos que é uma realidade contemporânea na sociedade.

Será iniciado o estudo em seu primeiro item, abordando de forma geral o direito do trabalho para a mulher, trazendo como base, antecedentes históricos e atuais da diferenciação dos gêneros no ambiente de trabalho, contando também com as leis regulamentadoras e uma análise nas diferenças entre cargos e salários. Em seu segundo tópico, podemos observar como tema a discriminação.

Trazendo ainda noções sobre a desigualdade e a discriminação de gêneros e raça, no ambiente de

trabalho. Seguindo em seu terceiro capítulo, será trabalhada a questão dos princípios protetores da mulher dentro do direito trabalhista, bem como o princípio constitucional da igualdade e suas vertentes e o princípio da não discriminação da mulher.

Pretende-se com o presente trabalho, através de pesquisas de natureza exploratória, descritiva e explicativa, demonstrar a discriminação da mulher e a realidade da mulher negra em meio às desigualdades sociais dentro do mercado de trabalho, com base no contexto apresentado para a compreensão do momento em que vive a mulher perante o Direito do Trabalho, evidenciando por meio de análises diferenciação e ascensão a cargos e salários entre o homem e a mulher.

Para o desenvolvimento do trabalho foi necessário o apoio pesquisas bibliográficas que se basearam em livros, artigos e sites, que foram fundamentais para o estudo e a compreensão do presente tema.

## **2 A MULHER E O DIREITO AO TRABALHO**

Desde os tempos remotos, a mulher é ocupa papel inferior em relação ao homem. Inseridas em uma sociedade patriarcal, em que deviam obediência a seus maridos, eram tidas como instrumentos, que deveriam cuidar das tarefas domésticas, de seus filhos e dos maridos, os quais se consideravam seus donos.

Para Rousseau, filósofo, teórico do iluminismo, compreendia a mulher como sendo um ser idealizado para agradar o homem, desacreditando na ideia de que homens e mulheres podem viver com direitos iguais e livremente, como podemos ver:

[...] As mulheres são naturalmente mais fracas, apropriadas para a reprodução, mas não para a vida



pública. As mulheres devem ser educadas para agradar os homens e serem mães. Devem ser educadas na reclusão sexual e castidade que legitimam a paternidade. Na família os homens devem governar essas frívolas criaturas. Devem aprender a estimular o desejo masculino e ao mesmo tempo impedir a lascívia dos homens. A sedução é própria de sua natureza; elas são desejosas de agradar, modestas, tolerantes da injustiça, ardilosas, vãs e artistas em grau menor (ROUSSEAU apud NYE, 1995, p.20).

Desse modo, podemos perceber que neste tempo tanto as mulheres brancas, quanto as mulheres negras, eram tratadas como um objeto, o que diferem ambas, é que ao contrário das mulheres brancas que eram “criadas” para constituir família, as mulheres negras eram criadas para trabalhos domésticos e satisfação sexual, sendo exploradas física e psicologicamente. Mas ainda, as mulheres brancas somente poderiam ter voz ativa em seu lar, desde que tivessem algum poder aquisitivo, já as mulheres pobres, a única saída que lhes restava era trabalhar para fornecer o sustento à família, enfrentando os preconceitos.

Deu-se no século XVIII, a revolução industrial que trouxe desenvolvimento e oportunidade para que as mulheres pudessem ingressar também no mercado de trabalho.

Tal processo acarretou uma mudança na sociedade, que ocasionou uma transformação no que até

então já estava determinado para as mulheres, que era somente o trabalho do lar. Mas essa mudança trouxe além de desenvolvimento, algumas implicações como: salários baixos, longas jornadas de trabalho e duplas jornadas, conciliando o trabalho doméstico com o trabalho fora do lar e condições inadequadas e abusivas de serviço. O trabalho da mulher continuou sendo desvalorizado, no qual o trabalho feminino era tido como inferior, ou de menor valor ao do masculino, mesmo assim devido a condições de desemprego e miséria que abatiam a época, para prover o seu sustento e em muitos dos casos de suas famílias, se sujeitavam a essas circunstâncias para sobreviverem.

Assim, com a chegada do desenvolvimento econômico e do comércio, a mulher se viu requisitada para o trabalho fora do lar, visto que para os empregadores da época teriam grande serventia, de maneira especial nos períodos das duas guerras mundiais em que os homens eram necessários para defender seus países, se ausentando de seus lares e dos empregos, com isso deixando as mulheres responsáveis pelo cuidado do lar e do provimento de recursos para sustento de suas famílias, adquirindo aos poucos mais independência.

De acordo com a escritora, Mirla Cisne, a diferença existente no mercado de trabalho, é como se fosse uma divisão sexual do trabalho, de modo que a mulher fica abaixo do homem na hierarquia, o que já é algo construído desde o início dos tempos, que é uma forma da exploração de capital, obrigando as mulheres a trabalharem em ambientes precários e não tendo seu valor reconhecido. De acordo com Cisne (2015):

A não valorização do trabalho faz com muitas mulheres não se percebam como trabalhadoras, não construindo, portanto, a identidade

com sua classe. Isso faz com que algumas mulheres se acomodem, não se organizem e nem participem politicamente das lutas da classe trabalhadora.

Isto posto, mostra que devido os antecedentes históricos e os paradigmas construídos ao longo dos séculos, criou mulheres em sua maioria que se acostumaram com o que lhes foi dado, e o quão é importante e necessário a luta da classe feminina para conquistar seu espaço na sociedade, seu reconhecimento e sua valorização.

## 2.1 Atual situação das mulheres no ambiente laboral

Apesar de já ter conquistado grandes avanços na luta por seus direitos, a mulher ainda tem um longo caminho a percorrer para que tenha seus direitos igualados e exercidos como o dos homens.

Mesmo sendo maioria na população brasileira (98,419 milhões de homens 48,4% do total e 104,772 milhões de mulheres 51,6%, segundo pesquisa do IBGE), as mulheres têm menos espaço no ambiente laboral, e uma maior participação no trabalho do lar não remunerado, no qual também não são valorizadas em comparação aos homens.

Muitas mulheres possuem dupla jornada, conciliando o trabalho do lar, que envolve cuidados com os filhos, casa, marido, em alguns casos os estudos, com o trabalho fora do lar, podendo afirmar que:

[...] o combate à opressão contra a mulher se torna mais acentuado, onde era preciso mais do que nunca lutar pela sua

emancipação econômica e social, pelo seu direito ao trabalho, com todas as especificidades que isso implica, como por exemplo, salários iguais para trabalhos iguais, além da reivindicação de uma divisão mais justa no trabalho doméstico, na esfera reprodutiva, libertando, ao menos parcialmente, a mulher da dupla jornada. (NOGUEIRA, 2010, p. 59).

Os afazeres domésticos continuam sendo uma função atribuída às mulheres, ainda as que trabalham fora em busca do sustento do lar, em sua maioria se vêm na obrigação de cumprir com esse papel, visto que ainda existe grande preconceito por parte da sociedade masculina e até feminina em relação à contribuição dos homens nessa tarefa.

Os homens ainda têm certo receio e discriminação em aceitar a ascensão feminina, por medo de perder de certa forma o respeito da mulher ou perante a sociedade, e a ideia de que o homem deve ser o provedor da casa.

[...] o emprego e o trabalho feminino remunerado crescem, mas, mesmo ampliando a participação feminina no mundo produtivo as tarefas domésticas continuavam reservadas exclusivamente à mulher, ou seja, a organização da família patriarcal pouco é alterada, o marido se mantém provedor e a

esposa a provedora complementar e dona de casa, confirmando a divisão sexual desigual do trabalho. (NOGUEIRA, 2010, p. 59).

O trabalho sem remuneração da mulher, que é exercido no dia a dia em seus lares, não é contabilizado pelas estatísticas e, portanto não possui uma valorização social, ainda que contribuam de forma importante e significativa para a sociedade.

Elas têm buscado aperfeiçoar e melhorar seu currículo para obterem reconhecimento por seus próprios méritos no ambiente laboral, além de melhores condições de trabalho, respeito, melhores salários, cargos e outros benefícios. A mulher ainda recebe salários mais baixos que o dos homens, e ainda ocupam cargos inferiores e intensivos.

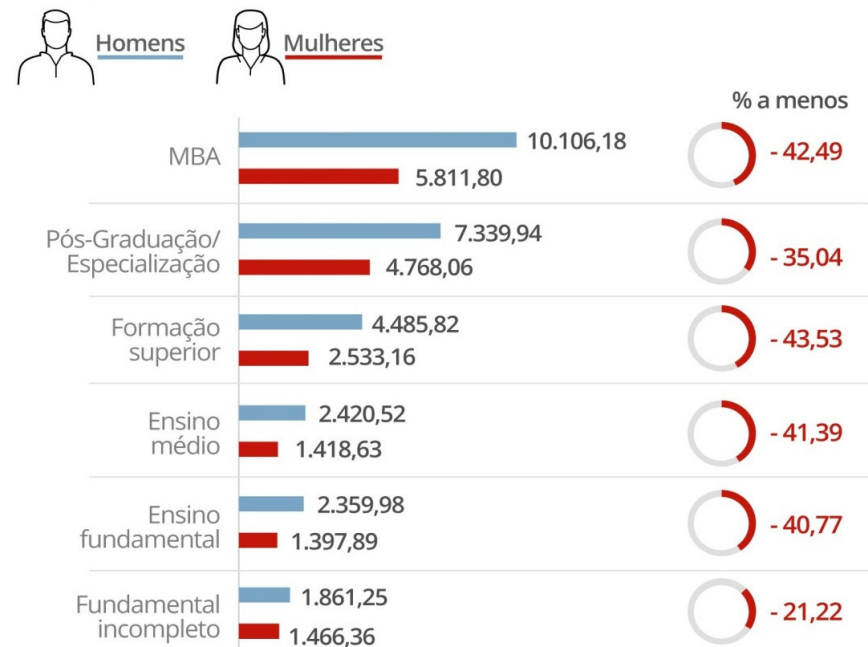
Uma pesquisa realizada pelo site de empregos CATHO, feita com aproximadamente 8 mil profissionais, revela que as mulheres ganham menos que os homens em todas áreas e cargos de atuação pesquisados (até mesmo nas áreas em que há predominância feminina), a diferença salarial chega a quase 53% (cinquenta e três por cento).

O salário dos homens é superior ao das mulheres em todos os níveis de escolaridade pesquisados, o que quer dizer que mesmo as mulheres saindo na frente em relação ao nível de ensino, ainda não são reconhecidas pela sua capacidade, sofrendo mais uma desvantagem, conforme gráfico representado abaixo. (Figura 1)

Figura 1 – Diferença de salários por escolaridade

### Diferença de salários por escolaridade

Pesquisa leva em conta a média salarial, em R\$



Fonte: Catho

Fonte: Catho 2018.

Kátia Garcia (CATHO, 2018), gerente de relacionamento com clientes da CATHO, afirma que essa diferença salarial, pode ser esclarecida pelo fato de que as mulheres interrompem sua vida profissional mais vezes que os homens, com a chegada da maternidade ou por trocarem de carreira e terem que começar em outra área do zero com mais frequência do que os homens, e reconhece que levará tempo até que as condições sejam equiparadas.

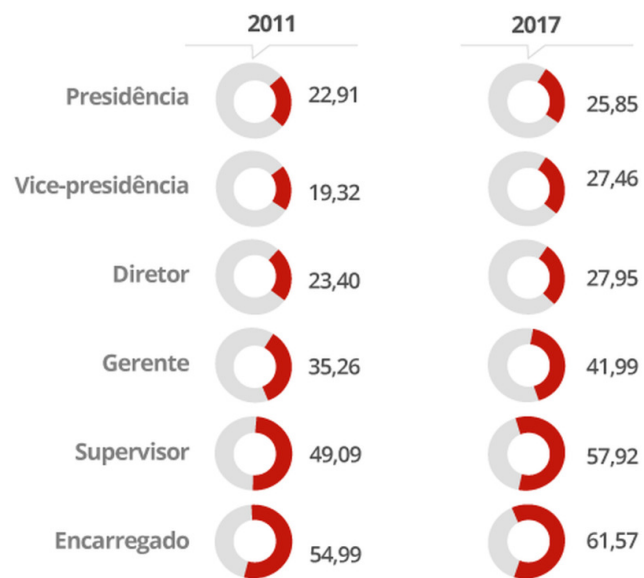
No mundo todo, observa-se que os homens trabalham quatro vezes mais como empregadores do que as mulheres no ano de 2018. Essa diferenciação de gênero também pode ser percebida nos cargos de gestão, onde as mulheres permanecem enfrentando obstáculos no mercado de trabalho para chegar nestes setores.

Pesquisas afirmam que quanto maior o cargo, mais alta será a desigualdade, assim apresentado no gráfico abaixo:

Figura 2: Proporção de mulheres nos cargos

### Proporção de mulheres nos cargos

Progressão em 6 anos, em %



Fonte: Catho

Fonte: Catho, 2018

De acordo com o gráfico, o cargo de presidente é o que tem a menor quantidade de mulheres com

proporção de 22,91% em 2011, com aumento de 2,94 pontos percentuais, chegando a 25,85 em 2017.

Segundo DamianGrimshaw (OIT, 2018), diretor de Departamento de Pesquisa da OIT:

Os desafios e obstáculos persistentes que as mulheres enfrentam irão reduzir a possibilidade de as sociedades desenvolverem caminhos para alcançar crescimento econômico com desenvolvimento social. Portanto, acabar com as desigualdades de gênero no mundo do trabalho deve continuar a ser uma prioridade máxima se quisermos conquistar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas até 2030.

Dentre os cargos pesquisados, sendo o de encarregado o mais baixo em nível de gestão, é nele que consta a maior quantidade de mulheres, com 54,99% no ano de 2011, e aumento de 61,57% até o ano de 2017.

## 2.2 Leis trabalhistas reguladoras

Estão previstos em diversos dispositivos legais e principalmente na

Consolidação das Leis do Trabalho, e na Constituição da República Federativa do Brasil, a regulamentação e a proteção dos direitos do trabalho da mulher.

Após a promulgação da Constituição de 1937, outorgada pelo presidente da república da época Getúlio Vargas, alguns direitos já garantidos pelas mulheres

regrediram, como por exemplo: o direito de igualdade entre os homens e mulheres e as garantias das mulheres gestantes.

Vigorando desde 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), é a principal lei ordinária que trata de matéria trabalhista, antes da mesma existir, as leis que protegem os trabalhadores, se restringiam as Constituições antecedentes a de 1988, a leis estaduais e federais.

No artigo 5º, previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), um dos artigos que faz referência à igualdade entre os gêneros, o legislador pretende com o texto da lei, fazer uniformidade entre os gêneros, em relação ao exercício de mesma função com igual valor: “Art. 5º - A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.”

Outro artigo que deve ser mencionado é o art. 373-A que discorre sobre a proibição de discriminação:

#### Art. 373-A.

Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente,

assim o exigir; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999).

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

(Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999).

A primeira lei que visava a proteção da mulher no trabalho foi uma lei estadual, que surgiu em São Paulo, lei n.º 1.596, de 29 de dezembro de 1.917, que organizou o serviço sanitário no estado, essa lei proibiu o trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais no último mês de gravidez, e no primeiro mês após a gravidez, chamado puerpério. No âmbito federal, o Decreto n.º 16.300, de 21 de dezembro de 1.923, do Regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública, autorizava as mulheres que trabalhavam em estabelecimentos industriais e comerciais a decidirem se gostariam de um descanso de trinta dias antes e trinta dias após o parto.

Um problema constante é a maternidade. Muitas mulheres ainda têm de escolher entre terem uma carreira profissional de sucesso ou a maternidade. Muitas profissionais sentem na pele, e em seus cargos quando escolhem a maternidade como prioridade, em suas vidas.

Mesmo com leis atuais que regulam e garantem direitos para a classe das gestantes, ainda há bastante irregularidade e preconceito para com as mesmas.

Desde que o Brasil, ingressou na Organização das Nações Unidas (ONU), passou a concordar com os acordos realizados pelos órgãos atrelados a Organização.

Um dos órgãos atrelados à organização e que tem influência no Brasil, é Organização Internacional do Trabalho (OIT), este órgão foi criado pela ONU, e tem como objetivo principal proteger os trabalhadores.

Na teoria, temos leis que garantem proteção à mulher no ambiente laboral, porém, na prática não é bem assim. O que acontece é um desamparo por parte do estado que a cada vez mais, não só as mulheres, mas sim todos os trabalhadores, têm menos direitos.

É dever dos empregadores respeitar as normas legais e seus empregados, e direito dos empregados lutar pelos seus direitos, para que assim sejam atingidos os efeitos descritos pelas leis.

### **3 DISCRIMINAÇÃO**

A discriminação será sempre um comportamento que diminua ou exclua o outro, sem um motivo real, do processo de participação da sociedade, e é exatamente por esse motivo que deve ser combatida.

Seria uma diferenciação de tratamento, sem motivos lógicos para tal, com base em algum tipo de preconceito já existente relacionado a alguém pessoa, como orientação sexual, gênero, etnia, religião, e outras.

Para Ermida Uriarte, discriminar significa distinguir, excluir com o fim de anular ou restringir o gozo e o exercício em igualdade de condições de direitos e liberdades fundamentais. (2011, p 14)

Doutrinariamente, podemos afirmar que a discriminação é um ato de negar a uma ou mais pessoas um tratamento adequado ao modelo jurídico determinado para a situação em que se encontra.

Podem ser fatores que motivam a discriminação: o medo à concorrência de empregos; a intolerância religiosa ou sexual por parte de pessoas que possuem outra opção; o preconceito ou aversão a alguém; e a ignorância acerca de fatos desconhecidos e das pessoas.

A discriminação pode ocorrer em todas as fases do pacto laboral, sendo elas a admissão durante o contrato e a demissão. Na admissão pode ocorrer parte dos empregados da empresa, que se recusam ou se indispõem em trabalhar com alguém, somente por suas características pessoais, ou quando a empresa comete o ato de discriminação por meio de anúncios de emprego que firam a moral e ética social. Já durante o contrato, pode acontecer na incumbência de tarefas inferiores, que não irão resultar em chances de ascensão, ou que não necessitem de qualquer qualificação. No fim do contrato, pode acontecer a discriminação quando ocorrer à demissão por parte do empregador, com a justificativa de que há uma certa necessidade em conter gastos, e então dispensa alguns funcionários, mas apenas mulheres, e em idade favorável para gestação.

Na discriminação direta, o empregado passa por um tratamento diferente, que podem causar efeitos danosos, baseado em motivos como: sexo, estado civil, raça, idade ou outra característica elencada pela lei. A indireta é aquela que não é tão visível quanto a direta, tem aspecto formal de igualdade, mas que produz efeitos negativos criando a desigualdade. Já a discriminação oculta, será a que não é possível comprovar que a ação do empregador era discriminatória, tornando oculto a situação de discriminação.

Portanto, pode-se qualificar como discriminação, toda e qualquer exclusão, diferenciação ou preferência fundada em relação a gênero, raça, cor, nacionalidade, sexualidade ou etnia que tenha como objetivo diminuir o outro.

A discriminação também pode ser positiva, com o intuito de favorecer um grupo específico de pessoas, buscando reestabelecer certos direitos e vantagens que lhes foram tomadas durante séculos. A mulher, por exemplo, foi prejudicada ao longo dos séculos, e os resultados de tal fato foram prejudiciais a sua carreira profissional, e podem ser percebidos em coletivo.

A discriminação positiva no mais é a tentativa de uma retificação de redistribuição e reconhecimento de direitos pela sociedade.

### **3.1. Desigualdade de gênero e raça no mercado de trabalho**

O mercado de trabalho está marcado pelas alarmantes desigualdades de gênero e cor. Apesar das mulheres terem avançado mais no quesito educacional, continuam em desvantagem em relação aos homens, pois o desenvolvimento das mesmas não se transformou em melhores posições de cargos, e nem elevou a já citada, questão salarial.

Estudos apontam que mulheres e negros têm mais dificuldade para serem inseridos de fato no mercado de trabalho e é de responsabilidade do Governo Federal, a criação de planos de política e a promoção da não discriminação, possibilitando a criação de oportunidades iguais para todos que desejam adentrar no mercado de trabalho brasileiro.

As mulheres continuam trabalhando mais que os homens, cerca de 7,5 horas a mais que os homens durante a semana, incluindo o trabalho remunerado e o não remunerado. Em relação ao trabalho não remunerado, cerca de 90% das mulheres alegam realizar atividades domésticas.

Ao observarmos a sociedade brasileira, podemos enxergar a existência das desigualdades, e dentre elas as relações de gênero. Esse fato vai além de demandas econômicas, envolve também questões sociais e culturais, nos quais a mulher é a mais afetada, pois gera exclusão, discriminação e a desigualdade.

Quando se é referido ao papel da mulher no ambiente laboral, a sociedade apoia o pensamento de que a mulher, apenas pelo fato de ser mulher, deveria exercer certo tipo de função pré-estabelecendo uma “regra social”, que gera desigualdades.

Lauretis considera (1994):

As concepções culturais de masculino e feminino como duas categorias complementares, mas que se excluem mutuamente, nas quais todos os seres humanos são classificados formam dentro de cada cultura, um sistema de gênero, um sistema simbólico ou um sistema de significações que relaciona o sexo a conteúdos culturais de acordo com valores e hierarquias sociais. Embora os significados possam variar de uma cultura para outra qualquer sistema de sexogênero está sempre intimamente interligado a fatores políticos e econômicos em cada sociedade (LAURETIS, 1994, p. 211)

O lugar em que o ser humano vive, influenciará na construção de seus valores, sejam indivíduos do sexo masculino ou feminino, valores estes que envolvem

fatores sociais, culturais, políticos e econômicos, e que serão reproduzidos nos ambientes sociais.

Quando se fala da participação da população negra no ambiente de trabalho, vem à tona a imagem que nos faz entender as desigualdades raciais que existem na sociedade brasileira e no mercado de trabalho, representados pela pirâmide hierárquica, em que os negros aparecem na base, em sua maioria as mulheres negras.

Vemos também essa hierarquia, na questão salarial, em que o homem branco aparece liderando, seguido da mulher branca, abaixo o homem negro e por último a mulher negra.

De acordo com os marcadores sociais, apresentados no 3º módulo do livro “Políticas Públicas e Raça”,

As mulheres que começam a se movimentar para ocupação de nível superior são predominantemente brancas, enquanto que há uma forte concentração de mulheres pretas e pardas no serviço doméstico. As mulheres provenientes das classes mais pobres (majoritariamente negra) se dirigem para a prestação de serviços e para empregos ligados à produção na indústria, enquanto que as mulheres de classe média se dirigem para o serviço de produção e de consumo coletivo (setor terciário) devido aos seus melhores níveis educacionais. (PPR, p.165-166 apud SANTOS et al. 2017 p. s/p)



As mulheres brancas ainda tem certa vantagem em relação as mulheres negras. Enquanto as mulheres brancas têm maior predominância no nível superior, as mulheres negras estão mais propensas a realizarem trabalho doméstico.

### 3.2. Discriminação da mulher no ambiente de trabalho

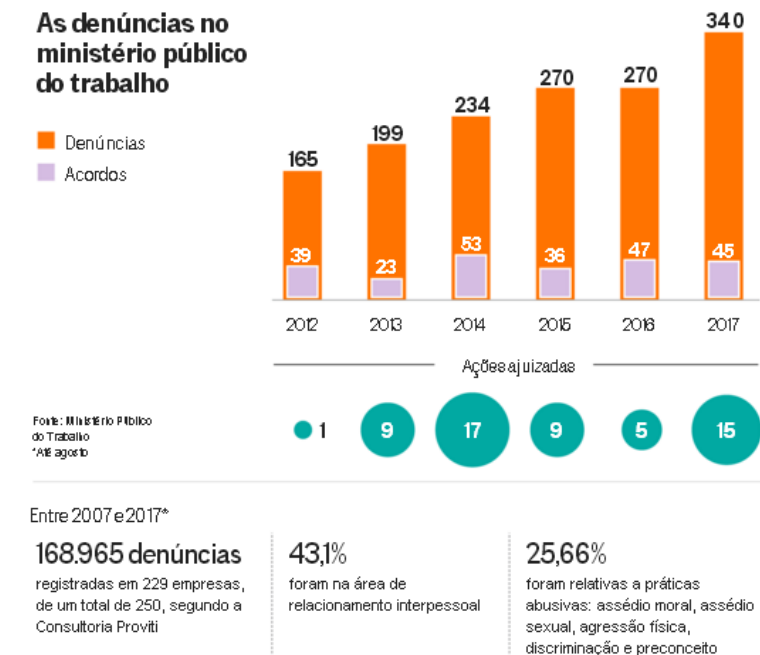
A relação da mulher com o trabalho não pode ser descrita apenas pelo que ela vive na sua função no meio laboral remunerado. Para entender sua realidade, é necessário observar a dupla jornada de trabalho. Além de trabalharem fora de casa, a maior parte da população feminina, também exerce trabalho não remunerado em seus lares, como citado anteriormente. O problema é que sem a ajuda masculina para esses afazeres domésticos, as mulheres acabam se sobrecarregando e em algumas vezes acabam deixando seu emprego comprometido, ou deixando de se dedicarem como gostariam ao trabalho. Juliana Bracks, professora de Direito da Fundação Getúlio Vargas, diz que,

Na nossa sociedade, quando uma família tem filhos, a mulher é quem geralmente falta ao trabalho quando acontece algum problema com as crianças. Os empregadores tradicionais do Brasil ainda pensam dessa forma e isso compromete muita a ascensão social e financeira. No código interno de algumas empresas antigas havia cláusulas dizendo, por exemplo, que uma mulher que “contraísse núpcias “seria demitida. Já tive que analisar um contrato de trabalho que ainda

continha essa norma (BRACKS, 2017)

Foi mais ou menos isso que aconteceu com Michele Pereira, de 27 anos, acabou sendo demitida de seu emprego em uma casa de família em que trabalhava como doméstica, após dar à luz a seu primeiro filho. Ela relata que sua patroa ficava nervosa quando em situações corriqueiras e emergenciais como quando seu filho adoecia e ela tinha que faltar (WERNER;2017).

Figura 3- Denúncias de assédio ao Ministério Público do Trabalho



Entre 2007 e 2017\*  
**168.965 denúncias** registradas em 229 empresas, de um total de 250, segundo a Consultoria Provit  
**43,1%** foram na área de relacionamento interpessoal  
**25,66%** foram relativas a práticas abusivas: assédio moral, assédio sexual, agressão física, discriminação e preconceito

Fonte: Ministério Público do Trabalho

O gráfico feito pelo Ministério Público do Trabalho, demonstra que as denúncias têm aumentado nos

últimos anos, e é graças ao debate da desigualdade de gênero e assédio que tem fortalecido as mulheres, a lutarem e não se envergonharem de correr atrás de seus direitos.

O assédio sexual é um crime previsto no Código Penal, mas como acontece muitas das vezes no ambiente de trabalho, a Justiça Trabalhista também poderá ser ativada.

Para ser caracterizado assédio sexual, dentro do Direito Penal, o indivíduo superior hierárquico, em busca de vantagem ou favores sexuais, constrange alguém por meio de intimidação ou chantagem, e pode levar punição prevista na lei de detenção de um a dois anos, podendo a pena ser aumentada em um terço se a vítima for menor de dezoito anos.

Já na justiça do trabalho, não existe necessidade a diferença hierárquica para ser caracterizado o assédio, desde que tenha havido o constrangimento sexual sem o consentimento da mulher, podendo ser cometida por qualquer pessoa do ambiente laboral.

A Procuradora do Estado de Goiás, Fabiana Bastos, deu um depoimento ao site da agência O Globo, que é de grande valia a leitura:

Lançamos em Goiás a campanha ” Menos rótulo, mais respeito “ para focar nessas práticas socialmente toleráveis, tidas como brincadeiras e elogios. Situações nas quais há chantagem sexual em troca de promoção já são muito rechaçadas pelo senso comum, mas essas outras práticas ainda são aceitas. Já soube de um caso em que uma procuradora ouviu de um colega de trabalho: “Trouxe um paninho para você limpar meu computador”. Em

outra situação, um juiz declarou que a banca do concurso estava “de parabéns por ter aprovado uma advogada tão bonita”. Esta mesma moça ouviu de um colega que só tinha conseguido o cargo porque teve “prova oral” no fim do concurso. São essas brincadeiras que todos acham normal, que a mulher deveria se sentir envaidecida. Queremos, com a campanha, fomentar o questionamento dessas práticas, dessas microgressões diárias.

Situações como essas citadas pela Procuradora, devem ser extirpadas da sociedade, as mulheres mais do que nunca assumem seu papel na sociedade, ocupando cargos por seus méritos, e merecem ser tratada de igual para igual, não só no ambiente de trabalho, mas como também em todos os aspectos sociais.

### **3.3. Discriminação da mulher negra no ambiente de trabalho**

A condição atual da mulher negra no Brasil se dá devido ao seu passado histórico marcado pela escravidão. Carregando em sua pele e traços as desvantagens e desigualdades sofridas naquele tempo e que se arrastam até os dias atuais.

A professora do Departamento de Ciências Sociais da Universidade de Londrina, Maria Nilza Silva afirma:

Na atualidade não se pode tratar a questão racial como elemento secundário, destacando apenas a problemática econômica. A posição social do negro não se baseia apenas na possibilidade de aquisição ou consumo de bens. Ainda há uma grande dificuldade da sociedade brasileira em assumir a questão racial como um problema que necessita ser enfrentado. Enquanto esse processo de enfrentamento não ocorrer, as desigualdades sociais baseadas na discriminação racial continuarão, e, com tendência ao acirramento, ainda mais quando se trata de igualdade de oportunidades em todos os aspectos da sociedade. (SILVA, 2005)

Pesquisas recentes constataram que as mulheres negras estão no grupo social que representam o menor nível de ensino, e a maior jornada de trabalho, porém, ter a maior jornada de trabalho não significa de modo algum neste caso que elas têm o maior rendimento, ao contrário do que seria o lógico, as mulheres negras enfrentam o menor rendimento, ou seja, os menores salários.

Além das dificuldades sofridas pelas mulheres no mercado de trabalho, já devidamente citadas, as mulheres negras enfrentam dificuldades ainda maiores em seu dia a dia, sendo notório o preconceito existente, mesmo que velado pela sociedade.

O preconceito se inicia desde quando decidem concorrer a uma vaga de emprego, quando são olhadas de uma maneira diferente até mesmo ao distribuir seu

currículo nas empresas e ouvem que não estão contratando, e em outros momentos em que é possível notar o racismo. Infelizmente para muitos, essa situação ainda é vista como vitimismo, mas essa é uma triste realidade que assola não só as mulheres, mas toda a classe negra. Para Pinto, essa falta de oportunidade a mulher negra, reflete em suas vidas até quando estiverem em idade mais avançada, pois existem muitas mulheres negras idosas que não possuem o benefício da aposentadoria devido a falta de oportunidade e discriminação ao longo de suas vidas.

Na desigualdade por gênero e raça, não há novidade sobre o fato das mulheres negras ganharem menos que os homens em todos os estados brasileiros e em todos os níveis de escolaridade. Elas saem do mercado mais tarde, se aposentam em menores proporções que os homens e há mais mulheres negras idosas que não recebem nem aposentadoria nem pensão. Isto reflete as condições em que estas mulheres estão no mercado brasileiro. (PINTO, 2006, p.4).

Segundo a secretária nacional de Combate ao Racismo da Central Única dos Trabalhadores-CUT, 70% dos postos de trabalho precarizados são ocupados por negros. Ainda tem desigualdade entre negros e brancos, onde os negros recebem menos que os brancos. E quando se fala de mulher negra, é pior, porque sofre dupla discriminação. (CUT, 2015)

As mulheres negras atuam mais no mercado de trabalho na área do mercado informal, pois possuem mais dificuldades de ocupar postos de trabalhos. Prevalecendo em maior número de atuação, na área dos serviços domésticos, saindo mais uma vez em desvantagem.

De acordo com pesquisa feita pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, entre os anos de 1996 e 2003, o aumento nas taxas de desemprego se deu de forma mais acentuada para negros e mulheres do que para a população masculina e branca. (IPEA, S/A, p. 17).

A verdade é que poucas mulheres com essa carga histórica conseguem vencer as barreiras da discriminação, do preconceito e da diferenciação de gêneros e se destacar profissionalmente onde desejam, e em alguns casos, quando conseguem tem que abrir mão de muitas coisas em sua vida pessoal, desistindo até mesmo do sonho de ser mãe.

O grande desafio é abrir e preparar o mercado de trabalho para as mulheres, e as mulheres negras, mas para isso é necessário que a sociedade seja ensinada a recebê-las e as tratar com o devido respeito e igualdade. Esse foi o tema da entrevista, feita pela revista Carta Capital (OLIVEIRA, 2018), a Cida Bento, na época coordenadora executiva do Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades (Ceert),

“Carta Capital: Por que a senhora resolveu se dedicar à questão da desigualdade racial no mercado de trabalho?”

Cida Bento: Eu era executiva da área de Recursos Humanos e resolvi sair para trabalhar com esse tema porque eu via muita discriminação nos processos

seletivos. Meu mestrado e doutorado foram focados em processos de recursos humanos. A tese de doutorado, defendida na USP, chamou-se Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresarias e no poder público.

CC: Segundo pesquisa do Instituto Ethos de 2016, pessoas negras só ocupam 6,3% dos cargos de gerente e 4,7% dos executivos. O quadro é ainda pior quando se olha para as mulheres negras e só se inverte quando se observam as vagas de início de carreira ou baixa exigência profissional, como aprendizes ou trainees. Muito tem sido falado sobre ações afirmativas ou de inclusão nas empresas, mas ainda não se atingiu o patamar adequado, tendo em vista que negros e pardos são mais da metade da população brasileira. O mundo empresarial ainda resiste em enxergar e enfrentar o racismo? O que já mudou nesse sentido?

CB: Como toda a sociedade brasileira, o mundo empresarial também tem dificuldade de avançar nesse tema. Em geral, há uma tendência a tentar identificar qual é o problema para localizar negros ou se comunicar com eles, mais do que perceber

que há também uma perspectiva branca que dificulta a inclusão e a permanência de negros nas empresas. De perceber que se tratam de relações raciais, e não de um problema do negro no Brasil. O branco também está implicado nisso.

CC: Como assim?

CB: Em qualquer processo de recursos humanos, de seleção em geral, recrutamento, promoção, mentoria, é preciso buscar entender não só o que pode ser algum desafio envolvendo os negros, mas também um desafio envolvendo os brancos para lidar com essa questão da maior presença negra qualificada dentro das instituições.

Não é só eu ter dificuldade nos processos de recrutamento para encontrar negros, mas é perceber que os processos precisam ser olhados para serem mais inclusivos e que as formas de comunicação e os ambientes do interior da instituição têm de se abrir para ser mais diversos. É pensar negros em cargos de liderança, de vanguarda, entender que eles têm de ter oportunidades de serem treinados e de encareiramento mesmo. Enfim, isso tudo exige reconhecer que as empresas, assim como as grandes

instituições brasileiras, não percebem o negro nesse lugar.

CC: É possível apontar a raiz desse problema?

CB: O racismo e o esforço na manutenção de privilégios. Eu sou uma das grandes estudiosas de branquitude no Brasil. Eu trato com o conceito de pactos narcísicos, a ideia do narcisismo, do fortalecer e escolher os iguais. Os recursos, as informações, os networkings são entre os iguais, que são os brancos.

CC: Você escreveu que profissionais que atuam no campo das políticas de diversidade em empresas destacam que a dimensão racial da diversidade é aquela que traz mais desafios para ser abordada e implementada. Quais os motivos dessa dificuldade maior?

CB: Em geral, as empresas têm mais um pacto de brancos entre brancos. Os programas de pró-equidade de gênero e raça conseguiram acelerar a inclusão das mulheres brancas, mas não das mulheres negras. Então, você tem mais um pacto entre brancos. As empresas têm dificuldade muitas vezes na relação com os próprios especialistas negros e com as organizações negras em geral. Às vezes, é mais fácil para

uma empresa se relacionar com uma organização branca que começa a trabalhar com o tema racial do que com organizações negras que existem no Brasil inteiro e trabalham com isso há muito tempo.

Eu tenho recebido seis, sete, oito pedidos por semana de consultorias brancas que nunca mexeram com esse tema e agora querem entender para começar a trabalhar. E, às vezes, elas têm muito mais sucesso do que outras organizações, negras, que estão espalhadas pelo Brasil.

CC: Os desafios parecem ser ainda maiores para as mulheres negras, que preenchem apenas 1,6% das posições na gerência e 0,4% no quadro executivo. Por outro lado, mulheres brancas avançaram nesse sentido. As oportunidades são diferentes para mulheres brancas e negras? De que forma?

CB: Eu tenho feito um censo de diversidade em bancos e o grande desafio que se encontra é ampliar a presença das mulheres negras no setor, assim como em outras empresas. Esse é o grande desafio, as mulheres brancas estão quatro, cinco vezes a mais do que as negras nesse processo de inserção dentro das empresas. Isso é o que eu tenho observado nos censos de

diversidade e nos processos de formação que tenho desenvolvido no interior das empresas. Eu trabalho com grandes empresas e a presença das mulheres negras é quase nenhuma.

CC: Como explicar esse quadro?

CB: Acho que as mulheres em geral sofrem uma exigência de aparência para ocupar posições dentro das empresas. E as mulheres negras têm uma exigência maior, com relação aos cabelos lisos e a um perfil meio de "Barbie", magra, comprida e com o cabelo bem liso e claro, se possível.

CC: Você escreveu que uma mulher jovem, negra e qualificada ouviu de uma consultora de RH que sua roupa e cabelo não eram os mais adequados ao ambiente corporativo. Esse tipo de relato ainda é comum?

CB: Acho que não se ouve mais esse tipo de relato. As pessoas vão aprimorando os seus processos de exclusão. Elas não vão falar que é por isso. Nesse caso, o currículo dela estava sendo analisado por uma consultora de RH que era sua amiga. Isso em geral não é verbalizado. Agora, você também tem que ver que isso também tem mudado. Muitas empresas hoje falam que querem ampliar a

equidade racial. Cresce o número de empresas que querem fugir dessa reputação de serem empresas brancas apenas. Isso é um indicativo de que a gente pode ter mudanças. As mudanças estão chegando, mas é necessário que a empresa tenha uma vontade política de mudar essa situação e invista mesmo nesses processos.

CC: Na sua opinião, como as empresas e o mercado de trabalho podem atuar para reduzir essa desigualdade?

CB: O censo é fundamental. Ele ajuda a identificar as diferenças de cargos, de salários, de inserção, promoções. E ajuda a identificar onde é que estão os problemas e ajuda a desenhar um plano de ação que envolve levar essa discussão para o interior das empresas e para as altas lideranças, para as áreas jurídicas e outras. É preciso uma decisão política da empresa. E isso é algo bem delicado e importante.

CC: Há bons exemplos?

CB: Algumas empresas que são líderes em seus ramos têm avançado bastante, procurando trazer mulheres negras para cargos de direção, procurando entender porque mulheres negras que estão lá há bastante tempo, e com escolaridade e experiência, não têm sido promovidas, procurando

desenhar produtos para mulheres negras, procurando fazer um marketing que considere as famílias negras, contratar prestadores de serviço dentre as organizações de mulheres negras. Há algumas empresas fazendo esforços nessas direções.“

A executiva na área de Recursos Humanos, Cida Bento, resolveu confrontar a discriminação racial e as desigualdades sofridas pelas mulheres negras, após perceber a quantidade de casos, de discriminação em processos seletivos para vagas de trabalho em empresas.

Além de Cida, outras mulheres negras e empoderadas que conseguiram ter prestígio e reconhecimento na sociedade pelo trabalho que prestam. Uma delas é Alexandra Loras, francesa, executiva, e ex-consulesa da França, autora de diversos livros tem como objetivo a equiparação da diversidade étnico-racial. Atua como palestrante em empresas nacionais e internacionais, e já alcançou mais de 20 mil pessoas em todo o mundo com seu discurso, também tem grande destaque por ser atualmente a única mulher negra CEO (diretora executiva) de uma multinacional no país, comandando no Brasil uma marca global de tv africana chamada Trace Tv, onde também aborda temas polêmicos e que são velados pela sociedade como a discriminação e o racismo.

Alexandra acredita que o Brasil é país mais racista do mundo,

Viajei por 50 países e vivi em oito deles. O Brasil é o segundo com a maior população de negros, depois da Nigéria. Quando cheguei aqui e

liguei a tevê, não vi negros nos desenhos animados, nas novelas, nos telejornais. Nem 54% em cargos públicos. Somente 4%. O que me fez concluir que se tratava do país mais racista do mundo. (apud Alexandra Loras)

Ela ainda provoca nas pessoas um novo pensamento, para que se enxerguem do outro lado da situação,

Como seria e como se sentiriam se os livros didáticos só apresentassem personalidades negras? Se na televisão todos os protagonistas fossem negros? Se na novela a mulher branca fosse representada como a faxineira ou com uma imagem hipersexualizada de uma mulher que sempre aparece para acabar com a vida de um casal feliz e saudável? Se o branco fosse sempre o traficante? Seria cruel, não seria? (apud Alexandra Loras)

A consulesa, afirma que mesmo estando em um nível social elevado, ainda sofre preconceito, como por exemplo, ao levar seu filho de pele clara e cabelos loiros em clubes, já foi confundida diversas vezes com a baba da criança, apenas pelo fato de ser negra, ou por exemplo, em cerimônias em que convidados a ignoravam por não imaginarem que ela seria a mulher de um cônsul.

Loras, ainda é a idealizadora de uma plataforma chamada Protagonizo, que conta com a ajuda de empresas multinacionais que apoiaram a ideia. Criado com a função de dar oportunidade e aproximar o público negro ao mercado de trabalho. A plataforma que já beneficiou 461

pessoas negras, dando oportunidades de emprego, atualmente se encontrasse pausado, por falta de investimentos.

Um caso de racismo contra uma mulher negra no ambiente laboral, repercutiu nas redes sociais. A advogada Valéria Santos, durante uma audiência no 3º Juizado Especial Cível de Duque de Caxias, na baixada fluminense, foi algemada e levada para delegacia, após entrar em desacordo com a juíza sobre acesso ao processo de sua cliente.

No momento dos fatos, diversos vídeos foram feitos. Vídeos estes que mostram a discussão entre a advogada e a juíza, momento que Valéria diz ser mulher, negra e advogada, e que tem o direito de trabalhar, também o momento em que Valéria pede a presença da OAB para julgar a questão e se nega a sair da sala até a chegada de um representante da Ordem dos Advogados, momento este em que a juíza manda prender a advogada. Em outro vídeo, a advogada aparece no chão, algemada e cercada pelos agentes, sem qualquer defesa, totalmente vulnerável.

Valéria foi levada, para a delegacia, onde só foi liberada após a chegada do representante da Ordem dos Advogados. Luciano Bandeira, presidente da Comissão Estadual de Defesa de Prerrogativas da OAB Rio de Janeiro, defende a postura da advogada, alegando que não houve nenhum erro em sua conduta e que sua prisão foi inadmissível.

O que se questiona, é se o fato de Valéria ser negra influenciou. Se ela fosse branca, ou um homem branco, o tratamento seria o mesmo? A resposta é que esse questionamento não deveria existir, a igualdade e o respeito entre os gêneros e raças no ambiente profissional e social deveriam ser para todos sem distinção. É aterrorizante testemunhar o descaso que sofrem os negros e as mulheres.



## 4. DA PROTEÇÃO A MULHER

As mulheres conquistaram diversos direitos após muita luta, e direitos adquiridos, em razão da efetivação do Princípio Constitucional da Igualdade, e a partir do Princípio Constitucional da Não Discriminação, que oferece e assegura total efetivação do direito do trabalho em relação ao trabalho da mulher.

É dever do Estado promover a mulher o acesso a liberdade, igualdade de oportunidades, segurança, igual tratamento de gênero dentro de seu local de trabalho sem que seja privilegiada ou prejudicada, para que ela consiga exercer suas vontades, direitos e obrigações, sem que sofra qualquer preconceito em razão de seu gênero, cor ou qualquer outro tipo de discriminação.

### 4.1 Princípio constitucional da igualdade

Considerado um dos mais importantes princípios previstos no ordenamento jurídico brasileiro, é previsto na Constituição Federal, como uma cláusula pétreia.

Para Aristóteles, “Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”, já a Constituição prevê tratamento igual pela lei a todos indivíduos. Dispõe o artigo 5º inciso I, da CF, que todos são iguais perante a lei, e não deve haver distinção entre homens e mulheres nos termos da Constituição:

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; [...]

Já o artigo 5º da CLT, fala em seu texto “A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”.

No mercado de trabalho, ocorre violação do princípio da igualdade, visto que mesmo com as leis, ainda existem discrepâncias como por exemplo, na distribuição dos salários para trabalhos de igual valor.

A igualdade pode ser formal, ou material. Compreende-se como igualdade formal, o tratamento sem diferenciações, independentemente da situação. E a igualdade material, como a compreensão do agente e suas individualidades, respeitando suas características.

### 4.2 Princípio constitucional da não discriminação

O Princípio da Não Discriminação tem como principal objetivo, proibir todo e qualquer tipo de discriminação injustificada, que possam existir nas relações de trabalho.

Discriminação é a conduta pela qual se nega a alguém tratamento compatível com a situação concreta vivenciada, de acordo com o padrão jurídico assentado, onde o princípio da não discriminação, nega validade a essa conduta discriminatória. (DELGADO, 2001, p. 122)

Esse princípio exclui qualquer diferenciação que trate o trabalhador de maneira inferior ou desigual ao coletivo, sem motivo algum ou apoio legal.

Um exemplo do emprego deste princípio dentro do Direito do Trabalho é o impedimento de tratamento diferente entre o empregado e uma empregada, contratados com mesma função e exercendo o mesmo

trabalho com igual valor, pelo fato da empregada ser mulher. O ordenamento jurídico não admite essa maneira de diferenciação atuar nas relações de trabalho, apoiando o respeito e a equiparação dentro do ambiente de trabalho.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É necessário o rompimento dos padrões impostos por parte da sociedade, para perceber a necessidade da busca pela ascensão e equiparação de oportunidades dentro do mercado de trabalho, entre homens e mulheres.

Somente a igualdade jurídica, que é prevista nas leis, não é o suficiente para mudar o entendimento discriminatório adotado pela sociedade. É preciso que haja uma conscientização da importância da inclusão de todos na sociedade, independentemente de serem eles homens e mulheres, negros ou brancos, sem distinção de gênero, raça, nacionalidade, cor, sexo, etnia, orientação sexual ou religião e compreendam que todos somos diferentes, e é isso que nos tornam únicos, cada um a sua maneira, é imprescindível que o ser humano aprenda a respeitar e a conviver com as diferenças do outro.

Com uma carga histórica repleta de discriminação e desigualdade, a mulher sofre com esses fatores que marcaram sua trajetória e tem reflexos ainda hoje em sua vida profissional e pessoal.

O intuito do presente trabalho foi analisar a discriminação sofrida pelas mulheres no ambiente de trabalho, sobretudo a mulher negra.

A discriminação no mercado de trabalho ocorre tanto por parte dos empregadores como por parte dos colegas de trabalho. Os empregadores, muitas das vezes, desvalorizam o trabalho da mulher por duvidarem de sua capacidade para realizarem algum tipo de função, dando preferência aos homens, o que faz até mesmo algumas mulheres acabarem aceitando o papel de inferiorização

que lhes é condicionado. Já a discriminação por parte dos colegas de trabalho, ocorre com grande frequência, como a recusa de algum funcionário em trabalhar com uma mulher, por ser ela mulher, ou ainda, mulher e negra.

Esses estereótipos negativos referidos as mulheres, como, sexo frágil, só alimenta a ideia de incapacitação e de fragilidade imposta às mulheres desde os tempos remotos, afugentando possíveis empregos, clientes ou investidores, devido preconceito imposto a elas.

As mulheres se deparam com uma maior dificuldade de encontrar empregos e mais ainda de se manterem neles. Além do trabalho no ambiente laboral, a mulher ainda conta com o trabalho doméstico, as chamadas duplas jornadas, o que acaba deixando prejuízos ou no ambiente profissional ou no ambiente pessoal.

A parcela mais pobre da sociedade, no Brasil, é formada por mulheres negras, e no ambiente de trabalho, elas possuem o menor salário, abaixo das mulheres brancas, possuem as piores condições de trabalho e ainda estão na frente liderando as porcentagens do desemprego e recebendo os menores salários. Elas ainda ocupam os cargos inferiores e mais desvalorizados, pois não possuem alta qualificação profissional e, além disso, por falta de instrução e ensino.

Além da discriminação por gênero sofrido pelas mulheres, as mulheres negras ainda carregam o peso do racismo, que se faz presente e constante em seu dia a dia.

Nossos representantes devem providenciar a elaboração de políticas destinadas a criar novas oportunidades de trabalho e combater a discriminação, entre os gêneros e raças.

Um longo caminho cultural, social e político, deverá ser percorrido para que finalmente a equiparação

entre homem, mulher e negros seja notória, e reconhecida por todos.

## REFERÊNCIAS

NYE, Andréa. **Teoria feminista e as filosofias do homem**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1995.

CISNE, Mirla. **Gênero, Divisão Sexual do Trabalho e Serviço Social**. 2.ed. São Paulo: outras expressões, 2015.

NOGUEIRA, Claudia Mazzei. **As relações sociais de gênero no trabalho e na reprodução**. AURORA, São Paulo, n. 6, p. 59-62, ago. 2010. Disponível em: <<http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Aurora/6%20NOGUEIRA,%20Claudia%20Mazzei.pdf>> . Acesso em: 25 out. 2018.

FERRAZ, Eduardo. **As diferenças entre homens e mulheres no mercado de trabalho**. 2017. Disponível em <<https://www.catho.com.br/carreira-sucesso/colunistas/eduardo-ferraz/as-diferencas-entre-homens-e-mulheres-no-mercado-de-trabalho/>>. Acesso em: 26 out. 2018.

URIARTE, Oscar Ermida. Protección, igualdad, libertad y no discriminación. In: **Revista de Derecho Laboral**. Montevideo: n. 241, ene./marc.2011, p. 14. Disponível em: <<file:///C:/Documents%20and%20Settings/Pc/Meus%20documentos/Downloads/13139-52320-1-PB.pdf>> Acesso em: 29 out. 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho e as diversas formas de discriminação. **Revista de Direito Trabalhista**, Brasília, v. 8, n. 6, jun. 2002, p. 11.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, **OIT**: As mulheres ainda são menos propensas que os homens a participar do mercado de trabalho em grande parte do mundo, 2018. Disponível em <[https://www.ilo.org/global/about-theilo/newsroom/news/WCMS\\_619550?lang=es](https://www.ilo.org/global/about-theilo/newsroom/news/WCMS_619550?lang=es)> Acesso em: 29 de outubro de 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001. (2015, p.863).

GOSDAL, Thereza Cristina. **Discriminação da Mulher no Emprego**. Curitiba: Genesis, (2003, p. 94/95).

LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de. (Org.). **Tendências e impasses: o feminismo como crítica da Cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, (1994, p. 211).

SANTOS, M. S dos. QUEIROZ, J. M de. LUZ, R. A da. OLIVEIRA, S. B. Desigualdades de gênero: a mulher negra no mercado de trabalho, In: **VIII jornada internacional de políticas públicas**. 2017. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2017/pdfs/eixo6/desigualdadesdegeneroamulhernegranomercadodetrabalho.pdf>> . Acesso em: 01 de novembro de 2018.

JUSBRASIL. TRT-10-RO:949200802110001DF00949-2008-021-10-00-1, Relator: Desembargadora Maria Piedade Bueno Teixeira, Data de Julgamento: 12/05/2009, 2ª Turma, Data de Publicação: 29/05/2009. Disponível em: <http://trt10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8775524/recurso-ordinario-ro-949200802110001df-00949-2008-021-10-00-1>. Acesso em 30 abr. 2017.

WERNER, Luciana, participação de BRACKS Juliana. **“Projeto Colabora: Discriminação contra a mulher no trabalho persiste”** 2017 Disponível em: <<https://projetocolabora.com.br/inclusao-social/discriminacao-contra-a-mulher-persiste/>>, Acesso em : 01 de novembro de 2018.

ALMEIDA Cássia, CAVALCANTI, Glauce e BATISTA, Henrique Gomes. **“O Globo: Assedio no trabalho dificulta ascensão de mulheres nas empresas”**. 2018 Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/assedio-no-trabalho-dificulta-ascensao-de-mulheres-nas-empresas-22285265#ixzz5W9R5bE00>>, Acessado em 01 de novembro de 2018.

SILVA, Maria Nilza da. **A Mulher Negra**. 2005 Disponível em: <[www.espacoacademico.com.br](http://www.espacoacademico.com.br)> Acesso em: 01 novembro de 2018.

PINTO, Giselle. Situação das mulheres negras no mercado de trabalho: uma análise dos indicadores sociais. Trabalho apresentado no **XIV Encontro Nacional de Estudos Populacionais**, ABEP, realizado em Caxambú (MG), de 18- 22 de Setembro de 2006. Disponível em: . Acesso em: 01 de novembro de 2018.

.CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO CUT. **“Confracut: Mulheres negras enfrentam discriminação, racismo ainda persiste no trabalho**, 2015. Disponível em: <<http://www.confracut.org.br/noticias/mulheres-negras-enfrentam-discriminacao-racismo-ainda-persiste-no-trabalho-d6bf>> . Acessado em: 01 de novembro de 2018”.

IPEA; SEPIR. **Situação social da população negra por estado**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, 2014.

OLIVEIRA, Tory. **“Carta Capital: O grande desafio é ampliar a presença de mulheres negras nas empresas”**, 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-grande-desafio-e-ampliar-a-presenca-de-mulheres-negras-nas-empresas>> . Acessado em: 02 de novembro de 2018.

MAGGIO, Sergio. **“Metrópoles: Quem é Alexandra Loras? A francesa que faz o Brasil repensar o racismo”** 2017. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/colunas-blogs/tipo-assim/quem-e-alexandra-loras-a-francesa-que-faz-o-brasil-repensar-o-racismo>> Acessado em: 02 nov. 2018

# **O SAQUE DO FGTS APÓS A REFORMA TRABALHISTA E A POSSIBILIDADE DE ACORDO ENTRE TRABALHADOR E EMPREGADOR**

## **THE CASH OUT OF THE FGTS AFTER LABOR REFORM AND THE POSSIBILITY OF AN AGREEMENT BETWEEN WORKER AND EMPLOYER**

Gabriele Azevedo Medeiros<sup>3</sup>

### **RESUMO**

É indiscutível a importância dos direitos trabalhistas conquistados ao longo dos anos, tendo em vista que eles são garantidores dos respaldos legais mínimos para a vida digna de qualquer ser humano. Dentre esses cuidados que o legislador buscou delinear ao definir regras para o exercício da atividade laboral, temos o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, que se trata de determinado valor, baseado no que o trabalhador recebe mensalmente pela atividade prestada ao empregador, sendo responsabilidade deste último depositá-lo em conta determinada para este fim. Decerto que, com as mais diversas alterações legislativas necessárias à adequação com a evolução social, o FGTS também precisou ser modificado para que fosse possível o acesso a este valor em situações específicas, que antes abrangia menores possibilidades. Além da ampliação das alternativas para a autorização de

---

<sup>3</sup> Acadêmica do 10º período do curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

saque do montante em casos inesperados para o trabalhador trazida por recentes legislações, a reforma trabalhista também apresentou a possibilidade de celebração de acordo entre empregado e empregador como forma de garantir a proteção ao trabalhador. Neste sentido, faz-se de extrema importância a abordagem deste assunto com o intuito de apresentar as novas oportunidades de garantia de direitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Reforma Trabalhista. Trabalhador.

### **INTRODUÇÃO**

Este trabalho objetiva analisar as mudanças ocorridas na legislação trabalhista, no que tange ao saque e levantamento do FGTS, tendo em vista a possibilidade de realização de acordo entre empregado e empregador com o advento da denominada “Reforma Trabalhista”.

Justifica-se a escolha deste tema por ser um assunto muito recente, que necessita de ser explorado e avaliado, por tratar de um direito social fundamental tão importante para a concretização da dignidade da pessoa humana, que é o trabalho.

Ademais, a luta pela conquista e concretização dos direitos trabalhistas não é remota, sendo necessário haver certa cautela para não haver retrocessos.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS representa uma importante ferramenta de segurança financeira para o trabalhador, seja em situação de desemprego após dispensa sem justa causa, seja na aposentadoria ou mesmo para a realização de projetos.

O FGTS representa, senão, um direito e uma proteção especial ao trabalhador, possuindo importância, inclusive, para a economia nacional.

Desta forma, pretende-se analisar como e em que a Reforma Trabalhista irá impactar no levantamento do FGTS, buscando averiguar se esta fora favorável ou não, em relação ao tema.

Até porque, em que pese a ampliação das garantias dos direitos dos trabalhadores pela Constituição de 1988, o capitalismo continua exercendo pressão no sentido da desregulamentação trabalhista, o que gera certa apreensão, o que ocorreu, igualmente, com a Reforma Trabalhista.

Este trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, mas sim verificar, de forma ampla, na visão da doutrina e da jurisprudência, a possibilidade de acordo entre empregado e empregador e seus impactos no saque do FGTS, diante da reforma legislativa ocorrida recentemente.

Ademais, a principal característica e fundamento do Direito do Trabalho é justamente promover a proteção do trabalhador, assim, torna-se importante averiguar os impactos da reforma.

Cuida-se de uma pesquisa descritiva e bibliográfica, haja vista que fará apontamentos de acordo com a doutrina, jurisprudência e artigos disponíveis sobre o tema.

## **2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS BASILARES DO DIREITO DO TRABALHO**

Neste tópico, analisam-se os princípios trabalhistas que mais comumente são mencionados pela doutrina, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proteção, o princípio da primazia da realidade, o princípio da irrenunciabilidade, o princípio da continuidade, dentre outros.

### **2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

Dentre os princípios previstos na Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que são relevantes para o Direito do Trabalho os princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, da inviolabilidade, da intimidade e da privacidade, da liberdade (profissional, de reunião, de crença, de associação), da função social da propriedade e o princípio da busca do pleno emprego.

Contudo, dá-se destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é o princípio maior da Constituição da República.

Delimitar os contornos do conceito de dignidade da pessoa humana não é tarefa fácil, considerando que envolve valores intrínsecos de cada ser humano.

Compreende-se que o princípio da dignidade significa que o ser humano é um fim em si mesmo, não podendo ser utilizado como instrumento para atingir determinado fim. Proíbe-se, desta forma, a “coisificação” do homem, e, no caso do Direito do Trabalho, a “coisificação” do trabalhador. (RESENDE, 2015)

Amauri Mascavo do Nascimento ensina que:

*O princípio dos princípios do ordenamento jurídico brasileiro é a proteção da dignidade do ser humano (CF, art. 1º, III). Reordena e amplia a tutela econômica para transformá-la em tutela também moral do trabalhador. A Constituição Federal do Brasil (art. 1º, III) declara que nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento, entre outros valores, a dignidade da pessoa humana. A*

dignidade é um valor subjacente a numerosas regras de direito. A proibição de toda ofensa à dignidade da pessoa é questão de respeito ao ser humano, o que leva o direito positivo a protegê-la, a garanti-la e a vedar atos que podem de algum modo levar à sua violação, inclusive na esfera dos direitos sociais. (NASCIMENTO, 2011, p. 462)

A Constituição do Brasil estabelece no art.1º que “a República tem como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político”, impondo-se, deste modo, como medida de valorização da pessoa humana que trabalha, a regulamentação do preceito constitucional de 1988.

A propósito:

É interessante observar que o reconhecimento do princípio da dignidade humana foi o marco divisor da constitucionalização do direito e do reconhecimento da força normativa dos princípios. Esse movimento teve como estopim as barbaridades cometidas pelo nazifascismo, por ocasião da Segunda Guerra Mundial, sendo que a então prestigiada Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, bem como o positivismo jurídico, não conseguiram oferecer resposta jurídica à altura, tendo em vista que os movimentos liderados por

Hitler e seus seguidores não constituíam crime perante o direito positivo alemão. Dessa forma, surgiu a necessidade de agregar valores ao ordenamento jurídico, o que se obteve através da constitucionalização e da formação da moderna teoria da força normativa da Constituição. (RESENDE, 2015, p. 86)

Contudo, não há no ordenamento jurídico brasileiro a indicação dos meios que levem à sua efetivação e nem sempre este é aplicado efetivamente, o que pode causar insegurança jurídica. A legislação infraconstitucional deveria evidenciar o campo de atuação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como princípio fundamental, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser considerado como princípio supremo de todos os demais princípios e regras jurídicas.

Nas relações de trabalho, verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana (trabalhador) é algo inerente e sua observação é imprescindível, até porque, “a vida depende do trabalho. O trabalhador depende do trabalho para sobreviver e ter uma existência digna. Dessa forma, sem o trabalho não há dignidade”. (NICOLAU, 2012, *online*)

Kant estabelecia que a dignidade da pessoa humana é como parte da autonomia ética e da natureza racional do ser humano. Para o filósofo, o homem existe como um fim em si mesmo e, desta forma, não pode ser tratado como objeto.

Neste diapasão, é vedado ao empregador exigir do candidato a emprego ou dos empregados que forneçam informações relativas à sua vida privada, à saúde, com

exceção das particulares exigências necessárias à natureza da atividade profissional que justifiquem ou são importantes para a avaliação da aptidão para o trabalhador. Da mesma forma, ferem a dignidade do trabalhador a prática de atos discriminatórios e assédio moral. (NASCIMENTO, 2011)

O princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se como fundamento para todas as formas de relações jurídicas, inclusive, para as relações que se desenvolvem no âmbito laboral, seja impondo limites, seja vedando a discriminação em razão de sexo, raça, religião ou característica física.

## 2.2 Princípio da proteção

O princípio da proteção consiste na utilização da norma e da condição mais favoráveis ao trabalhador, como meio de tentar compensar juridicamente a condição de hipossuficiente do empregado. (RESENDE, 2015)

Pode-se dizer, outrossim, que o princípio da proteção consiste na aplicação do princípio da igualdade, no aspecto consubstancial, para tratar de forma igual os iguais, e de forma desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades. (RESENDE, 2015)

A principal finalidade do Direito do Trabalho é reequilibrar a relação jurídica empregado/empregador, por meio da imposição de mecanismos de proteção à parte mais fraca da relação jurídica, que é o empregado.

Na lição de Maurício Godinho:

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação

empregatória - o obreiro -, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se e desenvolver-se e atuar como direito. (DELGADO, 2015, p. 201)

Do próprio conceito do princípio tutelar mencionado, pode-se ainda extrair outros três subprincípios que o integram: o subprincípio do *in dubio pro operário*, o subprincípio da norma mais favorável e o subprincípio da condição mais benéfica.

### 2.2.1 Subprincípio do *in dubio pro operario*

O subprincípio do *in dubio pro operário* (também denominado princípio do *in dubio pro misero*), determina que, se uma norma permite duas ou mais interpretações, o interprete deverá adotar aquela que mais se mostre favorável ao trabalhador.

No ensinamento de Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

De acordo com o *in dubio pro operario*, na interpretação de uma disposição jurídica que pode ser entendida de diversos modos, ou seja, havendo dúvida sobre o seu efetivo alcance, deve-se interpretá-la em favor do empregado. (GARCIA, 2015, p. 54)



Desta forma, por se tratar de princípio inerente ao Direito (material) do Trabalho, entende-se que o *in dubio pro operario* não apresenta caráter processual, em razão do Direito Processual do Trabalho estabelecer disposições próprias, como a avaliação da qualidade das provas produzidas e a aplicação das regras do ônus probatório.

### 2.2.2 Subprincípio da norma mais favorável

Este subprincípio estabelece que no Direito do Trabalho não prevalece, necessariamente, o critério hierárquico de aplicação das normas. Existindo duas ou mais normas aplicáveis ao caso concreto, deve-se aplicar a que for mais favorável, independentemente se ocupa lugar inferior na escala hierárquica.

Sérgio Pinto Martins ainda assevera que:

A aplicação da norma mais favorável pode ser dividida de três maneiras: (a) a elaboração da norma mais favorável, em que as novas leis devem dispor de maneira mais benéfica ao trabalhador. Com isso se quer dizer que as novas leis devem tratar de criar regras visando à melhoria da condição social do trabalhador; (b) a hierarquia das normas jurídicas: havendo várias normas a serem aplicadas numa escala hierárquica, deve-se observar a que for mais favorável ao trabalhador. Assim, se o adicional de horas extras previsto em norma coletiva for superior ao previsto na lei ou na Constituição, deve-se aplicar o adicional da

primeira. A exceção à regra diz respeito a normas de caráter proibitivo; (c) a interpretação da norma mais favorável: da mesma forma, havendo várias normas a observar, deve-se aplicar a regra mais benéfica ao trabalhador. O art. 620 da CLT prescreve que "as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo". (MARTINS, 2010, p. 90)

A doutrina ainda aponta alguns critérios a serem aplicados para diagnosticar qual a norma mais favorável:

*Teoria da acumulação:* as diversas disposições contidas nos instrumentos normativos devem ser comparadas individualmente, escolhendo aquelas mais favoráveis, aproveitando-se certas disposições (muitas vezes isoladas) de diversas normas, o que cria uma verdadeira "colcha de retalhos". A crítica que se pode fazer a esta teoria é que, sem levar em conta o todo sistemático, cria-se um terceiro instrumento normativo.

*Teoria do conglobamento:* os instrumentos normativos devem ser comparados em seu todo, optando por aquele que, no conjunto, é mais benéfico ao empregado. O problema desta teoria é a extrema

dificuldade de se avaliar cada instrumento normativo na sua totalidade, quando tratam de temas os mais diversos.

Terceira intermediária (*conglobamento mitigado*): a norma mais favorável deve ser buscada por meio da comparação das diversas regras sobre cada instituto ou matéria. (GARCIA, 2015, p. 55)

Contudo, é importante ressaltar que, havendo duas normas aplicáveis, sendo “uma autônoma (norma coletiva) e outra heterônoma (lei), haverá que se utilizar o critério da acumulação, pois as leis trabalhistas, como visto, são imperativas, não admitindo observância parcial ou derrogações. Desse modo, aplicar-se-á a lei, como patamar civilizatório mínimo, e as cláusulas mais benéficas da norma coletiva”. (RESENDE, 2015, p. 94)

### 2.2.3 Subprincípio da condição mais benéfica

Através do princípio da condição mais benéfica, assegura-se ao empregado a manutenção, durante o contrato de trabalho, “de direitos mais vantajosos, de forma que as vantagens adquiridas não podem ser retiradas nem modificadas para pior”. (GARCIA, 2015, p.55)

De certa forma, incorre-se na aplicação do princípio do direito adquirido, previsto constitucionalmente no art.5º, XXXVI, CF/88, no âmbito da relação de emprego, estando incorporado à legislação trabalhista por meio do art. 460 da CLT e das Súmulas 51 e 288 do TST:

TST, Súmula 51, I. As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

TST, Súmula 288. A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito.

Conforme Alice Monteiro de Barros, este princípio tutela “situações pessoais mais vantajosas que se incorporaram ao patrimônio do empregado, por força do próprio contrato, de forma expressa ou tácita, consistente esta última em fornecimentos habituais de vantagens que não poderão ser retiradas, sob pena de violação ao art. 468 da CLT”. (BARROS *apud* RESENDE, 2015, p.95)

### 2.3 Princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas

O princípio da irrenunciabilidade, também denominado princípio da indisponibilidade de direitos, princípio da inderrogabilidade ou princípio da imperatividade das normas trabalhistas, informa que, em regra, os direitos trabalhistas são irrenunciáveis, indisponíveis e inderrogáveis. Na conceituação da doutrina:

[...] Dado o caráter de imperatividade das normas trabalhistas, estas são, em regra, de ordem pública (também chamadas cogentes), pelo que os direitos por elas assegurados não se incluem no âmbito da livre disposição pelo empregado. Em outras palavras, é a mitigação do princípio civilista de cunho liberal consistente na autonomia da vontade. (RESENDE, 2015, p.103)

Temos como regra que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis pelo trabalhador. Não se admite, por exemplo, que o trabalhador renuncie a suas férias. Se tal fato ocorrer, não terá qualquer validade o ato do operário, podendo o obreiro reclamá-las na Justiça do Trabalho. (MARTINS, 2010, p.93)

Diferentemente do Direito Comum, no qual os direitos patrimoniais são normalmente negociáveis pelo seu titular, no Direito do Trabalho a regra é a irrenunciabilidade.

Este princípio é relevante para proteger o empregado que, muitas vezes, é coagido pelo empregador mediante vários artifícios, sempre com intuito da renúncia dos direitos e, conseqüentemente, reduzir os custos da atividade empresarial. “Dessa forma, ao passo que o ordenamento não permite ao empregado dispor destes direitos, acaba por protegê-lo da supremacia do

empregador na relação que se estabelece entre ambos”. (RESENDE, 2015, p.103)

A propósito:

O princípio da irrenunciabilidade dos direitos pelo trabalhador tem a função de fortalecer a manutenção dos seus direitos com a substituição da vontade do trabalhador, exposta às fragilidades da sua posição perante o empregador, pela da lei, impeditiva e invalidante da sua alienação. (NASCIMENTO, 2011, p.456)

Verifica-se no art. 9º da CLT, que o princípio da irrenunciabilidade também se encontra positivado implicitamente no ordenamento jurídico trabalhista:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Exemplos práticos desta irrenunciabilidade de direitos trabalhistas são o aviso prévio, as regras relativas à jornada e aos descansos trabalhistas, como também, aquelas que permitem à segurança e a saúde do trabalhador. Em relação ao caso específico do aviso prévio, destaca-se a Súmula nº 276 do TST:

Súmula nº 276. O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o

empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.

Somente em algumas raras hipóteses é admitida a renúncia, como o art. 14, §§ 2º e 4º, da Lei nº 8.036/1990, que prevê a opção retroativa pelo regime do FGTS e a renúncia à estabilidade decenal. Fora isto, o que se tem é a transação, que somente é admitida quanto aos direitos de ordem privada e se não resultar em prejuízos ao trabalhador. “É possível, também, ao trabalhador transigir, fazendo concessões recíprocas, o que importa um ato bilateral”.(MARTINS, 2010, p.92)

#### **2.4 Princípio da continuidade da relação de emprego**

O princípio da continuidade da relação de emprego informa que é “de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais”. Tão somente com esta permanência e integração que seria possível à ordem justralhista cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico de assegurar melhores condições de gerenciamento da força de trabalho. (DELGADO, 2015, p.211)

O objetivo deste princípio está na preservação do contrato de trabalho, fazendo com que se presume ser por tempo indeterminado e se permita, somente como exceção, a contratação por prazo determinado.

Gustavo Garcia (2015) ensina que este princípio inspira diversas disposições contidas no sistema jurídico brasileiro, objetivando a manutenção do contrato de trabalho, a saber:

Art. 7.º, inciso I, da Constituição Federal de 1988: prevê a proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, embora remeta a questão à lei complementar, ainda não existente de forma completa. Mesmo assim, o art. 10, inciso II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa nas hipóteses ali previstas (membro da CIPA e empregada gestante). A Lei Complementar 146/2014 dispõe que o direito previsto no art. 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, deve ser assegurado, nos casos em que ocorrer o falecimento da genitora, a quem detiver a guarda do seu filho; A previsão na Constituição, na lei e em outras fontes formais do Direito do Trabalho, de certas estabilidades e garantias no emprego, normalmente transitórias (garantindo a permanência no emprego, por certo tempo, de trabalhadores em situações especiais), também é uma forma de concretizar o princípio da continuidade do contrato de trabalho. O mesmo se pode dizer quanto à vedação de dispensa por ato discriminatório (Lei 9.029/1995);

Imposição ao empregador do dever de indenizar o empregado quando da sua dispensa sem justa causa (art. 10, inciso I, do ADCT e art. 18, § 1.º da Lei 8.036/1990);

Imposição ao empregador de conceder o aviso prévio (art. 7.º, inciso XXI, da CF/1988 e art. 487 da CLT): formas de não incentivo à ruptura contratual, revelando a preferência na sua manutenção;

Sucessão trabalhista: prevista nos arts. 10 e 448 da CLT, a qual permite a preservação da relação de emprego, mesmo havendo mudança na estrutura jurídica da empresa ou alteração na sua titularidade;

Ocorrendo a extinção do estabelecimento, o art. 469, § 2.º, da CLT, permite a transferência do empregado, o que também objetiva a continuidade do contrato de trabalho;

Hipóteses de suspensão e interrupção do contrato de trabalho: embora não havendo a prestação de serviços, o contrato de trabalho não é encerrado, buscando-se, assim, a sua manutenção;

Presume-se a continuidade do contrato de trabalho, cabendo ao empregador provar o seu término, bem como a dispensa do

empregado. (GARCIA, 2015, p. 57-58)

Ao conferir segurança ao empregado durante a vigência do contrato de trabalho, mas também sua integração à empresa, fica demonstrada a importância deste princípio, que também favorece a qualidade dos serviços prestados.

## **2.5 Princípio da primazia da realidade**

O princípio da primazia da realidade determina que no Direito do Trabalho os fatos são muito mais relevantes do que os documentos. São privilegiados os fatos e a realidade sobre a forma ou estrutura empregadas. (MARTINS, 2010)

Acerca do tema, destaca-se a lição de Maurício Godinho Delgado:

O princípio da primazia da realidade sobre a forma (chamado ainda de princípio do contrato realidade) amplia a noção civilista de que o operador jurídico, no exame das declarações volitivas, deve atentar mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal através de que transpareceu a vontade (art.85, CCB/1916; art.112, CCB/2002). (DELGADO, 2015, p.210-211)

No Direito laboral, deve-se verificar, preferencialmente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes.

Este princípio foi estabelecido no art.9º da CLT, que dispõe: “serão nulos de pleno direito atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Neste sentido, já decidiu acertadamente o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

EMENTA: CARGO DE CONFIANÇA - FIDÚCIA DIFERENCIADA - Para que se configure o exercício de função de confiança a justificar o enquadramento na exceção prevista no parágrafo 2.º do artigo 224 da CLT, não basta que se comprove o pagamento de gratificação de função superior a um terço do salário efetivo; há de se provar, também, a circunstância que realmente distinga o empregado, conferindo-lhe atividade estratégica na organização empresarial e a autonomia própria do cargo, condição não demonstrada pelo reclamado quanto ao autor, ao longo do período não prescrito. Diga-se que não impressiona a mera nomenclatura dos cargos exercidos. Isso porque, no Direito do Trabalho, prevalece a princípio da primazia da realidade e, incumbindo à demandada comprovar que, não obstante as referidas nomenclaturas, o

demandante exercia, de fato, funções que se encaixam na exceção do artigo 224, parágrafo 2.º, da CLT. (TRT da 3.ª Região; Processo: 0000462-09.2014.5.03.0017 RO; Data de Publicação: 16/10/2015; Órgão Julgador: Sétima Turma; Relator: Paulo Roberto de Castro; Revisor: Convocada Sabrina de Faria F. Leão)

EMENTA: SALÁRIO-HORA. DIVISOR. Sendo incontroverso que o autor, durante todo o período contratual, efetivamente cumpria jornada de seis horas, tem direito à aplicação do divisor 180 para o cálculo do salário-hora. Vigora no Direito do Trabalho o princípio da primazia da realidade e sobre a forma. (TRT da 3.ª Região; Processo: 0000685-56.2014.5.03.0018 RO; Data de Publicação: 09/10/2015; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Convocada Martha Alfred F. de Mendonca Schmidt; Revisor: Jose Eduardo Resende Chaves Jr.)

Na prática, este princípio é amplamente aplicado diante das inúmeras tentativas de ocultar a realidade, notadamente em relação à existência do vínculo empregatício. É comum a utilização de cooperativas “de fachada”, estágios irregulares, terceirização irregular da

atividade fim, constituição do trabalhador como pessoa jurídica, entre outros.

### **3 O FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO E AS HIPÓTESES DE SAQUE ANTES DA REFORMA TRABALHISTA**

Conforme visto no item anterior, o Direito do Trabalho é orientado por princípios próprios, dentre os quais o princípio da continuidade da relação de emprego.

É por causa deste princípio que no âmbito trabalhista o natural seria a estabilidade do vínculo empregatício, salvo motivo relevante, em razão da necessária segurança jurídica do trabalhador. Este era o ideal no antigo sistema celetista e indenização e da estabilidade, que fora alterado por meio da instituição obrigatória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Antes destas alterações, o art. 492 da CLT estabelecia a denominada estabilidade decenal, segundo a qual o empregado que completasse dez anos de serviço não poderia ser demitido, salvo justa causa, comprovada em inquérito judicial.

A propósito:

Por sua vez, o art. 492 da CLT previa a chamada estabilidade decenal (praticamente extinta, como será visto a seguir), segundo a qual o empregado que completasse dez anos de serviço na empresa não poderia ser demitido, salvo por justa causa, comprovada em inquérito judicial. Este sistema aproximava a legislação trabalhista do espírito que originou o princípio da continuidade da relação de

emprego. Não obstante, foi abandonado pelo legislador. (RESENDE, 2015, p.1138)

O FGTS surgiu inicialmente como facultativo, com o objetivo de substituir o regime de indenização até então vigente, que estabelecia que em caso de demissão imotivada do empregado que contasse com mais de um ano de casa, caberia ao empregador pagar indenização igual a um mês de remuneração por ano de serviço efetivo ou fração igual ou superior a seis meses, conforme dispunha o art. 478 da CLT.

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal de 1988, fulminou-se com o regime celetista da indenização e da estabilidade, passando a inexistir a estabilidade no setor privado. “De 1966 a 1988, foi facultativo (em tese o empregado fazia opção pelo regime), e, a partir da Constituição de 1988, tornou-se obrigatório para todos os empregados, substituindo definitivamente o regime anterior celetista”. (RESENDE, 2015, p. 1201)

Em relação ao conceito de FGTS, Resende (2015, p. 1202) assim explica:

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS é um fundo formado por recolhimentos mensais incidentes sobre a remuneração do empregado, efetuados em conta vinculada aberta na Caixa Econômica Federal – CEF em nome do trabalhador, que visa principalmente à subsistência do trabalhador durante o período de desemprego, em substituição à antiga indenização

celetista prevista no art. 478 da CLT. Subsidiariamente, os valores que formam o Fundo possibilitam o investimento em programas sociais de habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana.

Quanto à natureza jurídica do FGTS há muita discussão na doutrina, havendo muitos posicionamentos distintos: tributo, contribuição parafiscal, indenização do tempo de serviço, salário diferido, etc.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal já afastou, por diversas vezes, a natureza tributária do FGTS, embora possua característica multidimensional. A propósito:

**EMENTA: DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO (FGTS). NATUREZA JURÍDICA NÃO TRIBUTÁRIA. BASE DE CÁLCULO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. ANÁLISE DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O MANEJO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 102 DA LEI MAIOR. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. A controvérsia, a**

teor do já asseverado na decisão guerreada, não alcança estatura constitucional. Não há falar em afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais. Compreensão diversa demandaria a análise da legislação infraconstitucional encampada na decisão da Corte de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa à Constituição, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Desatendida a exigência do art. 102, III, “a”, da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência desta Suprema Corte. 2. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastream a decisão agravada. 3. Majoração em 10% (dez por cento) dos honorários anteriormente fixados, obedecidos os limites previstos no art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC/2015, ressalvada eventual concessão do benefício da gratuidade da Justiça. 4. Agravo interno conhecido e não provido. (RE 1027807 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 30/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 01-08-2017 PUBLIC 02-08-2017, grifo nosso)



Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FGTS. CONTRIBUIÇÃO. NATUREZA DAS VERBAS. CARÁTER INFRACONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA. OFENSA REFLEXA. ACÓRDÃO RECORRIDO: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL.

SÚMULA 283/STF. 1. As instâncias ordinárias decidiram a questão com fundamento na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei nº 8.036/1990, Lei nº 8.212/1990 e Decreto nº 99.684/1990). Nesse contexto, verifico existente fundamentação infraconstitucional suficiente para solucionar a questão posta nos autos. Aplicação da Súmula 283/STF. 2. Esta Corte tem jurisprudência pacificada no sentido de que as contribuições para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) não têm natureza jurídica tributária. Precedentes. 3. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 4.

Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (ARE 956688 AgR, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 19-08-2016 PUBLIC 22-08-2016)

Conforme dito, por meio da Constituição Federal de 1988 o recolhimento do FGTS é obrigatório a todo empregador, nos seguintes termos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

III - fundo de garantia do tempo de serviço; (BRASIL, 1988)

Destarte, tem-se que até mesmo o trabalhador avulso tem direito ao FGTS, mesmo que não mantenham vínculo de natureza empregatícia com o tomador de serviços.

Em relação à alíquota, o FGTS mensal é devido, em regra, à razão de 8% da remuneração mensal do empregado conforme a Lei n.º 8.036/90, que regulamenta o FGTS:

Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta

bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965.

§ 1º Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.

§ 2º Considera-se trabalhador toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio.

§ 3º Os trabalhadores domésticos poderão ter acesso ao regime do FGTS, na forma que vier a ser prevista em lei.

§ 4º Considera-se remuneração as retiradas de diretores não empregados, quando haja deliberação da empresa, garantindo-lhes os direitos decorrentes do contrato de trabalho de que trata o art. 16.

§ 5º O depósito de que trata o caput deste artigo é obrigatório nos casos de afastamento para prestação do serviço militar obrigatório e licença por acidente do trabalho.

§ 6º Não se incluem na remuneração, para os fins desta Lei, as parcelas elencadas no § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

§ 7º Os contratos de aprendizagem terão a alíquota a que se refere o caput deste artigo reduzida para dois por cento. (BRASIL, 1990)

Quanto às hipóteses legais de saque do FGTS, o levantamento pelos empregados dos valores depositados na conta vinculada, poderão ocorrer em outras situações além da hipótese diretamente ligada à função essencial do Fundo, que é a dispensa sem justa causa.

Com as recentes alterações do artigo 20 da Lei nº 8.036/1990 (BRASIL, 1990), as hipóteses de movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS foram modificadas.

Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

I - despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior;

I-A - extinção do contrato de trabalho prevista no art. 484-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT);

II - extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades, declaração de nulidade do contrato de trabalho nas condições do art. 19-A, ou ainda falecimento do empregador individual [...];

III - aposentadoria concedida pela Previdência Social;

IV - falecimento do trabalhador, sendo o saldo pago a seus dependentes [...];

V - pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), [...]

VI - liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário [...]

Inicialmente, nos incisos I a VI do mencionado dispositivo temos quem será possível a utilização dos valores em caso de despedida sem justa causa, extinção do contrato de trabalho conforme disposto no artigo 848-A da CLT (BRASIL, 1943), extinção da empresa ou filiais, aposentadoria, falecimento do trabalhador, bem como sua utilização para pagamento de parte de prestações de financiamento habitacional, assim como para a liquidação de saldo devedor de financiamento imobiliário.

Percebe-se, inicialmente, possibilidades de obter o valor do fundo de garantia em situações consideradas emergenciais, mais precisamente no que se refere à perda inesperada do emprego, bem como para a especial oportunidade de se adquirir a casa própria, sendo possível até mesmo o investimento do valor para o pagamento total ou parcial da moradia ou lote, conforme disposição do inciso VII do citado artigo.

Ademais, o trabalhador poderá utilizar o recurso se houver extinção do contrato de trabalho no momento de seu término ou ainda quando se tratar de suspensão do trabalho avulso por mais de 90 dias.

No que se refere à debilitação de saúde, assim como casos fortuitos ocorridos com o trabalhador e de seus dependentes, a lei assegura a possibilidade de utilização do valor do FGTS em casos de debilitação por ocorrência de acometimento de algumas doenças e outros acontecimentos específicos, a saber:

Art. 20. [...]

[...]

VII – pagamento total ou parcial do preço de aquisição de moradia própria, ou lote urbanizado de interesse social não construído,

[...];

[...]

IX - extinção normal do contrato a termo [...];

X - suspensão total do trabalho avulso por período igual ou superior a 90 (noventa) dias [...];

XI - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna.

[...]

XIII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV;

XIV - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento;

XV - quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a setenta anos.

XVI - necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento [...];

[...]

XVIII - quando o trabalhador com deficiência, por prescrição, necessite adquirir órtese ou prótese para promoção de acessibilidade e de inclusão social.

Neste sentido, em casos de neoplasia maligna, HIV, necessidade de órtese ou prótese e doença grave que proporcione estágio terminal, o trabalhador e seus

dependentes poderão fazer uso do valor do fundo de garantia.

Existe ainda hipótese para o trabalhador com idade igual ou superior a setenta anos e casos de urgência e gravidade oriundas de desastre natural conforme disposição de regulamento específico. Todas estas ocorrências inesperadas e graves, que podem surpreender qualquer trabalhador sendo de extrema relevância suas previsões e a garantia de sua proteção.

Somente quem vive situações de desemprego, ainda mais agravadas por acometimentos que debilitam a saúde, assim como em acontecimentos naturais, sabe da importância que a adequação legislativa possui ao facilitar o acesso ao valor, que será indispensável em alguns casos. Por estes e outros motivos, se faz de extrema relevância o atual texto do artigo 20 e incisos da Lei 8.036/1990, que ampliou a possibilidade de saque do FGTS.

Os direitos trabalhistas estão intrinsecamente ligados às garantias fundamentais trazidas pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), sendo que, o exercício destes direitos são o mínimo para a concreta vivência com dignidade. A alteração legislativa, neste ponto, possui suma importância no intuito de garantir a execução da lei e de proteger o trabalhador em diversas ocasiões.

As seguir, serão analisadas algumas das alterações no Direito do Trabalho decorrentes da reforma trabalhista e seus impactos no que tange ao levantamento do FGTS.

#### **4 REFORMA TRABALHISTA E O ACORDO ENTRE TRABALHADOR E EMPREGADOR QUE PERMITE O SAQUE DO FGTS**

Averigua-se neste item os motivos determinantes para a elaboração e aprovação da Lei n.º 13.467/2017, que ficou conhecida como Reforma Trabalhista.

#### 4.1 Fatores que ensejaram a Reforma

Infere-se que cada vez mais a flexibilização dos direitos trabalhistas vem se apresentando com mais força, desde seu surgimento, e ganhando espaço, até ganhar lugar na Constituição Federal de 1988.

A flexibilização das normas trabalhistas nada mais é uma forma de adaptação destas ao mercado de trabalho, respeitando, por lógica, garantias mínimas de trabalho, pertencentes aos direitos fundamentais. (XAVIER, 2011)

Em razão do enorme número de desempregados nos tempos atuais e as crises financeiras, a adaptação das normas trabalhistas passa a ser essencial, tendo em vista a burocracia e lentidão em que as normas são alteradas pelo legislador. Muitas vezes, o excesso de direitos e burocracias pode gerar o desemprego, porque significará em privar o empregador de criar novos postos de trabalho ou mesmo de manter sua atividade.

Assim sendo, não há dúvidas que a flexibilização do Direito do Trabalho é uma ferramenta importantíssima para a preservação da dignidade da pessoa humana e a continuação da atividade econômica, uma vez que autoriza a adaptação dos princípios e das normas de Direito do Trabalho à situação atual, permitindo que se escolha o caminho mais benéfico ao trabalhador.

Neste diapasão, a Lei n. 13.467/17, conhecida como a Lei da Reforma Trabalhista, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, trouxe importantes alterações no Direito do Trabalho, dando força à flexibilização. (SCHIAVI, 2017)

A Reforma Trabalhista apresentou-se muito polêmica, haja vista que alterou diversos dispositivos: enquanto parte da doutrina afirma que a Reforma promoveu a precarização das condições de trabalho e também a restrição ao acesso do trabalhador ao Judiciário, outros já defendem o texto, arguindo que a nova lei criará

novos postos de trabalho, além de reduzir a litigiosidade na Justiça do Trabalho. (SCHIAVI, 2017)

De fato, a Reforma Trabalhista trouxe impactos relevantes e abrangentes para o Direito do Trabalho, interferindo em diversas normas e regras, tanto é que se verificam muitos artigos alterados, outros revogados e muitos acrescentados.

Na verdade, a Reforma Trabalhista iniciou-se como um projeto com poucos artigos que se transformou numa longa e polêmica modificação da legislação trabalhista. (CASSAR; BORGES, 2017)

Pode-se afirmar que o direito coletivo do trabalho foi o aspecto mais atingido pelas mudanças, além disso, a flexibilização está agora expressamente prevista e autorizada na Lei. (CASSAR, 2017)

Não se pode olvidar, porém, que o Direito tem que se modificar ao longo do tempo para se adaptar à realidade social ou para se moldar a uma determinada situação. Destarte, o Direito do Trabalho também precisava corresponder às necessidades dos trabalhadores à época em que é aplicado. A propósito:

O direito modifica-se com o tempo para se adaptar à realidade ou para se adequar a uma determinada situação. As relações jurídicas trabalhistas devem acompanhar as modificações da lei e se ajustar às novas regras.

Por outro lado, o contrato de trabalho é de trato sucessivo, isto é, de débito permanente e se repete no tempo. Logo, há fatos antigos, atuais e futuros e normas antigas, atuais e futuras. (CASSAR; BORGES, 2017, p. 3)

A Reforma Trabalhista buscou romper com a lógica civilizatória do Direito do Trabalho, propondo a alternativa da flexibilização de suas regras imperativas que incidem sobre o contrato trabalhista, rompendo parcialmente com o rigor característico do Direito do Trabalho.

Parte da doutrina, conforme já mencionado, compreende a Reforma Trabalhista como uma intervenção necessária. Já outra parte, como Maurício Godinho Delgado (2017) afirma que os Direitos trabalhistas foram negligenciados:

- a) Um manifesto desprezo à noção de centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida social; [...]
- b) Um esvaziamento extremado do princípio constitucional da igualdade em sentido material no contexto das relações empregatícias. [...]
- c) Uma estratégia de desconstrução direta e/ou indireta do arcabouço normativo constitucional e infraconstitucional de proteção à saúde e segurança do trabalhador no âmbito das relações trabalhistas. [...]
- d) Uma evidente tentativa, por parte da lei, de driblar as normas jurídicas de inclusão de pessoas humanas vulneráveis no mercado de trabalho, tais como trabalhadores aprendizes, pessoas com deficiência e trabalhadores em reabilitação previdenciária. [...]

- e) A manifesta exacerbação da duração do trabalho em todo o mercado laborativo instigada pelo novo diploma legal. [...]
- f) Descaracterização da natureza salarial de parcelas pagas a empregador no contexto da relação de emprego. [...] (GODINHO; GODINHO, 2017, p. 41-43)

A Reforma Trabalhista terminou, de fato, sendo empurrada à sociedade como uma solução à má administração dos recursos públicos e do Estado, e por óbvio, não era o que esperava o trabalhador, ser surpreendido por retrocessos.

Não se pode olvidar, porém, que em meio a uma grave crise econômica sua aplicação termina por ser um “mal necessário”, haja vista que, de modo imediato, a conservação do emprego e das empresas torna-se um fato urgente, que não pode esperar pelo equilíbrio financeiro e econômico do Estado, que normalmente ocorre de forma paulatina. Ademais, posteriormente outras reformas trabalhistas poderão ser implementadas, de modo a restaurar os direitos que foram parcialmente relativizados.

A Reforma Trabalhista terminou por tornar os direitos trabalhistas menos públicos e mais privados, transformando os direitos constantes na CLT, mas não previstos de modo expresso na Constituição Federal de 1988 em meros direitos disponíveis. (CASSAR; BORGES, 2017)

Não se pode deixar de mencionar, outrossim, que a Reforma Trabalhista também reduziu ao máximo a intervenção do Judiciário na negociação coletiva, restringindo a sua atuação às hipóteses de nulidade das normas coletivas. Além disso, a Reforma adotou como princípio a intervenção mínima na autonomia da vontade

coletiva, dando maior valor aos acordos e convenções coletivas.

Diante disso, pode-se afirmar que a flexibilização trabalhista que já era uma questão que despedia muita cautela no ordenamento jurídico brasileiro, passou a ser ainda mais complexa após a reforma, em função de seu texto legal, que dá margem à flexibilização de vários direitos, uma vez que o rol é exemplificativo.

Infelizmente, conforme já dito, a flexibilização é um mal necessário em várias ocasiões, entretanto, não poderá, mesmo após o advento da Reforma Trabalhista relativizar os direitos constitucionais, principalmente a dignidade da pessoa humana.

#### **4.2 A Reforma Trabalhista e a Organização Internacional do Trabalho (OIT)**

Em maio de 2018 a Organização Internacional do Trabalho (OIT) se pronunciou sobre a Reforma Trabalhista brasileira, ocasionada pela Lei 13.467/2017, entendendo por colocar o Brasil dentro da lista de 24 casos que considera como as principais violações de convenções trabalhistas entre os Estados. E sendo o Brasil signatário de 80 convenções da OIT, a entidade internacional compreendeu que o Brasil violou algumas destas convenções. (CONSULTOR JURÍDICO, 2018)

Ademais, a OIT já havia emitido parecer recomendando ao governo brasileiro a revisão da Lei 13.467/2017, que tratam da prevalência do negociado sobre a Lei, para que a nova lei estivesse em harmonia com a Convenção 98, ratificada pelo Brasil, que trata da negociação coletiva e da sindicalização. (CONSULTOR JURÍDICO, 2018)

A questão envolvendo a Lei 13.467/2017 fora levada à OIT por seis entidades sindicais: Força Sindical (FS); Central Única dos Trabalhadores (CUT), Central dos

Sindicatos Brasileiros (CSB), Nova Central Sindical de Trabalhadores (NCST), Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil (CTB) e União Geral dos Trabalhadores (UGT). (CONSULTOR JURÍDICO, 2018)

Segundo a entidade internacional, a Reforma Trabalhista poderá trazer insegurança jurídica e prejuízos no cenário internacional em função do descumprimento de convenções ratificadas pelo Brasil. (CONSULTOR JURÍDICO, 2018)

Todavia, ainda há contradições, pois já juristas brasileiros que compreendem que Reforma não fere as disposições da Constituição Federal e entendem como a busca da manifestação da OIT por entidades sindicais como oportunismo político, haja vista que a Reforma Trabalhista se ampara na realidade atual brasileira, e se há alguma irregularidade na mesma, tal fato deve ser avaliado pelo Supremo Tribunal Federal, que tem a função precípua de garantir a observância da Constituição Federal.

#### **4.3 Acordo entre empregado e empregador**

A Justiça do Trabalho tem como fim precípua proteger os interesses do trabalhador, sem que o mesmo sofra qualquer tipo de prejuízo na extinção do contrato.

O contrato de trabalho se extingue através da rescisão, resolução, rescisão, morte do empregado, fim das atividades ou pela aposentadoria. A rescisão, segundo Reis (2009, p. 30) “consiste em uma denúncia vazia por ato volitivo, que é o modo de desfazimento do contrato de trabalho oriundo de ato de vontade de uma das partes ou de ambas”.

A rescisão ocorre em contratos por tempo determinado, ou seja, quando termina o serviço acordado, o contrato se resolve, pondo fim ao mesmo.

A rescisão também pode ser aplicada de consentimento mútuo a qualquer tipo de contrato de trabalho, sendo este de duração com prazo determinado ou indeterminado. Todavia, esta é uma modalidade de extinção de contrato de trabalho que não encontra apoio na legislação trabalhista, mas, ainda assim, nada proíbe que as partes façam uso dela, havendo um acordo de vontade. (COSTA, 2010, p. 18).

Já a rescisão ocorre quando uma das partes não está satisfeita e resolve rescindir o contrato. Os motivos para rescisão encontram-se elencados nos artigos 482 e 483 da CLT.

A extinção do contrato pela resolução segundo Reis (2009, p. 31) “é a denúncia cheia ante fato superveniente, que está sempre vinculada a ideia de inexecução contratual, voluntária ou involuntária, ensejada por fato superveniente.” A resolução ocorre quando os atos praticados durante a vigência do contrato não são os esperados e busca-se a justiça para resolver, como o caso da rescisão indireta disciplinada no artigo 483 da CLT.

Por fim, a extinção do contrato por morte ou aposentadoria. Por morte, obviamente não existe possibilidade de continuidade e aposentadoria, quando o trabalhador deixa de exercer suas atividades para receber benefício, seja da previdência, seja esta privada ou não.

Neste diapasão cumpre destacar que por intermédio da Reforma Trabalhista previu-se a possibilidade de rescisão por acordo entre empregado e empregador, que assim figura no art. 484-A da CLT (alterado pela Lei nº 13.467/2017):

Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:

I - por metade:

a) o aviso prévio, se indenizado; e  
b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990;

II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas. § 1º A extinção do contrato prevista no caput deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos.

§ 2º A extinção do contrato por acordo prevista no caput deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego. (BRASIL, 1943)

Tem-se assim uma nova modalidade de extinção do contrato de trabalho, que acarreta na redução do montante das verbas rescisórias devidas pelo empregador.

Como consequência dessa nova possibilidade de rescisão do contrato de trabalho, há uma redução do acréscimo rescisório sobre o FGTS de 40% para 20%,



além da previsão de saque de apenas 80% do FGTS pelo trabalhador. Frise-se que a lei da Reforma Trabalhista também modificou o texto da Lei do Fundo de Garantia:

Art. 3º O art. 20 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso I-A:

“Art. 20.

.....  
.....

I-A - extinção do contrato de trabalho prevista no art. 484-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto- Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943;

.....  
.....” (NR). (BRASIL, 2017)

Por meio desta nova modalidade de extinção do contrato de trabalho as demais verbas rescisórias deverão ser pagas pelo empregador em sua integralidade, como o 13º salário, férias, etc.:

As demais verbas rescisórias serão pagas pelo empregador em sua integralidade, afóra as deduções regulares a serem feitas a outros títulos (art. 484-A, inciso II, da CLT). Assim, o 1 3º salário será pago integralmente, se assim for devido, ou na proporção dos meses contratuais no respectivo ano (13º salário proporcional); as férias vencidas serão pagas em dobro (se houver), as férias simples serão

pagas na integralidade (se houver) e as férias proporcionais serão pagas na medida de sua proporcionalidade, segundo o período aquisitivo em andamento. Havendo saldo salarial relativo ao mês em que se deu a terminação do contrato, evidentemente que também esse saldo deverá ser pago na rescisão contratual. (DELGADO, 2017, p. 190)

Ressalte-se que nesta nova modalidade resta inviabilizado o recebimento, pelo trabalhador, de seguro-desemprego.

O prazo para o acerto da rescisão trabalhista continuará a ser o de 10 dias, contados da comunicação do encerramento do contrato.

#### **4.4 A dispensa consensual e fraude**

Muito conhecida era a figura da rescisão fraudulenta do contrato de trabalho, através da qual empregado e empregador celebravam um acordo no qual o empregado fosse dispensado sem que lhe fossem pagas todas as verbas rescisórias a que teria direito, mas que fosse possível sacar o FGTS e receber o seguro-desemprego.

Tal conduta era benéfica ao empregador que não pagava todas as verbas trabalhistas devidas, enquanto o empregado conseguia sacar o FGTS e recebia o seguro-desemprego. Porém, esta tão conhecida prática é considerada ilegal ante às normas trabalhistas, sendo possível a condenação do empregador ao pagamento dos valores feitos erroneamente em uma reclamatória trabalhista. (PÉCOR, 2014)

Será considerada fraudulenta a rescisão do contrato de trabalho, por exemplo, quando o empregado permanecer trabalhando, se for readmitido em um período inferior a 90 dias ou ainda em casos onde houver redução salarial bem como extinção de alguma vantagem anteriormente prevista no contrato. (PÉCORA, 2014)

São visíveis diversos casos onde o empregado, após a rescisão, continuou exercendo as atividades para o empregador:

**Ementa:** UNICIDADE DO CONTRATO DE EMPREGO. RESCISÃO CONTRATUAL FRAUDULENTE. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELO OBREIRO NA FORMA DISCIPLINADA NO ART. 3º DA CLT. As circunstâncias fático-probatórias que permearam a demanda nos levam à firme conclusão de que a reclamada cometeu insofismável fraude trabalhista, porquanto todos os elementos formadores do vínculo empregatício mantiveram-se presentes após a rescisão fraudulenta do contrato. Há unicidade contratual quando a empresa realiza rescisão formal com o empregado, registrando sucessivos contratos de trabalho na CTPS do obreiro, sem que haja solução de continuidade na prestação de serviços, circunstância que indubitavelmente configura

fraude trabalhista, nos termos do art. 9º da CLT. Na casuística, do conjunto probatório constante dos autos, é patente a configuração da unicidade contratual. Recurso obreiro provido. (TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RO 01951008620095020262 SP. 4ª TURMA Data De Publicação: 20/09/2013. Relator: Maria Isabel Cueva Moraes).

Para ilustrar, vejamos uma decisão específica quanto ao saque ilegal do FGTS e do seguro-desemprego, considerando que a possibilidade de acesso aos referidos valores, originou-se de uma fraude à rescisão do contrato de trabalho, o que ocasionou a condenação à devolução das verbas:

**Ementa:** RESCISÃO CONTRATUAL FRAUDULENTE. DEVOLUÇÃO DOS VALORES DO SEGURO-DESEMPREGO AO FAT. Comprovada a fraude perpetrada pelas partes em rescindir o contrato de trabalho para fins de levantamento dos depósitos do FGTS, os valores percebidos pelo seguro-desemprego devem ser devolvidos ao FAT e a multa do FGTS deve ser descontada dos créditos trabalhistas devidos ao autor. JUSTA CAUSA. REVERSÃO. A dispensa por justa causa é a penalização máxima a ser aplicada

ao empregado. Portanto, deve estar suficientemente comprovada e ser proporcional e imediata ao ato praticado, a fim de não se cometer injustiça contra o trabalhador. Não preenchidos esses requisitos, a reversão é medida que se impõe, com o conseqüente pagamento dos haveres rescisórios decorrentes da rescisão contratual. (TRT-12 - RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA RO 00046282920105120032 SC. 1ª TURMA Data De Publicação: 16/01/2012. Relator: Viviane Colucci).

Visando a diminuição das fraudes é que a Lei da Reforma Trabalhista buscou meios de se fazer com que o acordo fosse possível, evitando a prática ilícita tão comum nas relações trabalhistas. Ademais, importante mencionar que tal alteração legislativa visa também proporcionar ao trabalhador um acesso amplo aos direitos às verbas rescisórias, e, especialmente quanto ao FGTS, as atuais mudanças foram positivas no sentido de proporcionar o acesso ao montante, já que antes da reforma este acesso era restrito a situações específicas. Do contrário, caso não fosse possível sacá-lo, os valores permaneciam retidos até a aposentadoria do trabalhador.

Assim é que, a demissão consensual é um tipo de ruptura contratual que proporciona ao empregado e empregador chegarem a um acordo que vise o término do contrato de trabalho sendo que ambos devem manifestar a recíproca vontade de encerrar a relação jurídica contratual. (RAMOS JÚNIOR, 2017)

Pode ser considerada uma inovação ao passo que proporciona ao empregado o acesso ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, ampliando o acesso a seus direitos e evitando a permanência de fraudes como forma de “burlar” o que determina a legislação.

Por meio desta modalidade, não será abatida a multa de 40% sobre o FGTS, devendo a empresa pagar apenas 20% e o trabalhador obtém, aí, o direito de movimentar 80% do valor. Além disso, o empregador demitido consensualmente recebe metade do aviso prévio, férias e décimo terceiro, sendo o que seguro desemprego não será recebido.

Assim é que acabou por ser ampliado o direito do trabalhador neste sentido, já que concede ao trabalhador a oportunidade de se sentir respaldado com o valor que foi reservado durante todo o seu período de trabalho e de utilizá-lo da forma quemelhor entender, tendo em vista ser um direito intrínseco a ele.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Apesar de em alguns pontos ser considerada por estudiosos como prejudicial aos direitos trabalhistas conquistados ao longo do tempo, a Reforma Trabalhista, como é conhecida a Lei nº 13.467/2017 (BRASIL, 2017), veio proporcionar também uma ampliação do acesso aos direitos, contribuindo para uma melhor relação entre empregado e empregador, proporcionando a realização de acordos e conversas entre as partes, sem a necessidade de intervenção de terceiros.

Neste sentido, o presente estudo tratou de abordar tópicos importantes à efetiva garantia de direitos no âmbito da relação trabalhista, tanto no acesso às verbas rescisórias quanto na ampliação da relação entre trabalhador e empregador, estando as partes cobertas por maior possibilidade de ajustes na relação contratual e pessoal.

Anteriormente à proposta de reforma, por exemplo, pode-se citar o acesso ao montante do fundo de garantia que era mais restrito, fazendo com que mesmo que não houvesse mais interesse na continuidade da prestação de serviços, muitos trabalhadores se sujeitavam à situação pelo fato de não querer perder a verba, já que em casos onde houvesse o pedido de demissão ele não teria acesso ao valor de forma imediata, ficando o mesmo retido até sua aposentadoria.

A reforma trabalhista veio ampliar este acesso, garantido o acesso a pelo menos 80% deste valor, em casos de acordo na demissão com o empregador e expandiu também os critérios nos quais o saque será permitido, conforme já abordado no presente estudo.

Nestes casos a restrição que ocorre será relacionada ao seguro desemprego, que em casos de demissão consensual não será acessado pelo empregado. Insta ressaltar que nos possíveis acordos, a vontade do empregado deve estar protegida e efetivamente executada, já que, do contrário, novamente poderá caracterizar uma nova situação fraudulenta.

Não há dúvidas da extrema importância das recentes alterações legislativas referentes aos direitos trabalhistas e mais importante ainda é estar a par de tais modificações para que possam ser efetivamente colocadas em prática e, de forma responsável, utilizadas no pleno exercício dos direitos e garantias legais.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice de Barros. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: Ltr, 2015;

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. In: *Planalto*, 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 04 set 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. In: *Planalto*, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 04 set 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. In: *Planalto*, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 04 set 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Embargos Declaratórios no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 956688 SC. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma. Data de publicação: 02/08/2016. In: *STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 02 out 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Embargos Declaratórios no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1027807 SC. Min. Rosa Weber, Primeira Turma. Data de publicação: 02/08/2017. In: *STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 02 out 2018.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula nº 51. In: *TST*. Súmulas. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 10 out 2018.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula nº 276. In: *TST*. Súmulas. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 10 out 2018.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula nº 288. In: *TST*. Súmulas. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 10 out 2018.

CASSAR, Bomfim Vólia; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. **Convenções violadas: OIT classifica reforma trabalhista brasileira como violadora de direitos**. In: *Revista Consultor Jurídico*, 29 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-29/brasil-entr-a-lista-suja-oit-cao-reforma-trabalhista#top>>. Acesso em: 05 out 2018.

COSTA, Felipe Castro da. **A resolução do contrato de trabalho à luz da Consolidação das Leis do Trabalho no que tange ato lesivo à honra**. In: *AVM*. Disponível em: <[http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias\\_publicadas/k212635.pdf](http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k212635.pdf)>. Acesso em: 05 out 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. Ed. São Paulo: Ltr, 2015;

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NICOLAU, Maíra Cerchin. **A efetividade do princípio a dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho**. In: *DireitoNet*, 2012. Disponível em: <[http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7368/A-efetividade-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-nas-relacoes-de-trabalho#tr\\_ancora](http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7368/A-efetividade-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-nas-relacoes-de-trabalho#tr_ancora)>. Acesso em: 04 ago 2018.

PÉCORA, Vitor. **Rescisão Fraudulenta**. In: *JusBrasil*, 2014. Disponível em: <<https://vitorpecora.jusbrasil.com.br/artigos/184654965/rescisao-fraudulenta>>. Acesso em: 06 out 2018.

RAMOS JÚNIOR, Waldemar. **O saque do FGTS após a reforma trabalhista**. In: *JusBrasil*, 2017. Disponível em: <<https://saberalei.jusbrasil.com.br/artigos/516423269/o-saque-do-fgts-apos-a-reforma-trabalhista-e-a-possibilidade-de-acordo-entre-trabalhador-e-empresa>>. Acesso em: 06 out 2018.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

SÃO PAULO. **Reforma trabalhista: o que é a demissão consensual e a que ela dá direito**. In: *Infomoney*. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/carreira/clt/noti>>

cia/68010 27/reforma-trabalhista-que-demissao-consensual-que-ela-direito>. Acesso em: 07 out 2018.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. 1. ed. São Paulo: LTr Editora, 2017.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 12ª região.  
**RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA RO 00046282920105120032 SC**. Relator: Viviane Colucci – 1ª turma. Data de Publicação 16/01/2012. In: *JusBrasil*. Disponível em: <<https://trt-12.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643023484/recurso-ordinario-trabalhista-ro-46282920105120032-sc-0004628-2920105120032>>. Acesso em: 05 out 2018.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 2ª região.  
**RECURSO ORDINÁRIO RO 01951008620095020262 SP**. Relator: Maria Isabel Cueva Moraes – 4ª turma. Data de Publicação 29/09/2013. In: *JusBrasil*. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/145913402/recurso-ordinario-ro-01951008620095020262-sp-01951008620095020262-a20>>. Acesso em: 05 out 2018.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 3ª região.  
**RECURSO ORDINÁRIO 0000685-56.2014.5.03.0018 RO**. Relator: Convocada Martha Halfeld F. de Mendonça Schmidt – 1ª turma. Data de Publicação 09/10/2015. In: *JusBrasil*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/50153923/processo-n-0000685-5620145030018-do-trt-3/a-tualizacoes>>. Acesso em: 05 out 2018.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 3ª região.  
**RECURSO ORDINÁRIO 0000462-09.2014.5.03.0017**

RO. Relator: Paulo Roberto de Castro – 7ª turma. Data de Publicação 16/10/2015. In: *JusBrasil*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/TRT-3/2017/06/14/Judiciario/12/>>. Acesso em: 05 out 2018.

XAVIER, Micheline Dias. **A flexibilização dos direitos trabalhistas como forma de combate ao desemprego**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5737](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5737)>. Acesso em: 26 set 2018.

# A IMPORTÂNCIA DA CONCILIAÇÃO NO DIVÓRCIO

## THE IMPORTANCE OF DIVORCE CONCILIATION

*Paula Herculano de Vasconcelos Ferreira<sup>4</sup>*

### RESUMO

O divórcio é uma das formas de se dissolver o casamento. Trata-se de uma forma de separar o casal legalmente que foram unidos pelo casamento. A figura do divórcio, por muitos e muitos anos, foi um instituto de discussão no sistema jurídico brasileiro. Isto porque, não era permitido aos noivos casarem para depois, imediatamente e/ou caso não preenchidos os requisitos da lei, divorciarem. No caso, eram obrigados a permanecerem apenas separados judicialmente ou separados de fato, para que depois do prazo legal requer o divórcio. Em que pese este sistema ter sido muito criticado com a evolução das famílias, tanto que passou por uma emenda constitucional, o fato é que muitos dos casais que apenas separaram judicialmente voltaram a permanecer casados depois de se conciliarem. Neste passo, entra a figura da conciliação no divórcio, que pode deixar de existir atualmente tendo em vista a facilidade de realizar o procedimento, mesmo porque, passa a ter o aspecto extrajudicial. Assim, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar que, antes de realizar um divórcio, o instituto da conciliação deve continuar existindo, mesmo porque, apesar de ficar mais difícil realizar a conciliação do casal, ainda existe a possibilidade de conciliar outros efeitos que causa a separação, como por

---

<sup>4</sup> Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

exemplo: quem ficará com a guarda dos filhos, a pensão alimentícia, partilha de bens etc. Deste modo, será realizado um estudo sobre o Direito de Família, apresentado o instituto do divórcio, para no fim, aprofundar ao tema da importância da conciliação no divórcio. A metodologia a ser utilizada se baseia no método dedutivo, ou seja, partirá dos princípios gerais do Direito de Família, buscando compreender especificamente sobre o divórcio. Também será utilizado o método de procedimento funcionalista, pois, buscará compreender e interpretar sobre a utilização da conciliação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Divórcio; Casamento; Direito de Família; Conciliação.

### INTRODUÇÃO

Existe uma importância crucial para a conciliação, que é fazer com que o processo judicial seja o menos doloroso possível. A conciliação evita mágoas, tristezas e faz com que a situação do casal seja amenizada o máximo possível.

De tal forma, a norma processual civil traz como fundamento a conciliação, sendo que nos processos de divórcio é imprescindível que esta etapa ocorra.

Para tanto, quando se fala em divórcio, situa-se no fato da constituição da família, que se realiza através do casamento, ou de outras formas, como por exemplo: união estável ou monoparentalidade.

No entanto, para que o procedimento de divórcio ocorra é necessário que a constituição da família tenha sido pelo casamento. Para tanto, foram criadas regras para a dissolução do casamento através do divórcio, na qual se encontra prevista no Código Civil (BRASIL, 2002) e na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Assim, para obter uma ampla noção sobre a família, casamento e sua dissolução através do divórcio, importante apresentar as concepções do Direito de Família, para no final, verificar sobre a possibilidade de conciliação, bem como, de sua importância dentro do processo judicial.

No primeiro capítulo do trabalho será verificado como se constitui a família, apresentando os aspectos do casamento, monoparentalidade e união estável.

Já no segundo capítulo, será analisada a questão do divórcio no Brasil, verificando como eram as regras anteriores a Emenda Constitucional nº. 66/2010 (BRASIL, 2010), e como passou a ser depois dessa respectiva emenda, além de apresentar fundamentos sobre o procedimento de divórcio e a possibilidade da extrajudicialidade.

Por fim, no último capítulo, se analisará a importância da conciliação no divórcio, apresentando como ela é destacada dentro da lei e como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais adota este procedimento.

Trata-se de um estudo social com bastante importância, eis que o divórcio se tornou algo acessível para todos, principalmente depois que passou a ser autorizado o procedimento pela via administrativa, de modo que a conciliação também se torna algo essencial, principalmente para definir as hipóteses de pensão alimentícia, guarda de filhos e partilha de bens.

## **2 A CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA**

Antes de apresentar sobre o instituto do divórcio, importante apresentar como ocorre a formação da família no âmbito jurídico brasileiro. Dentre algumas dos tipos de formação, existem: o casamento, a união estável, a união estável homoafetiva e a família monoparental.

Ocorre que a família vem evoluindo com o passar

dos tempos, e por isso, vêm surgindo outras formas de família, sendo que o Poder Judiciário fica incumbido de reconhecê-las como tal, em razão do legislativo não acompanhar tamanha evolução.

Nesta seara, a família atual é voltada para um conceito mais aberto, em que a afetividade passa a ter mais valor do que os próprios laços sanguíneos. (DIAS, 2018).

Aliás, a família passa a ser chamada de pós-moderna, onde não importando a relação sanguínea de seus membros, mas sim, a afetividade que gira em torno deles. (DIAS, 2018). Nesta visão, elucida Maria Berenice Dias (2018, *online*):

Do conceito unívoco de família do início do século passado, que a identificava exclusivamente pela existência do casamento, chegou-se às mais diversas estruturas relacionais, o que levou ao surgimento de novas expressões, como ‘entidade familiar’, ‘união estável’, ‘família monoparental’, ‘desbiologização’, ‘reprodução assistida’, ‘concepção homóloga e heteróloga’, ‘homoafetividade’, ‘filiação socioafetiva’ etc. Tais vocábulos buscam adequar a linguagem às mudanças nas conformações sociais, que decorreram da evolução da sociedade e da redefinição do conceito de moralidade, bem como dos avanços da engenharia genética. Essas alterações acabaram por redefinir a família, que passou a ter um espectro



multifacetário.

Assim, passando as famílias por tamanhas evoluções, significa que a cultura de uma sociedade passa a ser outra, de modo a contemplar aspectos afetivos mais naturais, deixando de lado visões concebidas pelo aspecto único do Estado e da Igreja. (DAS, 2018).

Como prova dessa evolução das famílias é justamente o que ocorreu com o divórcio. Se em tempos de outrora era inadmissível a existência do divórcio, atualmente, basta deslocar até o Tabelionato de Notas para realizar o procedimento.

Por outro lado, em que pese existir essa evolução social das famílias, o legislador não consegue adaptar tão rapidamente. Como já dito, o Poder Judiciário deverá ser acionado para solucionar e interpretar as novas regras e temas do Direito de Família. (DIAS, 2018).

Assim, quando se fala em família, passa a ser voltada para a pós-modernidade, sendo seu conceito básico é formado pela afetividade. Este pensamento moderno encontra-se atrelado à previsão constitucional, que expressamente delineou outras formas de família, como as que se encontram previstas nos §§ 3º e 4º do artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

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.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Conforme se observa acima, o constituinte elegeu

como forma de família o casamento, que é o meio mais antigo e natural de concepção familiar. Constituiu também a união estável, com características de ser duradoura, contínua e pública, e a também a monoparental, sendo formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (DIAS, 2018).

Ademais, no decorrer do tempo, se aceitaram outras formas de família, considerando que o grupo familiar passou a ter maior importância, pois, possui como função primordial garantir o provimento dos filhos, adultos, idosos e demais membros que fazem parte, exercendo atividades para a sobrevivência. (DIAS, 2018). É o caso da união homoafetiva, que também possui status de família diante do entendimento jurisprudencial.

Por isso, pode-se dizer que não é somente com a tradição do casamento que se constitui uma família. Sobre esse aspecto, Maria Berenice Dias (2011, *online*) diz:

Ao buscar-se dimensionar, no contexto social, o conceito de família, é mais ou menos intuitivo identificar família com a noção de casamento, conjunto de pessoas ligadas a um casal unido pelo vínculo do matrimônio. Também vem à mente a imagem da família patriarcal, sendo o pai a figura central, na companhia da esposa, e rodeados de filhos, genros, noras e netos.

Para o cristianismo, as únicas relações afetivas aceitáveis são as decorrentes do casamento entre um homem e uma mulher, configuração com nítido interesse

na possibilidade de procriação. Essa conservadora cultura, de larga influência no Estado do início do século, acabou levando o legislador pátrio, ao redigir o Código Civil de 1916, a reconhecer juridicidade apenas ao matrimônio, verdadeira instituição geradora de um vínculo indissolúvel. Identifica a lei o conceito de família como a relação decorrente do casamento.

Frisa-se que depois de promulgada a Constituição Federal (BRASIL, 1988), a família passou a ser tratada de forma mais ampla, atendendo aos anseios da sociedade. Neste contexto, substanciado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, discorre Leonardo Barreto Moreira Alves (2009, *online*):

Consustanciando o princípio vetor da dignidade da pessoa humana no seu art. 1º, III, a Carta Magna provocou uma autêntica revolução no direito civil como um todo, dando ensejo a um fenômeno conhecido como despatrimonialização ou personalização desse ramo do Direito. No campo específico do direito de família, verifica-se que a entidade familiar passa a ser encarada como uma verdadeira comunidade de afeto e entreajuda e não mais como uma fonte de produção de riqueza como outrora. É o âmbito familiar o local mais propício para que o indivíduo venha a obter a plena realização da sua dignidade enquanto ser humano, porque o elo entre os integrantes da família deixa de ter conotação patrimonial para envolver, sobretudo, o afeto, o carinho, o amor e a ajuda mútua.

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

Diante desse contexto, pode-se dizer que, embora o casamento ainda continue ter importância atualmente, outras formas de família passam a ter a mesma importância para efeitos jurídicos, sem falar que a assistência mútua, o afeto e o amor são requisitos fundamentais para qualquer formação de família. (DIAS, 2018).

Neste aspecto, conforme ilustra Maria Berenice Dias (2018, *online*):

Agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, identidade de projetos de vida e propósitos comuns.

Enfim, a busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejaram o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. Esse certamente é, dos novos vértices sociais, o mais inovador dentre quantos a Constituição Federal abrigou.

Silvio Rodrigues (2000, p. 21) também assevera que: "[...] a aproximação dos sexos e o natural convívio entre marido e mulher, ordinariamente, suscitam o desenvolvimento de sentimentos afetivos recíprocos, dos quais o dever de se prestarem assistência é mero corolário".

E em arremate, complementa Maria Berenice Dias (2011, *online*):

Hoje, a dinâmica das transformações impressas aos grupos familiares, especialmente na modernidade e na pós-modernidade, deve ser revisitada sob a ótica da transformação dos papéis da mulher, sem que se incorra em distorção: a mulher sempre simbolizou no imaginário universal a afetividade, a capacidade de procriar, de cuidar, enfim, conceber e zelar pela sua prole, fenômenos que no gênero humano estão impregnados de um sentimento capaz de, por si só, diferenciar a espécie. Aliás, os movimentos de mulheres, atualizados, postulam que nenhuma questão humana deve ser alheia ao feminismo. É fácil deduzir que a recíproca seja igualmente verdadeira.

Sem embargos, passa a ser exigida pela sociedade uma atuação ativa do Estado voltada para a proteção da família, considerando que a omissão legislativa não leva no reconhecimento de outras formas de família como deveria ocorrer. (DIAS, 2011).

Sobre esse aspecto legislativo, Maria Berenice Dias (2011, *online*) acentua:

A legislação, além de omitir-se por longo tempo em regular relações informais, expungia, com veemência, a possibilidade de se extraírem consequências jurídicas de

todo e qualquer vínculo afetivo outro. Proibiu doações, seguros, bem como a possibilidade de herdar, em face de ligações tidas por espúrias. Tal ojeriza, entretanto, não coibiu o surgimento de relacionamentos sem respaldo legal, levando seus partícipes, quando do rompimento da união, às portas do Judiciário. Viram-se os juízes forçados a criar alternativas para evitar flagrantes injustiças, tendo sido cunhada, via jurisprudencial, a expressão *companheira*, como forma de contornar as proibições para o reconhecimento dos direitos banidos pela lei. (DIAS, 2010).

Destarte, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) reconheceu e alargou sobre a nova tendência e concepção familiar, passando a integrar:

[...] as relações monoparentais, de um pai com os seus filhos. Esse redimensionamento, calcado na realidade que se impôs, acabou afastando da ideia de família o pressuposto de casamento. Para sua configuração, deixou-se de exigir a necessidade de existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de sua finalidade a proliferação.

Também a Carta Constitucional reconheceu como família a união estável entre um homem e uma mulher, emprestando juridicidade ao relacionamento existente fora do casamento.

Em 29 de dezembro de 1994 é que surgiu a primeira lei, de nº. 8.971, e posteriormente, surgiu a Lei nº. 9.278, de 10 maio de 1996, tendo maior campo de abrangência. O Código civil nada mais fez do que copiar as mesmas regras dessas leis.

Assim, com a implantação do divórcio, surgiu a instabilidade das uniões tradicionais e consequente aceitação da união estável. Cada vez mais se têm tornado comuns as famílias flutuantes, oriundas parcialmente de várias outras, cujos membros, não de todo definidos entre si, podem ser levados a um convívio descontínuo, superficial, competitivo, francamente hostil ou simplesmente, em muitos casos, confuso.

Esses novos modelos familiares, muitos formados com pessoas que saíram de outras relações, fizeram surgir novas estruturas de convívio, sem que seus componentes disponham de lugares definidos com uma terminologia adequada. (DIAS, 2011, *online*)

Assim, formadas outras modalidades de família, pertinente apresentá-las brevemente nos tópicos a seguir, para depois iniciar o estudo sobre o instituto do divórcio.

## 2.1 Casamento

O casamento é a instituição de família mais antiga dentro de uma sociedade. A família criada pelo casamento possui contornos cristãos, sendo que o Estado passou a dispor sobre regras para sua constituição e também para sua dissolução. (PEREIRA, 1999).

Sobre o conceito de casamento, ensina Caio Mário da Silva Pereira (1999, p. 114):

Há numerosas definições que não se limitam às vezes a conceituar casamento, porém refletem concepções originais ou tendências filosóficas, posto que todos os sistemas o disciplinam, inexistem

uniformidade na sua caracterização. O casamento deve ser definido mais precisamente como vínculo estabelecido entre duas pessoas, mediante o reconhecimento governamental, religioso ou social e que pressupõe uma relação interpessoal de intimidade, cuja representação arquetípica são as relações sexuais, embora possa ser visto por muitos como um contrato.

O casamento, na definição de Júlio César Capparelli (1999, p. 94): “[...] é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida”.

E para Washington de Barros Monteiro (2008, p. 73), o casamento é:

[...] um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimado por ele suas relações sexuais, amorosas, afetivas, obrigacionais, duradoura e com convívio permanente; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

Nota-se que o casamento trata-se de um contrato que gera obrigações para ambas às partes. No entanto, deve-se salientar que essa definição apenas prevalece na atual concepção de família se houver laços afetivos e amorosos entre os nubentes. (RODRIGUES, 2004).

Pertinente reproduzir, a esse respeito, as considerações de Sílvia Rodrigues (2004, p. 124):

O casamento é a sociedade do homem e da mulher que se unem para perpetuar sua espécie, para se ajudar, por assistência mútua, a suportar o peso da vida e para

compartilhar do mesmo destino. Nestas noções inculcam-se elementos metajurídicos que lhe sacrificam a pureza, visto que encaram o matrimônio mais sob o aspecto moral do que jurídico. O casamento é a sociedade solenemente contratada por um homem e uma mulher para colocar sob a sanção da lei a sua união sexual e a prole dela resultante. O casamento é, realmente, a legalização de uma união sexual, o ato pelo qual pessoas de sexo diferente fundam uma família legítima. É, em síntese, a união de um homem com uma mulher para constituírem uma família legítima, afetiva e amorosa.

Também é a lição de Washington de Barros Monteiro (2008, p. 82), afirmando que o casamento não possui um fim único de procriação, mas sim, a mútua assistência entre os cônjuges, conforme a seguir:

Tem o casamento por finalidade primordial a procriação, mas esse fim não é o único. Unindo-se pelo matrimônio, visam igualmente os cônjuges à obtenção de mútua assistência para superação dos encargos da vida. Pode-se dizer, portanto, que o casamento apresenta finalidade: procriação, educação dos filhos e prestação de mútuo auxílio.

Na esfera legislativa e no âmbito da família moderna, a legislação não dispõe de todas as regras pertinentes ao casamento, sendo que apenas o reconhece criando obrigações e deveres recíprocos, isto é, aqueles aclamados pelo interesse social. (DIAS, 2010).

Como exemplo de direitos e deveres, Maria Berenice Dias (2010a, *online*) cita sobre a fidelidade dos cônjuges:

Os mútuos direitos e deveres estão postos no art. 1.566 do Código Civil. O primeiro deles é o de fidelidade recíproca, que representa a natural expressão da monogamia, não constituindo tão-somente um dever moral, mas é exigido pelo direito em nome dos superiores interesses da sociedade. Porém, se eventualmente um ou ambos os cônjuges não cumprem dito dever, tal em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do vínculo matrimonial. Mas não é só. Cabe figurar a hipótese de não ser consagrado dito dever em norma legal. Seria de admitir-se que deixou de existir a fidelidade, deixou de se poder exigir quem sabe o mais sagrado compromisso entre os cônjuges? Não mais haveria a possibilidade de buscar a separação pelo fato de não estar estabelecido em lei esse direito-dever ou dever direito dos consortes?

Assim, na concepção atual da família, ao invés de se preocupar especificamente com os direitos e deveres dentro do casamento, aspectos como solidariedade, ajuda recíproca, afeto e amor, passam a ser mais importantes.

## **2.2 Família monoparental**

Existem, por sua vez, outras espécies de família, além do modelo tradicional já mencionado. Mesmo que a dissolução não seja a mesma de um casamento, em razão do divórcio existir apenas para o casamento, importante destacar essas outras espécies para evitar qualquer conflito entre suas formas.

Uma dessas outras formas de família é a monoparental, que se encontra prevista no § 4º do artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

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

[...]

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Conforme artigo acima transcrito, a família monoparental é o grupo de pessoas ligadas por pais e descendentes. De tal modo, no aspecto da família moderna, esse conceito também vai de encontro à solidariedade, ajuda mútua, afeto e amor.

Nessa concepção, será considerada família monoparental quando seu núcleo for composto por um genitor e seus descendentes, podendo ocorrer, por exemplo, quando um dos pais falecer, ou quando ocorre à separação do casal, ou até mesmo em casos de abandono. (DIAS, 2007).

Deve-se, no entanto, ir mais além, sendo reconhecido também o ente familiar quando a família se baseia em avós e netos ou apenas irmãos. (DIAS, 2007).

Veja-se, pois, precedente jurisprudencial em relação à família monoparental, citando julgamento do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE RELAÇÃO AVOENGA. BUSCA DA ANCESTRALIDADE. DIREITO PERSONALÍSSIMO DOS NETOS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LEGITIMIDADE ATIVA E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PECULIARIDADE. MÃE DOS PRETENSOS NETOS QUE TAMBÉM

POSTULA SEU DIREITO DE MEAÇÃO DOS BENS QUE SUPOSTAMENTE SERIAM HERDADOS PELO MARIDO FALECIDO, PORQUANTO PRÉ-MORTO O AVÔ.

- Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis erga omnes.

- Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana.

- O direito à busca da ancestralidade é personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/88.

- O art. 1.591 do CC/02, ao regular as relações de parentesco em linha reta, não estipula limitação, dada a sua infinitude, de modo que todas as pessoas oriundas de um tronco ancestral comum, sempre serão consideradas parentes entre si, por mais afastadas que estejam as gerações; dessa forma, uma vez declarada a existência de relação de parentesco na linha reta a partir do segundo grau, esta gerará todos os efeitos que o parentesco em primeiro grau (filiação) faria nascer.

- A pretensão dos netos no sentido de estabelecer, por meio de ação declaratória, a legitimidade e a certeza da existência de relação de parentesco com o avô, não caracteriza hipótese de impossibilidade jurídica do pedido; a questão deve ser analisada na origem, com a amplitude probatória a ela inerente.

- A jurisprudência alemã já abordou o

tema, adotando a solução ora defendida. Em julgado proferido em 31/1/1989 e publicado no periódico jurídico NJW (Neue Juristische Woche) 1989, 891, o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG) afirmou que “os direitos da personalidade (Art. 2 Par. 1º e Art. 1º Par. 1º da Constituição Alemã) contemplam o direito ao conhecimento da própria origem genética.”

- Em hipótese idêntica à presente, analisada pelo Tribunal Superior em Dresden (OLG Dresden) por ocasião de julgamento ocorrido em 14 de agosto de 1998 (autos n.º 22 WF 359/98), restou decidido que “em ação de investigação de paternidade podem os pais biológicos de um homem já falecido serem compelidos à colheita de sangue”.

- Essa linha de raciocínio deu origem à reforma legislativa que provocou a edição do § 372a do Código de Processo Civil Alemão (ZPO) em 17 de dezembro de 2008, a seguir reproduzido (tradução livre): “§372a Investigações para constatação da origem genética. I. Desde que seja necessário para a constatação da origem genética, qualquer pessoa deve tolerar exames, em especial a coleta de amostra sanguínea, a não ser que o exame não possa ser exigido da pessoa examinada. II. Os §§ 386 a 390 são igualmente aplicáveis. Em caso de repetida e injustificada recusa ao exame médico, poderá ser utilizada a coação, em particular a condução forçada da pessoa a ser examinada.”

- Não procede a alegada ausência de provas, a obstar o pleito deduzido pelos netos, porque ao acolher a preliminar de carência da ação, o TJ/RJ não permitiu que a ação tivesse seguimento, sem o que, não há como produzir provas, porque não chegou o momento processual de fazê-lo.

- Se o pai não propôs ação investigatória quando em vida, a via do processo encontra-se aberta aos seus filhos, a possibilitar o reconhecimento da relação avoenga; exigem-se, certamente, provas hábeis, que deverão ser produzidas ao longo do processo, mas não se pode despojar do solo adequado uma semente que apresenta probabilidades de germinar, lançando mão da negativa de acesso ao Judiciário, no terreno estéril da carência da ação.

- O pai, ao falecer sem investigar sua paternidade, deixou a certidão de nascimento de seus descendentes com o espaço destinado ao casal de avós paternos em branco, o que já se mostra suficiente para justificar a pretensão de que seja declarada a relação avoenga e, por consequência, o reconhecimento de toda a linha ancestral paterna, com reflexos no direito de herança.

- A preservação da memória dos mortos não pode se sobrepor à tutela dos direitos dos vivos que, ao se depararem com inusitado vácuo no tronco ancestral paterno, vêm, perante o Poder Judiciário, deduzir pleito para que a linha ascendente lacunosa seja devidamente preenchida.

- As relações de família tal como reguladas pelo Direito, ao considerarem a possibilidade de reconhecimento amplo de parentesco na linha reta, ao outorgarem aos descendentes direitos sucessórios na qualidade de herdeiros necessários e resguardando-lhes a legítima e, por fim, ao reconhecerem como família monoparental a comunidade formada pelos pais e seus descendentes, inequivocamente movem-se no sentido de assegurar a possibilidade de que sejam declaradas relações de parentesco pelo Judiciário, para além das hipóteses de filiação.

- Considerada a jurisprudência do STJ no sentido de ampliar a possibilidade de reconhecimento de relações de parentesco, e desde que na origem seja conferida a amplitude probatória que a hipótese requer, há perfeita viabilidade jurídica do pleito deduzido pelos netos, no sentido de serem reconhecida a relação avoenga, afastadas, de rigor, as preliminares de carência da ação por ilegitimidade de parte e impossibilidade jurídica do pedido, sustentadas pelos herdeiros do avô.

- A respeito da mãe dos supostos netos, também parte no processo, e que aguarda possível meação do marido ante a pré-morte do avô dos seus filhos, segue mantida, quanto a ela, de igual modo, a legitimidade ativa e a possibilidade jurídica do pedido, notadamente porque entendimento diverso redundaria em reformatio in pejus.

Recurso especial provido. (STJ. REsp 807849 / RJ. Recurso Especial: 2006/0003284-7. Órgão Julgador: Segunda Seção. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 24 mar. 2010. Data de publicação: 06 ago. 2010). (BRASIL, 2010, *online*)

O julgado acima demonstra que os netos têm direito ao reconhecimento do pai, considerando que as relações familiares ocorrem também em linha reta, pois, a própria Constituição Federal (BRASIL, 1988) admite como família a monoparental, que é a comunidade formada pelos pais e seus descendentes, fazendo com que venham a ter direitos e obrigações, dentre eles, o de reconhecimento do pai, herança e sucessão.

### 2.3 União estável

Outra forma de se formar a família e que se

encontra prevista na Constituição Federal (BRASIL, 1988) é através da união estável. Trata-se de uma modalidade bastante usual e conhecida pela sociedade, em razão da facilidade em se formar este tipo de família.

O artigo 226, § 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) assim dispõe especificamente quanto ao reconhecimento da união estável:

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.

Em relação ao conceito de união estável, é retratado pelo artigo 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2002), na qual corresponde a uma entidade familiar entre homem e mulher, exercida contínua e publicamente, semelhante ao casamento. Assim prevê o respectivo artigo 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*):

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.

§ 1º 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.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

O artigo 1.724 do Código Civil (BRASIL, 2002,



*online*) também corrobora com o entendimento da união estável: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

Pode-se dizer, portanto, de acordo com Heloisa Maria Ferreira Durães (2017, *online*):

[...] os companheiros convivem de modo duradouro e com intuito de constituição de família. Na verdade, ela nasce do afeto entre os companheiros, sem prazo certo para existir ou terminar, porém, a convivência pública não explícita a união familiar, mas somente leva ao conhecimento de todos, já que o casal vive com relacionamento social, apresentando-se como marido e mulher.

Maria Berenice Dias (2010b, *online*) também fundamenta sobre a união estável, esclarecendo que:

No contexto de um mundo globalizado, com a emancipação feminina, a evolução dos costumes e os avanços da engenharia genética, foram rompidos os paradigmas a que estava condicionada a família: casamento, sexo e reprodução. O casamento não mais serve para o reconhecimento da entidade familiar, o sexo deixou de ter lugar exclusivamente no matrimônio, e o contato sexual se tornou dispensável para a procriação. Não se pode mais pensar a família no singular, é imperiosa a busca de novos referenciais para inserir no âmbito do Direito os mais diversos relacionamentos interpessoais. A Constituição Federal acabou se curvando à realidade e enlaçou o afeto no âmbito da proteção do Estado. Para afastar o estigma do termo concubinato, o constituinte chamou de união estável a relação não-matrimonializada entre um homem e uma

mulher.

Assim, o conceito de união estável se enquadra perfeitamente como sendo uma constituição de família. Na definição de Washington de Barros Monteiro (2008, p. 43): “[...] união estável é uma relação lícita, ou seja, sob a guarda e proteção legal, entre homem e mulher, em constituição de família. Era o antigo concubinato chamado puro”.

Ademais, outro elemento conceitual é a convivência pública, contínua e duradoura entre os companheiros. São elementos caracterizadores dessa união, sendo que, sem respectivas características, não terá a intenção de se formar uma família.

Sua dissolução não se faz através do divórcio, mas sim por simples dissolução da união estável, que poderá ser feita através de Tabelionato de Notas, ou através da Justiça, caso tenha interesse do filho menor envolvido.

## **2.4 União estável homoafetiva**

Existe outra forma de constituição de família, que é aquela voltada para a homoafetividade. A homoafetividade não se encontra prevista diretamente na Constituição Federal (BRASIL, 1988) ou pela lei infraconstitucional, porém, é reconhecida pelo Poder Judiciário como ente familiar, contendo todos os aspectos de deveres e obrigações.

Sobre a definição de união homoafetiva, é aquela voltada para casais do mesmo sexo, vivendo em relação mútua, gerando afetividade, amor, companheirismo e aspectos de sobrevivência mútua. (DIAS, 2017).

De tal forma, se alguém escolhe viver sua sexualidade com uma pessoa do mesmo sexo, unindo-se entre si e trazendo consigo todas as características de um relacionamento, ou seja, um convívio público e duradouro,

conceito este que muito se assemelha com o da união estável, é porque agiu dentro de seu direito fundamental. (DIAS, 2017).

Aliás, o relacionamento entre duas pessoas gira em torno do que dispõe o artigo 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*): “É reconhecida como entidade familiar à união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Sobre a equiparação das uniões homoafetivas com a união estável, ela pode ser vista na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na oportunidade em que Maria Berenice Dias (2017, *online*) era desembargadora, sendo que é a mesma quem a transcreve em seu site jurídico:

EI 70006984348  
MBD 2003/Cível -----UNIÃO  
HOMOAFETIVA. UNIÃO ESTÁVEL.  
PARTILHA DE BENS. Inquestionada a  
existência do vínculo afetivo por cerca de  
10 anos, atendendo a todas as  
características de uma união estável,  
imperativo que se reconheça sua  
existência, independente de os parceiros  
serem pessoas do mesmo sexo.  
Precedentes jurisprudenciais. POR  
MAIORIA, DESACOLHERAM OS  
EMBARGOS DA SUCESSÃO E  
ACOLHERAM OS EMBARGOS DE  
T.M.S. -----  
----- EMBARGOS INFRINGENTES  
4ºGRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS Nº  
70006984348 PORTO ALEGRE  
SUCESSÃO DE E.H.K., representada por  
V.F.K. e H.K. 1º  
EMBARGADO/EMBARGANTE; T.M.S.  
2º EMBARGADO/EMBARGANTE.  
[...] A equiparação das uniões

homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo originariamente destinado a situação diversa de tais relações, qual seja, a comunidade familiar formada pela união estável entre um homem e uma mulher. A semelhança autorizadora seria a ausência de vínculos formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva, sexual, duradoura e permanente entre companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre com pessoas de sexos diferentes, argumento que avança no sentido da concretização da Constituição, pois confere uma unidade diante da realidade histórica, fazendo concorrer com os princípios informativos do Direito de Família, também presentes na Carta Federal, outros princípios constitucionais, como o da isonomia e a proibição de discriminação por motivo de sexo e orientação sexual, como também o da dignidade humana. Não há como se fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável, pois o óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso de tal forma integrativa do sistema jurídico, eis que identidade sexual, assim como a esterilidade do casal, não serve de justificativa para se buscar qualquer outro ramo do Direito que não o Direito de Família.

Portanto, a união homoafetiva pode ser caracterizada também como união estável entre pessoas do mesmo sexo, sendo que a diferença entre a redação legal e a prática é a questão dos componentes serem do mesmo sexo. (DIAS, 2017).

Importante ressaltar que a homoafetividade foi objeto de análise no ano de 2011, onde o Supremo Tribunal Federal, interpretando a lei de forma a atender aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº. 4.277 (BRASIL, 2009), reconhecendo a união estável para casais do mesmo sexo.

Assim se formou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à homoafetividade:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. [...] O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou

obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia. [...] O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. [...] A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada

na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. [...] Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (STF. ADI 4277/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Data de julgamento: 05 mai. 2011. Data de publicação: 14 out. 2011). (BRASIL, 2011, *online*)

Observe-se, assim, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é voltada para a dignidade da pessoa, na qual corresponde ao direito do casal homoafetivo viver em união estável, e, por consequência, serem adotadas as regras do Código Civil (BRASIL, 2002) e demais legislações infraconstitucionais no que tange a direitos e deveres, inclusive, na sucessão e herança. (DIAS, 2017).

Atualmente, os casais homoafetivos podem até mesmo se casar civilmente, devendo o Tabelião proceder com os procedimentos da mesma forma que um casamento heterossexual. E neste caso, como poderá haver o casamento, conseqüentemente existirá a figura do divórcio quando dissolvido o casamento, que também terá as

mesmas regras do divórcio do casal heterossexual.

Estas são, portanto, as formas de concepções de família, caracterizando-as como a família pós-moderna. Assim, verificadas as formas mais atuais de formação de família, passa a analisar o instituto do divórcio, conforme capítulo a seguir.

### 3 O DIVÓRCIO NO BRASIL

O divórcio no Brasil é algo que existe há bastante tempo. Muitas legislações como a Constituição da República Federativa do Brasil, Código Civil entre outras já adotaram as regras, tendo em vista que o é único meio de dissolver com o casamento.

Aliás, quando se fala em dissolver com o casamento é porque os cônjuges, não desejando mais conviver mutuamente, deixam de ter direitos e deveres recíprocos, na qual se fundamenta através do processo de divórcio.

Este processo de divórcio, atualmente, pode ser realizado através dos meios judicial ou extrajudicial, sendo um avanço signitativo porque faz com que o Estado deixe de atuar positivamente na vontade das pessoas.

Outrora, o Estado obrigava os cônjuges a permacerem separados judicialmente ou separados de fato, para somente depois, concluirem com o divórcio. No entanto, a função da separação judicial ou separação de fato tinha como elemento e justificativa a conciliação do casal. (DIAS, 2012).

Melhor dizendo, o Estado deve sempre proteger as famílias, e para tanto, utiliza como princípio básico o da conciliação. Trata-se, pois, de uma garantia constitucional prevista no *caput* do artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Advém, portanto, o fundamento da separação para que o casal continue atrelado ao casamento, pois, ainda não tiveram o divórcio efetivado. Neste caso, poderá em algum momento o casal se conciliar, fazendo com que o casamento se torne novamente aplicável. Este é um dos motivos para que exista a separação e não o divórcio direito. (DIAS, 2012).

Entretanto, baseando-se no fato da cultura da sociedade que se encontra em grande evolução, a separação caiu em desuso, sendo que a vontade de se divorciar sem preencher nenhum requisito se tornou regra para a sociedade, tanto que a legislação passou a prever esta possibilidade. (DIAS, 2012).

Destarte, o divórcio no Brasil é algo salutar, que demonstra evolução cultural e social, sendo que se antes o divórcio era tido como medida de exceção, atualmente passou a ser amplamente conhecido e de fácil acesso, sendo que os próprios cartórios de notas passaram a poder realizar este procedimento.

Nesta esteira, pertinente apresentar a regulamentação do divórcio no Brasil, conforme se faz no tópico a seguir.

### 3.1 Regulamentação

O divórcio no Brasil foi instituído oficialmente com a Emenda Constitucional nº. 9 (BRASIL, 1977), de 28 de junho de 1977, regulamentada pela Lei nº. 6.515/77 (BRASIL, 1977) de 26 de dezembro de 1977.

Surgiu, por sua vez, a Lei nº. 11.441/07 (BRASIL, 2007) de 4 de janeiro de 2007, que regulou o divórcio e a separação consensual na esfera administrativa, isto é, passou a ser desnecessário ingressar com ação judicial para dissolver o casamento, bastando o casal comparecer, assistidos por advogado, a um ofício de notas e apresentar o pedido, lavrando-se escritura pública para posterior

averbação no cartório de registro civil.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), em seu artigo 226, § 6º, antes de adotar a Lei do Divórcio (BRASIL, 2010), dispunha da seguinte forma:

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

[...]

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Conforme se observa, para que o divórcio pudesse ser realizado, via judicial ou via administrativa, era necessário preencher alguns requisitos, quais sejam:

- a) entrar com um pedido de separação judicial e aguardar um ano para converter essa separação em divórcio;
- b) comprovar a separação de fato por mais de dois anos.

Antes de se realizar o divórcio os cônjuges não poderiam conceber novas núpcias, pois deveriam aguardar os prazos estabelecidos pela norma constitucional, para após realizar o divórcio, aí sim, poder contrair um novo casamento civil. (DIAS, 2012).

Maria Berenice Dias (2012, *online*) já dissertou sobre o divórcio previsto pelo § 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Mesmo com a nova Constituição e o recente Código Civil, enorme eram os entraves para, enfim, as pessoas poderem buscar a felicidade em novas relações. A

separação, ainda que consensual, só podia ser obtida depois de um ano do casamento. A separação litigiosa dependia da identificação de culpados, e somente o 'inocente' tinha legitimidade para ingressar com a ação. Depois, era necessário aguardar um ano para converter a separação em divórcio. Já o divórcio direto estava condicionado ao prazo de dois anos da separação de fato. Ou seja, dependia do decurso do prazo ou de simples declaração de duas testemunhas de que o casal estava separado por este período.

A partir da publicação da Emenda Constitucional nº. 66 (BRASIL, 2010), em 13 de julho de 2010, a exigência do tempo para a realização do divórcio foi abolida do texto constitucional, ou seja, passou a ser desnecessário aguardar um ano para converter a separação judicial em divórcio ou comprovar a separação de fato por mais de dois anos.

O § 6º do artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) passou a ter a seguinte redação: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".

Este novo modelo de divórcio foi instaurado no momento em que as famílias já haviam evoluído socialmente, uma vez que atualmente o casamento não mais possui as mesmas características de antigamente. (DIAS, 2012).

Para um casamento atual, o que vale é o amor, o afeto e a forma de convivência, acima de todas as diferenças. Por isso, em várias nações, o casamento entre homossexuais está sendo legalizado. Outra mudança com

relação ao matrimônio é que a mulher não fica submissa ao homem, pois ela conquistou o seu espaço dentro da sociedade e consegue equilibrar a vida de esposa e profissional. (DIAS, 2012).

Exatamente por isso é que a separação judicial litigiosa deixou de ser utilizada, pois falta a efetividade, presteza, eficiência, e, principalmente, modernidade familiar, embora exista o conceito da possível conciliação do casal. (DIAS, 2012).

Por outro lado, a realização do divórcio passou a ser mais célere, uma vez que, após o casamento, não é necessário mais aguardar um decurso de prazo para se divorciar, podendo requerer o divórcio após a imediata separação de fato do casal, por conseguinte, os divorciados podem se casar novamente.

Assim, embasado nesta nova regulamentação do divórcio, as pessoas podem decidir mais facilmente se desejam permanecer casadas ou se optam em divorciar. Contudo, pertinente apresentar o conceito de divórcio, no que se faz no tópico a seguir.

### 3.2 Conceito

Em relação ao conceito de divórcio, conforme definição de Sílvia Rodrigues (2011, p. 56), é: "[...] o rompimento legal e definitivo do vínculo de um casamento civil".

Ainda nos ensinamentos de Sílvia Rodrigues (2011, p. 55): "[...] a palavra divórcio vem do latim *divortium*, derivado de *divertere*, que significa separar-se. O processo legal do divórcio pode envolver questões de pensão alimentar, regulação de guarda de filhos, partilha de bens etc".

Segundo o site jurídico Direito Net (2009, *online*), divórcio é:

O rompimento do vínculo conjugal

reconhecido pela lei. O divórcio rompe o vínculo matrimonial, permitindo um novo casamento dos cônjuges divorciados. Ele põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso, mas não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

E nas palavras de Maria Berenice Dias (2002, p. 280): “[...] o divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, a extinção do vínculo matrimonial, que se opera mediante sentença judicial, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias”.

Verifica-se que o divórcio nada mais é que o rompimento do casamento, fazendo com que o casal volte a estar em estado *a quo*, ou seja, da mesma forma de antes de se casarem. Terão *status* de divorciados, porém, livre de deveres e direitos recíprocos.

Frisa-se que em determinados divórcios continua existindo o dever de alimentos em razão de que um dos cônjuges não consegue sobreviver sem a assistência do outro. Em outras palavras, depende da dependência econômica e da necessidade de receber a pensão, conforme se observa pela jurisprudência do Tribunal de Justiça:

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE DIVÓRCIO - ALIMENTOS PARA EX-ESPOSA - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E NECESSIDADE - NÃO DEMONSTRADAS - PARTILHA - SALDO DE FGTS - NÃO CABIMENTO - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A obrigação de prestar alimentos é devida em atenção ao binômio necessidade/possibilidade, de modo que ausente a prova pela ex-esposa da alegada dependência econômica e da necessidade de receber a pensão requerida, indefere-se o pedido. 2. Permanecendo os depósitos de FGTS indisponíveis na conta-vinculada

do trabalhador, estes guardam natureza personalíssima, não sendo passíveis de partilha, mesmo que ocorra a separação do casal, casados sobre o regime de comunhão parcial de bens. (TJMG. Apelação Cível nº. 1.0433.14.024016-2/001 0240162-90.2014.8.13.0433 (1). Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível. Relatora Desembargadora Hilda Teixeira da Costa. Data de julgamento: 31 jan. 2017. Data de publicação: 10 fev. 2017). (MINAS GERAIS, 2017, *online*)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DIVÓRCIO CUMULADA COM PARTILHA - ALIMENTOS EM FAVOR DA EX-ESPOSA - DEVER DE ASSISTÊNCIA MÚTUA - CAPACIDADE LABORATIVA - AUSÊNCIA DE NECESSIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Os alimentos devidos pelo ex-consorte se sustentam no dever de "mútua assistência", que se prolonga para além do rompimento do vínculo, quando há fundada necessidade de quem os pleiteia, que, por motivos alheios a sua vontade, não possui condições de se manter por suas próprias expensas. 2. Incumbe àquele que pleiteia a pensão alimentícia a demonstração da necessidade, configurada na impossibilidade de arcar com sua própria subsistência (art. 333, I do CPC). 3. Mulher em idade ativa, que exerce atividade laborativa. Necessidade não demonstrada. 4. Recurso não provido. (TJMG. Apelação Cível nº. 1.0647.13.005419-8/001 0054198-95.2013.8.13.0647 (1). Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Relatora Desembargadora Áurea Brasil. Data de julgamento: 13 nov. 2014. Data de publicação: 24 nov. 2014). (MINAS GERAIS, 2014, *online*)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO - ALIMENTOS - NECESSIDADE DA EX-ESPOSA NÃO COMPROVADA - MEAÇÃO DE VALOR OBTIDO NA ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL DE PROPRIEDADE DO EX-CASAL - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. A comprovação nos autos de ter a ex-esposa capacidade e qualificação laborativa - tanto que já se encontra inserida no mercado de trabalho -, aliada à renda proporcionada pela meação dos bens partilhados, torna indevida a obrigação alimentar imposta ao ex-marido. 2. Deve ser partilhado o valor do produto da alienação de bem imóvel de propriedade das partes, anteriormente ao fim do casamento, com a devida atualização da quantia apurada àquela época. 3. Primeiro recurso parcialmente provido e segundo não provido. (TJMG. Apelação Cível nº. 1.0024.12.048319-3/002 0483193-16.2012.8.13.0024 (1). Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível. Relator Desembargador Edgard Penna Amorim. Data de julgamento: 20 nov. 2014. Data de publicação: 01 dez. 2014). (MINAS GERAIS, 2014, *online*)

Destarte, apesar da maioria dos divórcios não existirem mais relações de obrigações e deveres, em determinadas hipóteses poderá insurgir o fato de prestar alimentos, sem falar que a obrigação com os filhos continua à mesma.

### 3.3 Características

As características essenciais do divórcio é verificar seus requisitos. Para tanto, o Código Civil (BRASIL, 2002, *online*) apresenta dois tipos de divórcio: o direto e o indireto, conforme artigo 1.580:

Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

O divórcio indireto é o que consta no *caput* do artigo 1.580, que trata do prazo de um ano. Dentro deste ano, o casal encontra-se separado de forma judicial, sendo que irá ser convertido em divórcio conforme regra estabelecida no § 1º.

Já o divórcio direto é quando quando já existe separação de fato por mais de dois anos. Ou seja, não é necessário a separação judicial de um ano, bastando estar separado de fato por dois anos e requerer diretamente o divórcio.

Entretanto, em que pese estas regras ainda estarem previstas no Código Civil (BRASIL, 2002), elas não mais estão em uso pelo motivo de que não é mais necessário decorer nenhum prazo para o divórcio em virtude da Emenda Constitucional nº. 66 (BRASIL, 2010). Ou seja,



de acordo com o § 6º do artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Portanto, basta o casal requerer diretamente o divórcio, não tendo que se falar mais em divórcio indireto.

Outras características previstas no Código Civil (BRASIL, 2002, *online*) estão delineadas nos artigos 1.581 e 1.582:

Art. 1.581. O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

Art. 1.582. O pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges.

Parágrafo único. Se o cônjuge for incapaz para propor a ação ou defender-se, poderá fazê-lo o curador, o ascendente ou o irmão.

As regras do artigo 1.581 e 1.582, *caput*, continuam em vigor, sendo que se trata de requisitos para poder proceder com o divórcio. Em relação ao parágrafo único do artigo 1.582 encontra-se distorcida em razão da regra do artigo 5º, parágrafo único, inciso II do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*):

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

[...]

II - pelo casamento.

Desta feita, utiliza-se a regra contida no artigo 5º, inciso II do Código Civil (BRASIL, 2002), podendo o menor se divorciar sem a necessidade de outrem intepor ação judicial em seu nome. Pode, inclusive, requerer o

divórcio pela via extrajudicial.

### 3.4 A lei do divórcio e sua utilização prática

Chega-se, por sua vez, a criar um elo entre a lei do divórcio e sua utilização na prática. A Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) trata do casamento em seu artigo 226, garantindo o mencionado artigo: “[...] a proteção da família pelo Estado; a gratuidade da celebração do matrimônio; a facilidade em conversão da união estável em casamento; a família monoparental; a isonomia nos deveres e direitos no matrimônio; e a dissolução da sociedade conjugal”.

Disponha a norma legal:

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito 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.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. (BRASIL, 1988, p. 139).

Conforme se observa, o § 6º trata da antiga lei do divórcio que possuía regras de prazos para a conversão da separação em divórcio. A partir da publicação da Emenda Constitucional nº. 66 (BRASIL, 2010), a exigência do tempo para a realização do divórcio foi abolida do texto constitucional, passando o § 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) possuir a seguinte redação: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Denota-se que a realização do divórcio ficou mais célere, pois acabou com o instituto da separação, podendo, desta forma, os consortes requererem o divórcio direto sem qualquer prazo, ou seja, não é mais necessário aguardar um decurso de tempo para divorciar.

É imperioso salientar que para o divórcio realizado na via administrativa, as regras são diferentes da via judicial. No divórcio via cartorial ou via administrativa, o casal deve preencher os seguintes requisitos:

- a) não pode haver filhos menores e/ou incapazes;
- b) a separação deve ser realizada por consenso entre partes, caso contrário, será obrigatoriamente realizado pela via judicial com a participação efetiva do Ministério Público, uma vez que tratará de interesse de menor.

Preenchendo estes requisitos, basta os cônjuges peticionarem, através de advogado, junto ao cartório de notas, devendo constar no pedido de escritura pública de

divórcio: a partilha dos bens; se irá voltar a utilizar o nome de solteiro (se for o caso); os alimentos etc.

Após assinatura da escritura pública de divórcio não é necessário sua homologação em juízo, sendo que apenas deverá ser levado ao cartório de pessoas naturais para que seja averbado o divórcio.

E essas providências podem ser tomadas um dia após o casamento, pois, como demonstrado pela legislação, o prazo para o pedido de divórcio não é mais um requisito a ser observado.

Maria Berenice Dias (2012, *online*) comenta sobre este regramento prático do divórcio:

O avanço é significativo e para lá de salutar, pois atende aos princípios da liberdade e respeita a autonomia da vontade. Afinal, se não há prazo para casar nada justifica a imposição de prazos para o casamento acabar. Com a alteração, acaba o instituto da separação. Também deixa de existir o estado civil de separado. As pessoas que eram separadas judicialmente passam ao estado civil de divorciadas, sem a necessidade de qualquer providência. Além disso, a medida produzirá significativo desafogo do Poder Judiciário, pois todos os processos de separação automaticamente se transformarão em ação de divórcio. E, como para a sua concessão não cabe a identificação de culpados, não haverá mais necessidade da

produção de provas e inquirição de testemunhas. As demandas se limitarão a definir eventual obrigação alimentar entre os cônjuges e a questão do nome, caso algum deles tenha adotado o sobrenome do outro.

Assim, diante desta possibilidade, o divórcio passou a ser um dos institutos mais eficientes Brasil, considerando que separar passou a ser ágil, célere e efetivo, sendo que o Estado não mais obriga ninguém a permanecer separado de fato ou separado judicialmente. (DIAS, 2012).

Entretanto, na prática existem questões que podem gerar dúvidas para a realização do divórcio. A primeira dúvida que merece destaque é sobre a redação do texto constitucional. A redação anterior dispunha: “§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

Neste passo, a antiga redação constitucional impunha condições para a concessão do divórcio, no entanto, como a nova redação do texto constitucional excluiu a parte final do artigo 226, desapareceu toda e qualquer restrição para a concessão do divórcio, que pode ser concedido sem prévia separação e sem o implemento de prazos.

A partir de então, surgem eventuais controvérsias referentes a causa, culpa ou prazos que deixam de integrar o objeto da demanda. Via de consequência, não subsiste a necessidade do decurso de um ano do casamento para a obtenção do divórcio.

No entanto, com a nova redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” (BRASIL, 1988,

*online*), não aboliu o verbo pode, e por esse motivo, fica a dúvida se não desapareceu o instituto da separação judicial, persistindo a possibilidade de os cônjuges buscarem sua concessão pelo só fato de continuar na lei civil dispositivos regulando a separação.

Conforme afirma Maria Berenice Dias (2010, *online*):

[...] a conclusão é para lá de absurda, pois vai de encontro ao significativo avanço levado a efeito: afastou a interferência estatal que, de modo injustificado, impunha que as pessoas se mantivessem casadas. O instituto da separação foi eliminado. Todos os dispositivos da legislação infraconstitucional a ele referente restaram derogados e não mais integram o sistema jurídico. Logo, não é possível buscar em juízo a decretação do rompimento da sociedade conjugal.

O entendimento dominante é que não existe mais razão para existir a separação judicial, motivo pelo qual o conjugue pode adentrar ou requerer o divórcio direto.

Outra dúvida é sobre a necessidade de manter a identificação de um culpado para a separação, porque a quantificação do valor dos alimentos está condicionada à culpa de quem os pleiteia. Neste caso, afirma Maria Berenice Dias (2010, *online*): “[...] tal redutor está restrito ao âmbito dos alimentos e de forma alguma pode condicionar a concessão do divórcio, até porque caíram por terra os arts. 1.702 e 1.704 da lei civil”.

Outro ponto que merece destaque é daqueles que

observam uma desvantagem no instituto do divórcio, pois, como não há mais a separação e sim logo o divórcio, um futuro arrependimento não seria possível à reconciliação, porque não mais retornaria ao estado inicial de casados, ou seja, havendo arrependimento, a necessidade de ocorrer novo casamento obrigaria a partilha dos bens do casamento anterior ou a adoção do regime da separação obrigatória. Sobre o tema, fundamenta Maria Berenice Dias (2010, *online*):

Havendo dúvidas ou a necessidade de um prazo de reflexão, tanto a separação de fato como a separação de corpos preservam o interesse do casal. Qualquer dessas providências suspende aos deveres do casamento e termina com a comunicabilidade dos bens. A separação de corpos, inclusive, pode ser levada a efeito de modo consensual por meio de escritura pública. E, ocorrendo a reconciliação tudo volta a ser como era antes. Sequer há a necessidade de revogar a separação de corpos. O único efeito - aliás, bastante salutar - é que bens adquiridos e as dívidas contraídas durante o período da separação é de cada um, a não ser que o par convencie de modo diferente.

Esta questão do arrempedimento possui sintonia com a conciliação, que é interessante pelo fato de se tentar a reconciliação do casal, ou seja, a conciliação é algo eminente entre as pessoas, não podendo deixar de ocorrer,

nem mesmo nos casos de divórcio que ocorrem pela via administrativa.

### 3.5 O procedimento do divórcio

Para proceder com o divórcio o cônjuge ajuizar ação judicial, independente de separação anterior ou prazos. Este ajuizamento judicial é opcional, pois, não se pode impedir alguém de ingressar junto ao Poder Judiciário, tratando-se de garantia prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Existe, porém, outro procedimento que é através da via administrativa. Conforme já mencionado, a forma judicial é obrigatória somente quando há filhos menores e/ou incapazes, devendo ser constituído de advogado. Na via administrativa, também é obrigatória a presença de advogado, mas somente poderá ser utilizado quando não houver interesse de incapazes e quando for divórcio consensual, mormente será realizado o divórcio através de escritura pública, para depois ser averbada no cartório de pessoas naturais competente.

Nos dois casos, tanto a administrativa quanto o judicial, será definido se haverá pagamento de pensão alimentícia, mudança de nome (voltar a assinar o nome de solteiro) e partilha de bens.

Sobre o procedimento, assevera Maria Berenice Dias (2010, *online*):

A verdade é uma só: a única forma de dissolução do casamento é o divórcio, eis que o instituto da separação foi banido – e em boa hora – do sistema jurídico pátrio. Qualquer outra conclusão

transformaria a alteração em letra morta. A nova ordem constitucional veio para atender ao anseio de todos e espancar definitivamente a culpa do âmbito do Direito das Famílias. Estava mais do que na hora de acabar com uma excrescência que só se manteve durante anos pela histórica resistência à adoção do divórcio. Mas, passados mais de 30 anos nada, absolutamente nada justifica manter uma dupla via para assegurar o direito à felicidade, que nem sempre está na manutenção coacta de um casamento já roto.

Porém, deve-se deixar claro sobre o divórcio judicial. Será procedido o divórcio judicial quando houver filhos menores e não for consensual, e neste caso, deverá ser obrigatoriamente ajuizar uma ação de divórcio perante a Vara de Família.

Quando ocorre essa hipótese, deverá o divórcio ser procedido com a guarda dos filhos, uma vez que se torna uma obrigação estipular e regulamentar visita, ou decidir por uma guarda compartilhada. Atualmente, os juízes devem se compatibilizar com a guarda compartilhada, devendo ser um atribuído nos processos de divórcio.

### **3.6 Divórcio extrajudicial**

O divórcio extrajudicial é a via administrativa para a realização do procedimento. Para requerer o divórcio pela via extrajudicial, ou seja, através do cartório de notas, é necessário obedecer, primeiramente, a regra estabelecida pelo artigo 733 do Código de Processo Civil (BRASIL,

2015, *online*), *verbis*: “O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731”.

Observe-se que para requerer o divórcio via cartório, é imperioso que o casal não tenha filhos menores ou incapazes. Quando o casal tiver filhos menores ou incapazes, torna-se obrigatório o ajuizamento de uma ação judicial, uma vez que o Ministério Público deverá acompanhar o feito.

Outro requisito que deve ser observado é a consensualidade. Para haver a separação via administrativa, deve o casal estar de acordo, ou seja, deve haver consenso para assim ser feito a respectiva escritura pública, que deverá conter obrigatoriamente a assinatura de ambos os consortes. Neste sentido é o ensinamento de Jacques Y. Negri (2012, p. 11):

O procedimento extrajudicial trazido pela lei restringe-se àquelas hipóteses de ausência de litigiosidade ou quando esta puder ser composta amigavelmente entre os contratantes, e se não envolver interesse de menores ou incapazes. Todo o procedimento, em resumo, visa a resolver a partilha de bens entre maiores e capazes. Deste modo, caso perceba o tabelião que um dos contratantes esteja dispondo, no todo ou em parte, de sua meação ou mesmo renunciando à pensão alimentícia da qual notoriamente necessita, deverá

recusar-se a lavrar a escritura. A separação e o divórcio consensuais poderão ser realizados também caso não haja filhos menores ou incapazes do casal, e observados os demais requisitos legais, como o consenso. Com a emancipação dos filhos menores nos termos do art. 5º, I do CC, em que pese cessar a incapacidade, persiste a menoridade. Deste modo, conclui-se pela necessidade do procedimento judicial mormente pelo fato de que poderão os pais emanciparem seus filhos menores para que, com intuito fraudulento, lhes sejam possibilitadas as vias extrajudiciais. Observe-se que, valendo-se da separação e divórcio extrajudiciais, vale dizer, mediante escritura pública, que não haverá intervenção do MP, tampouco audiência perante o juiz, que não homologaria a separação ou o divórcio caso vislumbrasse alguma tentativa de fraude.

Maria Berenice Dias (2012, *online*) apresenta sobre a significativa mudança e os princípios alcançados pela forma extrajudicial de se dissolver um casamento, conforme a seguir:

A alteração é significativa e para lá de salutar, pois atende ao princípio da liberdade e respeita a autonomia da vontade. Nada justifica impor a

alguém a obrigação de manter-se casado. Nem as obrigações decorrentes do poder familiar exigem que os pais vivam sob o mesmo teto, muitas vezes em um clima de tanta beligerância muito mais nocivo aos filhos. Também não se pode dizer que a salutar novidade venha a banalizar os ‘sagrados’ laços do matrimônio. Não, ao contrário. Em face da enorme dificuldade de pôr um fio ao casamento a opção passou a ser a união estável, pois não há a necessidade da intervenção estatal nem prazos ou identificação de culpas para se dissolver. Os processos de separação, muitas vezes, se arrastavam por anos, com enormes prejuízos ao par e principalmente aos filhos. Previsíveis os danos emocionais e afetivos ao tomarem conhecimento que um dos seus genitores foi declarado culpado.

Assim, diante dessa evolução constitucional, este procedimento do divórcio também trouxe forma eficiente de extinguir a dissolução do casamento. Quanto aos demais requisitos, os parágrafos do artigo 733 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, *online*) prevêm:

Art. 733.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância

depositada em instituições financeiras.  
§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Caso faltem alguns dos requisitos no requerimento de divórcio o procedimento não poderá ser realizado, eis que deve ser cumprido com a norma legal. Por sua vez, fato é que as partes interessadas podem optar entre o procedimento judicial e o procedimento extrajudicial do divórcio, não havendo obrigação legal para escolher uma ou outra quando cumpridos os requisitos

Portanto, verificadas as disposições do divórcio, passa-se a analisar o objeto central de estudo, que é sobre a importância da conciliação no divórcio, conforme tópico a seguir.

#### **4 A IMPORTÂNCIA DA CONCILIAÇÃO NO DIVÓRCIO**

A conciliação é algo eminente entre os seres humanos. Quando a questão comporta conciliação, é necessário, antes de prosseguir com qualquer procedimento, tentar a conciliação.

Neste apreço, o legislador adequou o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) de 2015 às novas técnicas conciliatórias, onde fez transparecer um verdadeiro fundamento. Significa que somente não existirá a tentativa de conciliação se as partes, expressamente, não quiserem conciliar.

E para demonstrar que a conciliação passou a ser um fundamento no campo processual, destaca-se o artigo 3º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, *online*):

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Observe-se que o legislador adotou preceitos conciliatórios, devendo ser estimulados pelos operadores do Direito para fins de apresentar uma solução rápida e ágil para o caso, em prol dos benefícios que traz a solução amigável.

Neste aspecto, cita-se o site do Conselho Nacional de Justiça (2018, *online*) que dispõe sobre a conciliação:

Lembre-se: a conciliação é uma solução permanente! Está disponível todos os dias no tribunal. A decisão de conciliar é sua!

Vamos entender como funciona?

Quem pode conciliar?

Todo mundo! Se você tem um processo na Justiça, pode tentar resolver o problema de forma negociada.

O que devo fazer?

Vá até a unidade do Judiciário mais perto da sua casa e procure o núcleo, centro ou setor de conciliação. Lá, diga que tem um processo na Justiça e que quer conciliar. Isso vale se você tem uma ação tramitando na Justiça Federal, Justiça Estadual ou na Justiça do Trabalho e quer conciliar.

E se a outra parte não aceitar? Como fica?

Aí, não tem acordo. O juiz não pode obrigar ninguém a conciliar, nem você nem a outra parte.

A conciliação é ganho de tempo?

Sim. Ela é a forma participativa e rápida de resolver o conflito: você decide o que é melhor para você.

A conciliação significa que você está desistindo de receber o que de fato merece?

De jeito nenhum! Com a conciliação não tem tudo ou nada. É uma forma de resolver o problema sem vencedores e vencidos. Na conciliação, todos trabalham juntos para que todos possam ganhar!

E quais são os benefícios da conciliação?

As partes não precisam gastar tempo com documentos, nem sofrer o desgaste emocional de ficar mantendo um conflito por tempo indeterminado. É, ainda, pacífica por se tratar de um ato espontâneo, voluntário e de comum acordo entre as partes.

Ela é mais rápida que o trâmite normal dos processos?

Muito mais! Até porque existe a possibilidade de se resolver tudo sem apresentação de provas e documentos.

O resultado da conciliação tem validade jurídica?

Sim! Todos os acordos obtidos por meio da conciliação têm força de decisão judicial, pois serão homologados por um

juiz.

Que tipo de conflito pode ser resolvido com a conciliação?

Observe-se que a conciliação se torna algo muito mais rápido para resolver o conflito, motivo que todos devem tentar, de alguma forma, ponderar as partes para chegar a um acordo.

Ademais, por ser tão importante, o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) destacou uma seção apenas para tratar da conciliação e mediação. Assim prevê o artigo 165:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (BRASIL, 2015, *online*)



Revela-se que o legislador determinou que os Tribunais criem centros judiciários para a solução de conflitos. Ademais, o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, *online*) trouxe os princípios aplicáveis à conciliação, conforme artigo 166:

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

Sobre a importância da conciliação, a Ministra Carmem Lúcia do Supremo Tribunal Federal já destacou: “A paz só se consegue com Justiça, e é nosso dever e nossa obrigação oferecer uma prestação devida, correta e célere” (CNJ, 2016, *online*). E ainda complementou: “A conciliação é a modalidade em que as próprias partes ativamente chegam a um acordo. Isso evita que elas tenham ânsia de vingança e fortalece a confiança no Judiciário”. (CNJ, 2016, *online*)

De igual forma, o Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Helbert Carneiro, também declarou:

Quanto mais pacíficos os meios utilizados, mais a sociedade se aprimora e demonstra o seu amadurecimento e sua aptidão para enfrentar os próprios problemas, e a maior beneficiária dessa cultura é a própria sociedade. A solução pacífica de

controvérsias, portanto, não se restringe aos envolvidos no conflito, mas se irradia e alcança toda a sociedade, que passa a abraçar essa prática, adotando-a culturalmente. (CNJ, 2016, *online*)

Destarte, não há dúvidas quanto à importância da conciliação. Pertinente, pois, apresentar as palavras de Lavinia Costa Santos Pinho (2015, *online*) que enfoca sobre a definição e importância da conciliação:

A conciliação é um instrumento alternativo de resolução de conflito em que as partes buscam encontrar uma solução eficaz para suas controvérsias. Os que se interessam contam com a ajuda de um terceiro, o conciliador, que interfere no diálogo apontando possíveis soluções, incumbindo a ambos aceitarem ou não a sugestão. O conciliador é um terceiro indiferente que interfere diretamente na conversa.

Nesse passo, podemos dizer que a conciliação é um círculo informal que oportuniza aos dois exporem suas razões em tempo igualitário, visando instituir uma nova concepção direcionada à harmonização, minimizando a duração litigiosa de forma simples e não onerosa, permitindo a elas a construção do diálogo e a solução adequada para o conflito, ao invés de apenas se submeterem a imposição do Estado. Possui a natureza de transação, pois os indivíduos chegam a um ajuste entre si, extinguindo a lide existente. É regida pelos princípios da confidencialidade, oralidade, imparcialidade, independência, autonomia e economia processual.

Pois bem, a conciliação não pode acontecer em

apenas determinadas demandas, mas sim, em todas aquelas que comportam a solução amigável dos conflitos.

O mesmo acontece dentro de um processo de divórcio, e não poderia ser diferente. A partir do momento em que o Estado tem o dever de proteger as famílias, deve criar meios para que elas não se dissolvam, mas sim, que elas permaneçam em constante harmonia.

Inclusive, é o que emana do *caput* do artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Por isso, em conformidade ao artigo 165 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), também devem existir centros judiciários para solução de conflitos familiares, e neste caso, adentra-se no aspecto do divórcio.

Sobre o tema da conciliação no processo do divórcio, Alessandra Maria (2018, *online*), em entrevista ao site Migalhas, afirma: “A separação além de envolver muitos sentimentos, pode causar muito sofrimento. A mediação pode tornar o processo menos desgastante, evita o conflito entre os litigantes e mantém os laços familiares”.

De todo modo, às vezes se torna impossível realizar a conciliação do casal para efeito de não mais desejarem divorciar. Porém, a conciliação ainda tende a ser feita, mas partindo para outros fatores, como por exemplo: pactuando sobre o tipo de guarda dos filhos, pensão alimentícia, partilha de bens etc.

Ou seja, a conciliação não funciona somente no campo da tentativa de fazer com que o casal não se divorcie, mas, principalmente, no sentido de não utilizar do processo para tentar causar uma situação demasiadamente dolorosa para o outro, que já tem que conviver com a tristeza da separação.

Sendo assim, em muitos casos, a conciliação no processo de divórcio entra mais no aspecto do acordo amigável sobre as questões secundárias, não adentrando no cerne principal da causa da separação.

Ademais, Alessandra Maria (2018, *online*) ainda destaca: “Antigamente, era necessário que o marido ou a esposa alegasse algo contra o outro para conseguir a separação e o processo era demorado. Hoje, isso não é mais necessário e tudo pode ser resolvido com o diálogo”.

E ainda de acordo com Alessandra Maria (2018, *online*):

[...] a pensão alimentícia e a guarda dos filhos também podem ser acordadas por meio da mediação. Ela pontua que, após definirem essas questões, é emitido um termo de acordo extrajudicial e as partes podem solicitar a homologação judicial do documento. Além disso, o procedimento é rápido, seguro e econômico.

Com efeito, para que a conciliação possa efetivamente ocorrer, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2018, *online*) implantou o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de conflitos – NUPEMEC, que se baseia em estabelecer tratamento adequado dos conflitos de interesses, conforme a seguir:

O Nupemec foi criado com objetivo de desenvolver em Minas Gerais a política judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça.

É de responsabilidade do NUPEMEC planejar e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política de solução de conflitos e suas metas, incentivar a realização de cursos e seminários sobre mediação e conciliação e outros métodos consensuais de solução de conflitos. Cabe ainda ao núcleo criar, em todas as comarcas do Estado, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc), que é onde são realizadas as sessões de conciliação e

mediação.

Também foi criado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2018, *online*) oficinas de divórcio, que tem por objetivo auxiliar os filhos de casais divorciados a lidarem melhor com essa separação, *in verbis*:

As Oficinas de Parentalidade e Divórcio Dentre são uma forma educativa de auxiliar pais e filhos a lidarem melhor com os processos de divórcio. Os encontros, realizados nos Cejucs de Minas Gerais, são um espaço para diálogo sobre os efeitos da separação. Trata-se de uma ação preventiva de conflitos, um incentivo ao entendimento do casal e a uma postura zelosa com os filhos.

Caso as Oficinas de Parentalidade e Divórcio ainda não sejam realizadas em sua comarca, há a possibilidade de participação no Curso Oficina de Pais e Mães Online, ofertado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Já o centro judiciário em Minas Gerais, foi criado com a denominação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos – CEJUSC. Em Itaúna, por exemplo, segundo informações do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2018, *online*):

O Centro Judiciário de Itaúna foi o quinto a ser instalado em Minas Gerais e foi inaugurado em 19/11/2013. Tem como objetivo oferecer tratamento adequado aos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Integram ainda o Centro os Setores de Cidadania, Pré-Processual e Processual.

Deste modo, é através do CEJUSC que se tentará

realizar a conciliação, inclusive, no aspecto do Direito de Família, onde se tentará fazer com que o casal entre em acordo quanto à pensão alimentícia, guarda dos filhos, partilha de bens etc.

Contudo, pode-se dizer que a conciliação se trata de um instrumento de acesso à justiça e efetivação de direitos no âmbito familiar. Neste sentido, Lavinia Costa Santos Pinho (2015, *online*) embasa sobre o aspecto da conciliação e a família:

As relações familiares costumam ser concordantes, reguladas, porém é perfeitamente normal que haja situações conflituosas e o Direito que regulamenta a sociedade, também pode direcionar o âmbito familiar dentro de seus limites. A área familiar é delicada e implexa, pois não engloba uma simples relação jurídica, não são estranhos que estão como partes, mas sim indivíduos que já possuem um certo grau de afinidade.

O Direito de Família é ligado diretamente a questões psicológicas, sentimentos e emoções, como afirmativa podemos dizer que ele une indivíduos por livre manifestação de vontade e antes a união harmoniosa é dissolvida por tornar-se carregada, difícil de ser mantida. Ou em circunstâncias em que dois indivíduos se conhecem rapidamente resultando na existência de um filho que deve ser reconhecido e receber alimentos.

Os processos de divórcio, união estável, reconhecimento de paternidade, pensão alimentícia e guarda dos filhos, pelas vias litigiosas prolongam-se por muitos anos ocasionando desgastes físicos, psicológicos e financeiros. A Conciliação no âmbito familiar foi instituída justamente para acelerar esses processos e

reconstituir os laços, visto que estes são vitalícios englobando afetos bem como obrigações e não devem ser rompidos bruscamente, pois interferem diretamente nas partes e terceiros envolvidos.

Os conflitos familiares são carregados de sentimentos, muitos deles negativos como ódio, raiva, vingança o que interfere inteiramente no relacionamento, cabendo assim ao conciliador durante o processo de acordo a utilização de suas técnicas, destituindo assim tais sentimentos e a uma reaproximação, objetivo principal do método conciliação.

Lavinia Costa Santos Pinho (2015, *online*) ainda demonstra o procedimento da conciliação no divórcio, especificando o seguinte:

Quando ambos decidem, em comum acordo, dissolver o vínculo conjugal, há o divórcio consensual, que nada mais é que uma modalidade de divórcio, na qual ambos os lados em um acordo amigável fixam cláusulas propícias e equilibradas. Essa modalidade é totalmente célere, para requerê-lo é necessário um advogado apenas e no próprio cartório inicia o pedido de dissolução, mediante Escritura Pública de Divórcio Consensual.

[...]

Nesse passo, é de fácil percepção que o divórcio amigável não oferece morosidade, é totalmente simples, menos desgastante e acessível, nele os mesmos possuem ampla liberdade de escolhas, estas feitas de forma harmoniosa, inexistindo desequilíbrio, traduzindo a preferência dos interessados, não havendo assim na relação vitoriosos e perdedores.

Destarte, fica claro que a conciliação no divórcio é um aspecto importante, sendo que o operador do Direito não pode afastar esta prática, pelo contrário, deve, a todo o momento, incentivar a conciliação e destacar sobre os prejuízos e desvantagens de um processo judicial.

Contudo, como atualmente é mais difícil conciliar na questão da retomada da vida de casados em virtude que muitas das vezes o divórcio é realizado diretamente no cartório de notas, a conciliação continua prevalecendo para os aspectos da partilha de bens, alimentos e guarda dos filhos, motivo da sua importância dentro do Direito de Família.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As famílias atuais não são iguais às de antigamente, e isto se deve pelo fato de que a sociedade como um todo se encontra mais aberta, evoluída, de modo a compreender que o amor e o afeto se torna mais importante do que o próprio laço sanguíneo.

Neste passo, tem-se as novas formas de constituição de famílias, que podem ser formadas pelo casamento, monoparentalidade, união estável, dentre outras. Por sinal, é o que foi verificado no primeiro capítulo deste trabalho, onde as famílias passam a se substanciar pelo conceito da pós-modernidade, sendo o mais importante o convívio e afeto mútuo, que gera deveres e obrigações entre seus membros.

Com efeito, nem sempre as famílias ficam permanentemente unidas, gerando um desejo de se separarem. Por este motivo, o legislador, tentando participar o menos possível da relação conjugal das pessoas, fez criar novas disposições legais, principalmente no que tange ao divórcio.

Conforme visto no capítulo segundo, para se divorciar no Brasil anteriormente à emenda constitucional

n.º 66/2010, deveria ser seguido critério de prazos, sendo que o casal deveria permanecer separados judicialmente ou de fato, para somente depois concluir a separação através do divórcio.

No entanto, a promulgação da Emenda Constitucional n.º. 66/2010 (BRASIL, 2010), fez com que a regra passasse a ser o divórcio direto, de modo a não criar obstáculos para a dissolução do casamento, ainda mais, pelo fato de que o divórcio pela via administrativa havia se tornado realidade.

Desta feita, a facilidade em se divorciar se tornou algo perceptível, tanto que a agilidade e a celeridade para os divórcios têm sido cada vez maiores. No entanto, tal fato não deixa de invocar a importância da conciliação do casal.

Mesmo que fique mais difícil intensificar a conciliação do casal para fins de continuar com o casamento, deve ser realizada audiência de conciliação para aqueles casos que envolvem pensão alimentícia, partilha de bens e guarda dos filhos.

Neste caso, surge a importância da conciliação, sendo que faz com que o processo seja muito mais célere e menos doloroso, considerando que a separação e o divórcio já é algo bastante doloroso para as famílias.

Viu-se no último capítulo que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais implantou o CEJUSC, que se trata de um centro de conciliação de conflitos, e para tanto, os processos de divórcio ali devem iniciar para que tente uma conciliação do casal.

Portanto, fica constatada a importância da conciliação no divórcio, sendo um instrumento legítimo, célere e capaz de amenizar o conflito existente, sendo que a própria norma processual civil, através do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), traz como um de seus fundamentos a conciliação e mediação, tornando-se regra, portanto, este instrumento de paz social.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família – o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº. 11.340/2006, Lei Maria da Penha. In: **MPMG**, 2009. Disponível em: <[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/225/reconhecimento%20legal%20conceito\\_Alves.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/225/reconhecimento%20legal%20conceito_Alves.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 18 jul. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Conciliação e Mediação. In: **CNJ**, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Ministra destaca importância da conciliação para solução rápida de conflitos. In: **CNJ**, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83958-ministra-destaca-importancia-da-conciliacao-no-combate-a-demorado-judiciario>>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Palácio do Planalto**, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 18 jul. 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º. 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. In: **Palácio do Planalto**, 2010. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm#art1)>. Acesso em: 18 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº. 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Palácio do Planalto**, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 18 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº. 13.105/15, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: **Palácio do Planalto**, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 08 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 807849 / RJ. Recurso Especial: 2006/0003284-7. Órgão Julgador: Segunda Seção. Relatora Ministra Nancy Andrighi. In: **STJ**, 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=807849&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. In: **STF**, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bftpsyu>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

CAPPARELLI, Júlio César. **Manual sobre o matrimônio no direito canônico**. São Paulo: Paulinas, 1999.

DIAS, Maria Berenice. A nova lei do divórcio e a

felicidade. In: **Maria Berenice**, 2012. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_760\)a\\_nova\\_lei\\_do\\_divorcio\\_e\\_a\\_felicidade\\_\\_revista\\_da\\_semana\\_\\_\\_i.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_760)a_nova_lei_do_divorcio_e_a_felicidade__revista_da_semana___i.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2018.

DIAS, Maria Berenice. E depois da Emenda Constitucional nº 66/10? In: **Jus Brasil**, 2010. Disponível em: <<https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2287761/e-depois-da-emenda-constitucional-n-66-10>>. Acesso em: 10 out. 2018.

DIAS, Maria Berenice. EC 66/10 – e agora? In: **Maria Berenice**, 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_762\)ec\\_66\\_\\_e\\_agora.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_762)ec_66__e_agora.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2018.

DIAS, Maria Berenice. Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei. In: **Maria Berenice**, 2011. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3\\_-\\_fam%EDlias\\_modernas\\_\\_inter\\_sec%E7%F5es\\_do\\_afeto\\_\\_e\\_da\\_lei.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_fam%EDlias_modernas__inter_sec%E7%F5es_do_afeto__e_da_lei.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2018.

DIAS, Maria Berenice. Jurisprudência. In: **Maria Berenice**, 2017. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/jurisprudencia.php?subcat=1168>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

DIAS, Maria Berenice. Novos tempos, novos termos. In: **Maria Berenice**, 2018. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_578\)4\\_\\_novos\\_tempos\\_\\_novos\\_termos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_578)4__novos_tempos__novos_termos.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2018.

DIAS, Maria Berenice. O dever de fidelidade. In: **Maria Berenice**, 2010a. Disponível em:

<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_549\)2\\_o\\_dever\\_de\\_fidelidade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_549)2_o_dever_de_fidelidade.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2018.

DIAS, Maria Berenice. Sociedade de fato. In: **Maria Berenice**, 2010b. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_792\)1\\_sociedade\\_de\\_afeto.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_792)1_sociedade_de_afeto.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2018.

DIAS, Maria Berenice. Uma mudança a favor do casamento! In: **Maria Berenice**, 2012. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_775\)uma\\_mudanca\\_a\\_favor\\_do\\_casamento.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_775)uma_mudanca_a_favor_do_casamento.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIREITO NET. Divórcio. Dicionário Jurídico. In: **Direito Net**, 2009. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/762/Divorcio>>. Acesso em: 10 out. 2018.

DURÃES, Heloisa Maria Ferreira. União estável e herança. In: **Conteúdo Jurídico**, 2017. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.588671>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

MARIA, Alessandra. Conciliação pode facilitar processo de divórcio, afirma mediadora. In: **Migalhas**, 2018.

Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI271922,11049-Conciliacao+pode+facilitar+processo+de+divorcio+afirma+mediadora>>. Acesso em: 10 out. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº. 1.0024.12.048319-3/002 0483193-16.2012.8.13.0024 (1). Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível. Relator Desembargador Edgard Penna Amorim. In: **TJMG**, 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.12.048319-3%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 10 out. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº. 1.0647.13.005419-8/001 0054198-95.2013.8.13.0647 (1). Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Relatora Desembargadora Áurea Brasil. In: **TJMG**, 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0647.13.005419-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 10 out. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº. 1.0433.14.024016-2/001 0240162-90.2014.8.13.0433 (1). Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível. Relatora Desembargadora Hilda Teixeira da Costa. In: **TJMG**, 2018. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=10&totalLinhas=695&paginaNumero=10&linhasPorPagina=1&palavras=ali>>

mentos%20ao%20c%F4n%20divorcio&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 10 out. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. CEJUSC – Itaúna. In: **TJMG**, 2018. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/servicos/itauna.htm#.W9NRdPIKhdg>>. Acesso em: 10 out. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Conciliação, Mediação e Cidadania. In: **TJMG**, 2018. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/acoes-e-programas/conciliacao-mediacao-e-cidadania.htm#.W9NSLvIKhdh>>. Acesso em: 10 out. 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PINHO, Lavinia Costa Santos Pinho. A conciliação como instrumento de acesso a justiça e efetivação de direitos no âmbito familiar. In: **Âmbito Jurídico**, 2015. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18209&revista\\_caderno=14](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18209&revista_caderno=14)>. Acesso em: 11 out. 2018.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2004.

## A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO INVERSO

*Isamara Gontijo Santos<sup>5</sup>*

### RESUMO

O objetivo central do presente trabalho é o estudo aprofundado do instituto do abandono afetivo inverso, ou seja, a falta de dever de cuidado dos filhos para com os pais, demonstrando a possibilidade da responsabilização civil como meio de atenuar os danos sofridos pelos idosos. A prestação pecuniária tem um caráter punitivo e pedagógico, pois não há como valorar os malefícios psicológicos advindos da falta de amparo. No trabalho é tratado a concepção jurídica e social dos que se encontram em idade longa, bem como dados estatísticos, históricos e culturais acerca do envelhecimento humano, versando sobre a análise e aplicação da legislação que abrange a proteção do idoso. A pesquisa aborda o princípio maior do ordenamento jurídico pátrio, a dignidade da pessoa humana e eventuais princípios aplicados nas relações familiares, como o princípio da solidariedade e o princípio da afetividade. É apontado também, a responsabilidade civil advinda do abandono afetivo através de jurisprudência, doutrinas e artigos, defendendo que tal instituto também se aplica por analogia aos casos de abandono afetivo inverso e sua relevância para as relações familiares. O trabalho em questão retrata posições favoráveis e desfavoráveis ao tema central e comenta um Projeto de Lei que visa resguardar uma velhice saudável e ressaltar o dever legal do amparo. Em síntese, trata-se da

---

<sup>5</sup> Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.



possibilidade da aplicação do instituto do dano moral no Direito de Família.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito de Família; Idoso; Responsabilidade Civil; Dano moral; Abandono Afetivo Inverso.

## INTRODUÇÃO

No Direito de Família as relações socioafetivas passaram a ser reconhecidas, configurando o cuidado como valor jurídico. Trata-se de uma característica relevante na relação familiar, na medida que traduz a ideia de afeto, atenção, proteção, respeito e solidariedade, sempre ressaltando a importância da reciprocidade entre seus membros.

Um das certezas que o ser humano possui é a do envelhecimento, fato impossível de ser controlado, mas que pode ser retardado. O Direito deve se adequar ao mundo dos fatos para proporcionar as pessoas um envelhecimento digno e saudável, através de uma tutela eficaz dos direitos dos idosos. Destarte a seriedade de atitudes tolerantes e pacientes com os que se encontram em idade longa, tratando-se de deveres da sociedade em geral.

O cuidado tem valor jurídico e deve integrar as relações privadas e sua violação deve mobilizar o Estado. Portanto, o abandono afetivo inverso é um tema atípico, um acontecimento mudo, isento de foco pela imprensa, assistência social e pelo próprio ordenamento jurídico que o aborda de forma genérica.

A presente pesquisa é dividida em cinco tópicos e iniciou com a abordagem do envelhecimento humano, conceituando e incluindo dados estatísticos sobre o aumento da população idosa em relação aos mais jovens no Brasil, fenômeno global que já é realidade nos países

desenvolvidos. Também foi demonstrado o valor do idoso em diversas culturas.

Em um segundo momento, a pesquisa em questão demonstrou onde se encontram a proteção do idoso no ordenamento jurídico brasileiro, que é respaldada na Constituição Federal, na Lei Orgânica de Assistência Social, na Política Nacional do Idoso, no Código Civil, mas o marco central dos direitos e garantias de quem encontra-se em idade longa foi a criação e aprovação da Lei 10.741/2003, o Estatuto do Idoso.

No segundo item foram tratados os princípios que norteiam a relação familiar, base que garante a reciprocidade de deveres entre pais e filhos, como o macroprincípio da Dignidade da Pessoa Humana, o princípio da Solidariedade Familiar e o princípio da Afetividade que está implícito na Constituição Federal.

Em seguida, é pormenorizado o instituto da Responsabilidade civil, para posteriormente abordar a aplicação de tal obrigação ao Abandono Afetivo. Através da análise do recurso especial nº. 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), que teve como relatora a Ministra Nancy Andrighi, que proferiu a célebre frase “amar é faculdade, cuidar é dever”, analogicamente acredita-se na viabilidade de aplicar a responsabilidade civil aos casos de abandono afetivo inverso, que consiste na falta do dever de cuidado dos filhos em relação aos pais idosos.

Importante ressaltar que a indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo pressupõe a prática de um ato ilícito, assim como ilustra o recurso especial nº 1.579.021 - RS e o recurso especial nº 1.493.125 - SP, para que mero dissabor ou sentimento não seja mercantilizado e não sejam objeto de demandas que ocupem o judiciário.

Para encerrar a presente monografia foi apresentando um Projeto de Lei do Deputado Carlos Bezerra, que visa alterar um artigo do Código Civil e do

Estatuto do Idoso para que seja passível de indenização os casos de abandono afetivo inverso.

A metodologia utilizada foi o estudo, pesquisas bibliográficas, análises de jurisprudências, dados estatísticos, leitura de artigos, da legislação pátria e doutrinas.

## **2 O ENVELHECIMENTO HUMANO**

O envelhecimento é um processo biológico progressivo, previsível e inevitável. Pode ser retardado, mas nunca interrompido. Não se restringe a grupos específicos, pois é uma fase natural da vida. Todas as pessoas passarão por ela indistintamente. É próprio da evolução humana.

Devido ao aumento da expectativa de vida e a redução da taxa de fecundidade, nos países desenvolvidos, o envelhecimento populacional é uma realidade desafiadora, pois há uma constante diminuição de crianças e jovens e um significativo crescimento na quantidade de idosos. Consequentemente a pirâmide etária sofre uma transição na qual a base composta por jovens fica estreita e o topo, onde se encontram os idosos, aumenta. Portanto, a ascensão de pessoas na faixa etária de 60 anos ou mais, demanda a elaboração de políticas sociais e programas para romper as barreiras para o envelhecimento adequado.

O Brasil, país em processo de desenvolvimento, manteve a tendência global do envelhecimento populacional. Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Características dos Moradores e Domicílios, fornecidos pelo IBGE, revelam que o número de idosos aumentou 4,8 milhões desde 2012, ultrapassando a marca dos 30,2 milhões em 2017. Em cinco anos, houve um crescimento de 18% da população com 60 anos ou mais, o que revela plena ascensão da representatividade dos idosos no país.

Destarte, o envelhecimento humano é uma travessia da fase adulta para a etapa conclusiva da vida. Os dados fornecidos anteriormente revelam que os brasileiros estão aproveitando esta última fase de forma mais saudável, ou seja, vivendo melhor e de forma digna. Diversos fatores contribuem para isso, principalmente o equilíbrio entre a mente e o corpo. Mas a reflexão de ser a última etapa a ser vivida pode tornar o envelhecimento desconfortável gerando tristeza, ao contrário da juventude, que é enaltecida.

Em conformidade com Alves, Moreira e Nogueira (2013) pensar sobre envelhecimento é antes de tudo pensar no indivíduo em relação à sociedade, uma vez que ele é membro constituinte dessa e em cada etapa da vida possui uma diferente convivência social que influencia o indivíduo e interfere diretamente no seu desenvolvimento, conforme as alterações trazidas pela idade.

Segundo o Dicionário Michaelis (2018, online), envelhecer tem o seguinte significado: “dar ou tomar aparência de idoso; aparentar ou fazer aparentar mais idade. Dar ou tomar aspecto de envelhecido. Ficar ou fazer ficar sem o frescor, o viço, o brilho. Ficar ou fazer ficar fora de moda. Ficar sem utilização por um longo período; permanecer. Estar próximo do fim”. Tal descrição revela-se cruel, mas chama atenção para o envelhecimento humano, que é algo muito além de uma descrição gramatical e sim um processo, na qual a última etapa, onde se perde a juventude e as habilidades cognitivas, é grandiosa ao adquirir-se sabedoria e experiência de vida. A sociedade atual utiliza-se de mecanismos para intrujar os sinais estéticos do envelhecimento, pois consideram a juventude como a protagonista da dinâmica social, mas esquecem que esse fenômeno é intrínseco aos seres vivos, sendo possível retardá-lo, mas não impedi-lo. Poucos enxergam a última etapa da vida de forma satisfatória e prazerosa, trata-se de uma construção de valores e padrões

sociais onde as pessoas evitam o envelhecimento a qualquer custo, assemelhando-o a uma enfermidade ou doença que deve ser tratada, conseqüentemente, isso gera um sofrimento psíquico no indivíduo.

As construções sociais a respeito da velhice não são unânimes e variam quando analisadas de acordo com a cultura que estão inseridas. Extensivamente, envelhecer envolve aspectos biológicos, cronológicos, psicológicos e sociais. A construção sobre o valor do idoso depende das condições culturais, econômicas, geográficas e históricas na qual ele está implantado.

Conforme menciona Rodrigues (2001), nas culturas Inca e Asteca, o cuidado, zelo e atenção aos idosos era de responsabilidade de toda civilização. Igual tratamento e valorização era dado na época do nomadismo, pelo povo Hebreu, que consideravam os anciãos como chefes naturais, os enalteciam por sua sabedoria e os consultavam sempre que necessário. Nas sociedades Orientais, o idoso era associado a experiência e a sabedoria, ocupando assim um lugar primordial e com privilégios.

Na Grécia Antiga, na famosa cidade de Atenas, o neto possuía o mesmo nome do avô, hábito que retratava o respeito e consideração com os indivíduos mais velhos. Maior valorização possuía na cidade de Esparta, onde os anciãos eram honrados e venerados e possuíam bastante autoridade, exemplo disso era Conselho de Gerúsia composto apenas por membros com idade superior a 60 anos.

Entretanto, outras nações, culturalmente não enxergavam os anciãos como possuidores de elevada sabedoria e experiência, simplesmente os abandonavam ou até mesmo ceivavam a vida, como destaca Moreno:

O desprezo por parte dos primitivos, como os poncas, os esquimós, os tupis, as tribos sul-

africanas, entre outros culminavam na matança dos idosos. Os próprios filhos matavam os pais por um costume ou por determinação legal. É muito conhecida a história do mawle sagrado, uma espécie de clava chata, com a qual os filhos golpeavam os pais, na cabeça, ao atingirem a idade de 70 anos. Na Islândia, em época de penúria, decidiu-se, em deliberação solene, que todos os idosos e improdutivos fossem mortos. Esta determinação fazia parte do sistema legal, que protegia a sociedade contra os membros supérfluos e dependentes. Os gregos e romanos nutriam profundo desprezo pelos velhos. Todos os povos admiradores da força física valorizavam a mocidade e desprezavam a velhice. Na Lapônia, extremo norte da Escandinávia, o idoso era considerado um problema. Era costume arraigado entre as gerações de esquimó ser o ancião abandonado em um trenó para acabar morto e devorado por lobos ferozes que povoavam aquelas terras geladas. O idoso era deixado ali com todos os seus pertences para morrer. Entre os dinkas, povo que habitava a parte meridional do Sudão, era tradição enterrar vivo o velho para que ele passasse a eternidade ainda no vigor de suas

forças e imune à decrepitude. A mesma crença tinham os habitantes das ilhas Fidji, os quais levavam seus velhos à morte violenta para assegurar-lhes uma existência vigorosa, pois acreditavam que iam ressuscitar no outro mundo. (MORENO, 2007, p. 4-5).

No mundo ocidental contemporâneo, caracterizado por uma sociedade capitalista e individualista, os idosos são encarados como improdutivos ou possuidores de uma força laborativa dispensável, quando se trata de produtividade em massa. Neste sentido Simone de Beauvoir:

Na época contemporânea, início do século XXI, ao mesmo tempo em que a sociedade potencializa a longevidade, ela nega aos velhos o seu valor e sua importância social. Vive-se em uma sociedade de consumo na qual apenas o novo pode ser valorizado, caso contrário, não existem produção e acumulação de capital. Nesta realidade, o idoso passa a ser ultrapassado, descartado, ou seja, ficou velho já está fora de moda. E como o homem não vive nunca em seu estado natural; na sua velhice, como em qualquer idade, seu estatuto lhe é imposto pela sociedade que pertence logo é marginalizado e por sua fragilidade em diversos aspectos, inerentes a

esta etapa da vida, absorve tantas consequências negativas. (BEAUVOIR, 1990, p. 121).

Em sua autobiografia, Beauvoir afirmou que o idoso é semelhante a um objeto que incomoda e sem utilidade, na qual desejam tratá-lo de maneira desprezível. Comparação negativa atribuída às perdas como a autonomia, beleza, memória, companhias e conseqüentemente a própria felicidade.

Seguindo o mesmo pensamento, expõe Paulo Roberto Barbosa Ramos, *in verbis*:

Sabe-se que a velhice é visualizada pela sociedade brasileira de forma negativa. Em regra, as pessoas fazem tudo para evitar a velhice, apesar de a natureza empurrar os homens, salvo motivo de força maior, para essa etapa da vida. A visão consoante a qual a velhice é um ciclo faz com que homens e mulheres abdicuem, quando chegam a essa fase da existência, de seus direitos, como se a velhice acarretasse a perda da condição humana. A incorporação dessa ideia torna os velhos seres que ruminam o passado e digam, dia após dia, que seu tempo já passou, esquecendo-se de que é o tempo que está no homem e não o contrário. Disso tudo decorre uma séria consequência: a apatia política dos velhos. Se o tempo de quem é velho já passou, não há

mais como interferir no presente. Assim, os velhos são sutilmente excluídos da sociedade em que vivem. (RAMOS, 2000, p. 169-190).

Assim, envelhecer é um processo que engloba fatores diversos, inclusive os sociais e familiares que podem fazer dessa fase da vida um tempo de alegrias e adaptações saudáveis ou uma fase de sofrimento, lembranças e abandono.

Além das questões sociais enfrentadas pelo grupo pertencente a faixa etária igual ou superior aos 60 anos, a maioria possui mais um desafio inerente a condição física: os problemas de saúde. A vulnerabilidade da velhice exige um acompanhamento e atenção redobrada, portanto, o apoio familiar se revela essencial, sendo um dever necessário garantido aos idosos, para que possam apreciar o final da vida no seio familiar.

### **3 A DEFINIÇÃO E A PROTEÇÃO DO IDOSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O ordenamento jurídico pátrio, afim de viabilizar uma segurança jurídica, utiliza o critério cronológico para conceituar o idoso, que se restringe a idade do indivíduo, ou seja, não há distinção entre aqueles que estão em pleno gozo de suas capacidades físicas e psíquicas, daqueles que se encontram incapazes.

A definição e os direitos dos idosos, estão presentes nos seguintes institutos legais: Constituição Federal do Brasil de 1988, Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742 de 07.12.1993), Política Nacional do Idoso (Lei

8.842 de 04.01.1994), Código Civil de 2002 e Estatuto do Idoso (Lei 10.741 de 01 de outubro de 2003).

#### **3.1 A Constituição Federal do Brasil de 1988**

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, divergindo das constituições anteriores, trouxe explicitamente dispositivos destinados a tutela daqueles que já possuem idade avançada.

Na seção IV, intitulada “Da Assistência Social”, o constituinte mostrou-se temerário e cuidadoso ao garantir a assistência e amparo ao idoso que não tem condições de se prover por ausência de recursos.

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;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria

manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

No Capítulo VII, que aborda a família, a criança, o adolescente, o jovem e o idoso, a Carta Magna consagrou os princípios da solidariedade e o princípio da dignidade da pessoa humana, ao estabelecer reciprocidade nas relações familiares. Cumpre destacar que o objeto desse trabalho é o cuidado com os idosos, um dever estabelecido aos filhos no art. 229 da Lei Maior, ao prever que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, bem como a família, a sociedade e o Estado, assim dispõem os artigos:

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.

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

§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

A Constituição Federal de 1988, protege o idoso de maneira genérica, portanto, os dispositivos constitucionais devem ser interpretados de forma ampla para garantir os direitos de quem se encontra em idade avançada, pois conseqüentemente são mais vulneráveis por questões biológicas e merecem maior acolhimento.

### **3.2 Lei Orgânica de Assistência Social (Lei 8.742 de 07.12.1993)**

A lei Orgânica de Assistência Social, conhecida como LOAS foi um avanço na proteção e garantia dos direitos dos idosos e dos portadores de necessidades especiais, que não possuem condições de manter uma vida digna sem o auxílio do Estado.

Para se beneficiar do LOAS é necessário atender os seguintes requisitos: ser idoso com idade superior aos 65 anos, ter baixa renda e nunca ter contribuído com o INSS, entretanto não pode receber nenhum benefício, como a pensão por morte. Destarte, o idoso deve se encontrar impossibilitado de suprir seu próprio sustento e sua família também não pode possuir condições de fazê-lo. A renda do idoso ou a renda familiar não pode extrapolar 1/3 do salário mínimo atual.

Em seu artigo primeiro, da referida lei, fica explícito o dever, o objetivo e a preocupação em prover uma vida digna para os cidadãos que se encontram em uma situação de vulnerabilidade, evitando a extrema pobreza. Posto isso, assim dispõe os artigos que preveem o objetivo da LOAS:

Art. 1º. A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de

iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Art. 2º A assistência social tem por objetivos:

I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente:

a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes;

c) a promoção da integração ao mercado de trabalho;

d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família;

II - a vigilância socioassistencial, que visa a analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidades, de ameaças, de vitimizações e danos;

III - a defesa de direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões socioassistenciais.

Parágrafo único. Para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais.

Impossível negar que a promulgação desta lei foi um avanço para garantir o respeito à dignidade do cidadão,

especialmente o idoso. Porém não foram definidos critérios objetivos para estabelecer quando uma pessoa será considerada idosa para fins legais.

### **3.3 Política Nacional do Idoso (Lei 8.842 de 04.01.1994)**

Finalmente em 1994, com a promulgação da Lei 8.842/94, que instituiu a Política Nacional do Idoso, houve a conceituação de idoso, considerando qualquer pessoa com idade superior a 60 (sessenta) anos, ou seja, foi adotado o critério cronológico:

Art. 2º Considera-se idoso, para os efeitos desta lei, a pessoa maior de sessenta anos de idade.

Destarte que anteriormente, nem a CRF/88 ou outro dispositivo legal se preocupou com a definição de pessoa idosa, o que causava insegurança jurídica.

A Política nacional do idoso preocupa-se em garantir os direitos sociais aos que se encontram na fase da velhice, promovendo-lhes integração e independência perante a sociedade.

Em seu artigo 3º, a Lei Federal 8.842/1994, aponta princípios que evidenciam a extrema importância da família e da sociedade na vida do idoso para garantir-lhes bem-estar e inserção na comunidade.

Art. 3º A política nacional do idoso reger-se-á pelos seguintes princípios:

I - a família, a sociedade e o estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida;

II - o processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral, devendo ser

objeto de conhecimento e informação para todos;

III - o idoso não deve sofrer discriminação de qualquer natureza;

IV - o idoso deve ser o principal agente e o destinatário das transformações a serem efetivadas através desta política;

V - as diferenças econômicas, sociais, regionais e, particularmente, as contradições entre o meio rural e o urbano do Brasil deverão ser observadas pelos poderes públicos e pela sociedade em geral, na aplicação desta lei.

Cumprido ressaltar que a lei atribui a responsabilidade do zelo e cuidado com os idosos a sociedade em geral.

Art. 4º Constituem diretrizes da política nacional do idoso:

(...)

III - priorização do atendimento ao idoso através de suas próprias famílias, em detrimento do atendimento asilar, à exceção dos idosos que não possuam condições que garantam sua própria sobrevivência;

Entretanto, as instituições públicas responsáveis pela terceira idade irão atendê-los apenas na impossibilidade de a respectiva família dispor desse cuidado.

### 3.4 O Código Civil de 2002

Os direitos dos idosos também estão garantidos no Código Civil de 2002, atribuindo especial atenção os de natureza alimentícia. Se o idoso não tem condição de prover o próprio sustento através de seu trabalho, este deve

ser amparado por seus familiares, sendo uma obrigação juridicamente exigível e não mera caridade. Tal obrigação está fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade familiar.

Entretanto para fixar a obrigação alimentar é necessário analisar a necessidade de quem pleiteia e a possibilidade de quem deve prestar, promovendo uma proporcionalidade.

A principal finalidade da obrigação alimentar, embora o nome induza ao entendimento de que seja apenas questões referentes ao gênero alimentício, engloba necessidades básicas para uma vida digna como vestuário, saúde, educação, moradia, lazer, entre outros.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e



aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

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

No tocante, a responsabilidade dos filhos perante aos pais idosos referente a obrigação alimentar, Tartuce (2014, p. 487), analisa a obrigação como sendo solidária. O autor exemplifica que um pai com mais de 60 anos poderá pleitear alimentos dos filhos, contra todos ou contra um específico, sendo este um dos efeitos da solidariedade passiva. Neste caso o chamamento ao processo, próprio da solidariedade, pode ser utilizado pelos filhos.

Desta forma o referido doutrinador, afirma que, em regra, a obrigação alimentar é divisível, sendo a natureza jurídica desta obrigação dependente do caso concreto a ser analisado.

O Código Civil deixou bem claro em seus dispositivos, que foram mencionados acima, a obrigação familiar recíproca entre pais e filhos, e subsidiariamente dos irmãos. Cabe observar que se menciona primeiro a família antes da sociedade e do próprio Estado, sendo a entidade familiar a base estrutural da coletividade.

### 3.5 O Estatuto do Idoso

Criou-se uma legislação específica para os que se encontram em idade longaeva, o Estatuto do Idoso, implementado pela Lei 10.741 em 01 de outubro de 2003, visando a concretização da dignidade, inclusão e proteção desse crescente grupo populacional no ordenamento jurídico pátrio.

Assim como na Política Nacional do Idoso, o Estatuto adotou o critério cronológico, conseqüentemente trazendo segurança jurídica e maior facilidade na hora de aplicação da lei.

Art. 1º. É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Discorrendo sobre o assunto, Netto faz as seguintes afirmações sobre o Estatuto do Idoso e sua proteção jurídica:

O documento, vigente desde janeiro de 2004, veio ampliar direitos que já estavam previstos em outra Lei Federal, de nº 8842, de 04 janeiro de 1994 e também na Constituição Federal de 1988 e dessa forma se consolida como instrumento poderoso na defesa da cidadania dos cidadãos e cidadãs daquela faixa etária, dando-lhes ampla proteção jurídica para usufruir direitos sem depender de favores, amargurar humilhações ou

simplesmente para viverem com dignidade. Ao longo de seus 118 artigos são tratadas questões fundamentais, desde garantias prioritárias aos idosos, até aspectos relativos ao transporte, passando pelos direitos à liberdade, à respeitabilidade e à vida, além de especificar as funções das entidades de atendimento à categoria, discorrer sobre as questões de educação, cultura, esporte e lazer, dos direitos à saúde através do SUS, da garantia ao alimento, da profissionalização e do trabalho, da previdência social, dos crimes contra eles e da habitação, tanto em ações por parte do Estado, como da sociedade. (NETTO, A. J. 2016, online).

O termo “proteção” presume que existe um desequilíbrio e justamente por isso cria-se a necessidade do cuidado de uma pessoa com a outra. É o mesmo conceito de proteção integral que assegura direitos fundamentais da criança e do adolescente como o direito à vida, à saúde, à educação, à liberdade, ao respeito, à dignidade, juntamente com o convívio familiar. Sobre o assunto, esclarece Maristela Nascimento Indalêncio:

A ideia de prioridade é, pois, a tradução da prevalência dos direitos dos idosos colocando-o, portanto, em situação de vantagem jurídica, necessária para o resgate da igualdade. Eis aí um dos

principais desdobramentos da doutrina da proteção integral, já utilizado em relação à criança e ao adolescente (INDALÊNCIO, 2007, p. 66).

A idade longeva traz consigo, em regra, problemas de saúde e dificuldades para se inteirar no mundo moderno. Portanto, com fundamento no princípio da igualdade, são de extrema importância medidas que conferem maior proteção para equilibrar as condições dos idosos frente as demais pessoas.

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Os Direitos assegurados no Estatuto do Idoso são relacionados à saúde, ao transporte público, ao trabalho, à violência e o abandono. Assim, o estatuto não quer garantir somente a saúde, mas principalmente sua qualidade de vida de uma maneira que não envolva somente grupos que lidam com tratamentos e cuidados com a saúde, mas com o compromisso do convívio familiar e social.

#### **4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS RELAÇÕES FAMILIARES E OS DEVERES ENTRE PAIS E FILHOS**

Os princípios são o alicerce de um ordenamento jurídico, são a matriz de um sistema. Violar um princípio é mais grave que ofender uma norma.

Com o advento da Constituição de 1988, a família passou a ser propagadora da promoção da dignidade de seus integrantes. O afeto passou a ter um valor jurídico de extrema relevância para o Direito de Família, sempre respeitando a individualidade de seus membros.

Os princípios estão presentes na tutela das relações familiares e ganharam destaque após a promulgação da Constituição Federal de 1988. É na família que muitos princípios constitucionais vêm manifestando os valores sociais fundamentais. Maria Berenice Dias (2016) afirma que os princípios da solidariedade e da afetividade devem nortear a seara familiar.

##### **4.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela ONU em 1948, apresenta em seu artigo primeiro os seguintes dizeres: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, conclui-se que, segundo esse documento, qualquer pessoa, sem nenhuma distinção é titular dos direitos fundamentais, palavras estas que inspiraram a Constituição do Brasil de 1988, que conclama em seu artigo quinto que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerado um macroprincípio, exerce um papel central

no ordenamento jurídico, tem previsão no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, sendo protagonista do nosso Estado Democrático de Direito. Deste modo, há uma supervalorização da pessoa em detrimento dos bens materiais.

A Dignidade da Pessoa Humana é norte para concretização dos direitos fundamentais, é o princípio matriz da Constituição pátria e das demais normas legais, portanto, jamais poderá ser contestado, tornou-se a referência para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. Não há dúvidas de que se trata do princípio mais importante do ordenamento jurídico pátrio.

Ingo Wolfgang Sarlet reflete a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2001, p.60.)

Em se tratando do Direito Privado a área que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem grande incidência é no Direito de Família, onde o núcleo familiar é valorizado como instrumento do desenvolvimento da personalidade e proteção da dignidade de seus membros.

Um exemplo de lesão ao princípio máximo é o abandono paterno/materno, onde existe jurisprudência condenando genitores a pagar indenização por abandono afetivo aos filhos, sobre o mesmo pretexto, conclui-se que os filhos também podem ser condenados a pagar indenização aos pais se não os amparar na velhice, tema que posteriormente será mais detalhado, sendo o objetivo central deste trabalho.

Destarte o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é intrínseco ao ser humano, não podendo ser abordado de maneira leviana, pois assegura a pessoa garantia e proteção perante o Estado, lisura e justiça frente a sociedade.

#### **4.2 O Princípio da solidariedade familiar**

Solidariedade é cuidar e se preocupar com o outro, é identidade de sentimentos. Um ato humanitário de responder por outra pessoa.

Um dos propósitos da CF/88 é a solidariedade, está prevista no art. 3º, inciso I, sob a ótica de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Sendo a família a base da sociedade este princípio tem reflexo nos relacionamentos pessoais.

O princípio da solidariedade tem grande importância no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista o dever de mútua assistência entre os integrantes de uma mesma entidade familiar; tal obrigação não diz respeito somente a bens materiais, mas ao aspecto afetivo e psicológico. Deve existir reciprocidade de cooperação e compreensão sempre que for necessário no ambiente familiar.

Tendo em vista a reciprocidade, o ente estatal, assumirá subsidiariamente, a garantia de promover alguns direitos na qual a obrigação primária é familiar. Desta forma o Estado esquia-se de promover todos os direitos previstos constitucionalmente. Um exemplo é o artigo 230 da CF/88, em se tratando das pessoas idosas, é conferido inicialmente a família, posteriormente a sociedade e o Estado o dever de ampara-los, garantindo-lhes a participação na comunidade, ter dignidade, bem-estar e assegurando-lhes o direito à vida.

Uma obrigação importante advinda do princípio da solidariedade é o pagamento de alimentos. Tal dever não é presumido, é necessário ter previsão normativa ou acordo expressamente estipulado entre as partes. Entretanto, quando se trata de pessoas idosas, a solidariedade será passiva na prestação alimentícia, conforme reza o artigo 12 do Estatuto do Idoso:

Art. 12. A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.

Os descendentes são igualmente responsáveis devido aos atributos da pessoa idosa. É uma regra peculiar, não podendo ser desdobrada às demais circunstâncias, que denota o grau de proximidade e vínculo na relação parental do principal obrigado em comparação ao restante dos parentes.

Consequente, o princípio da solidariedade se efetiva com mútua assistência moral e material dentro do prisma das relações familiares.

#### **4.3 O Princípio da afetividade**

O conceito de afeto não deve ser interpretado como sinônimo de amor. Portanto, afeto é uma interação

entre as pessoas, que pode se firmar de maneira positiva ou negativa.

É importante frisar que o tratamento que o Direito atribui a afetividade é distinto do conceito que outras áreas lhe atribuem, como a psicologia. O significado de afetividade deve ser feito sob a ótica objetiva, através de um plano fático acessível a aplicação jurídica. Sob a ótica subjetiva o afeto seria um sentimento anímico, portanto intangível ao Direito.

A afetividade jurídica objetiva caracteriza-se por fatos sociais concretos com demonstração afetiva, como por exemplo manifestações de cuidado, comunhão de vida, convivência mútua, coabitação, projeto de vida em conjunto, existência ou planejamento de prole comum, proteção recíproca, acumulação patrimonial compartilhada. As eminências da afetividade no Direito são inúmeras e revolucionárias, como o parentesco socioafetivo, multiparentalidade, soluções demandadas pelos casos de reprodução assistida e os novos litígios do biodireito e o polêmico abandono afetivo. Posto isto, verifica-se a importância da tecnicidade e austeridade que o tema impõe.

Conforme Maria Berenice Dias, o afeto deve integrar o ordenamento jurídico, *in verbis*:

[...] amplo é o espectro do afeto, mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar consequências que necessitam se integrar ao sistema normativo legal. (DIAS, 1997, p. 301).

O afeto passou a ter valor jurídico, sendo considerado um princípio importante dentro do Direito nas relações entre membros de uma família. Giselle Câmara Groeninga sopesa:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade. (GROENINGA, 2008, p.28)

Para o Direito o afeto não se trata de fator psicológico, ligado ao sentimento propriamente dito. Sob a ótica jurídica, afeto envolve a constância de fatos sociais que alvitrem uma manifestação afetiva. Portanto, a afetividade como princípio jurídico, possui força normativa, atribuindo deveres e obrigações aos integrantes de uma mesma família, mesmo que não haja empatia entre eles. Conforme explicita Paulo Luiz Netto Lôbo:

A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO JURÍDICO não se confunde com o afeto, como fato psicológico, ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim a afetividade é dever imposto entre pais e filhos, mesmo que possuam desentendimentos, desaparecendo apenas com a morte ou com a perda do poder familiar. De outra parte, nas relações entre irmãos (biológicos e adotivos), o princípio da afetividade assegura a “igualdade e o respeito a seus

direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca. (LÔBO, 2011, p.72).

O princípio da afetividade não tem previsão na legislação pátria. Porém pode ser extraído do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Estando presente implicitamente na Constituição Cidadã, onde a função contemporânea da família vai além dos laços sanguíneos e o foco passa a ser o afeto. São relevantes mudanças legislativas que atribuem implicitamente o valor jurídico do afeto como o reconhecimento da união estável, equidade entre os filhos biológicos e os adotivos, a parentalidade socioafetiva. Havendo laços afetivos há uma relação familiar. Assim dispõe na Lei Maior:

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.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Art. 227, § 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.

O Princípio da Afetividade se revela implicitamente no Código Civil ao dispor no artigo 1.593, que as relações parentais vão além da questão biológica ou legal. No referido código o princípio em questão é evidente ao dispor o artigo 1596, a igualdade da filiação; no artigo 1638 prevê que os pais podem perder o poder familiar ao abandonar um filho, abandono este que pode ser material e moral:

Art. 1593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

Art. 1596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:

I - praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

É nítido que atualmente nosso ordenamento jurídico concernente a filiação, primazia o vínculo afetivo ao consanguíneo. Consequentemente, o afeto é fundamental a qualquer entidade familiar, devendo ser intrínseco aos relacionamentos filiais, parentais e conjugais. Neste sentido elucidam José Sebastião de Oliveira e Luziane Aparecida Motta:

O verdadeiro sentido das relações pai-mãe-filho transcende a lei e o sangue, não podendo ser determinadas de forma escrita nem comprovadas cientificamente, pois

tais vínculos são mais sólidos e mais profundos, são invisíveis aos olhos científicos. Mas são visíveis para aqueles que não tem olhos limitados, que podem enxergar os verdadeiros laços que fazem de alguém um pai: os laços afetivos, de forma que os verdadeiros pais são os que amam e dedicam sua vida a uma criança, pois o amor depende de tê-lo e se dispor a dá-lo (MOTTA; OLIVEIRA, 2007, p. 551).

Referente a dita relação pai-mãe-filho, levando em consideração a responsabilidade invertida, o ascendente em idade avançada é diretamente abordado pela afetividade na esfera familiar, devendo ser amparado por tal princípio, garantindo-lhe apoio psicológico e físico para proporcionar os cuidados necessários para assegurar sua saúde e conseqüentemente a longevidade. Por conseguinte, se houver violação aos direitos dos idosos, principalmente no que diz respeito ao dever de cuidado, é claramente suscetível de reparação acerca de indenização por ato ilícito.

## 5 A RESPONSABILIDADE CIVIL

Há dois princípios relevantes para a análise da Responsabilidade Civil: o princípio *Neminem Laedere* e o princípio *Restitutio in Integrum*.

O Princípio *Neminem Laedere* possui a vertente da adoção de medidas que visam não causar dano a outrem. Tal princípio é a máxima da responsabilidade civil no Direito Brasileiro. Portanto, se o princípio básico é não

causar dano a outrem, sem o dano não há responsabilidade civil. O prejuízo é imprescindível.

O princípio *Restitutio in Integrum*, determina que a vítima de um ato ilícito de outrem deve ser integralmente restituída pelos prejuízos que sofreu. O referido princípio tem previsão legal no caput do artigo 944, CC/22, *in verbis*:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Isso posto, a responsabilidade civil no direito brasileiro é um sistema compensatório, a indenização será quantificada em consonância com o dano consumado.

### **5.1 Responsabilidade civil e responsabilidade penal**

Na esfera cível não se diz em responsabilidade sem um dano. Entretanto, na esfera penal há responsabilidade sem o dano efetivamente, pois admite-se e pune-se os crimes na modalidade tentada.

Na responsabilidade civil o sistema é compensatório e na responsabilidade penal o sistema é punitivo. Há uma enorme dificuldade na doutrina civilista em aceitar as chamadas indenizações punitivas civis, uma vez que desconfiguram todo sistema da responsabilidade civil.

Entretanto, a função punitiva da responsabilidade civil não salienta no dano sofrido pela vítima e não foca em recompor seus bens materiais. Seu critério é pedagógico, visa desestimular o ofensor a praticar condutas socialmente reprováveis, de modo que pessoas

que se encontrem na mesma situação não *queiram se expor a receber sanção semelhante*.

A sentença penal pode ter repercussão na esfera cível. Trata-se da sentença penal condenatória que faz coisa julgada na área cível, proposta pelo ofendido, seu representante legal ou herdeiros a fim de lograr a reparação pelos danos decorrentes da infração penal. Os danos podem ser de cunho patrimonial ou moral. Tem previsão no Código de processo penal, *in verbis*:

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do [inciso IV do caput do art. 387 deste Código](#) sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Entretanto a absolvição na esfera criminal pela falta de comprovação dos fatos narrados, ou seja, da ocorrência do ilícito penal, não mantém relação com a possibilidade de comprovação do ilícito civil.

### **5.2 Responsabilidade civil contratual e extracontratual**

Existem dois tipos de responsabilidade civil: contratual e extracontratual. A responsabilidade civil contratual é aquela que possui um contrato entre as partes,



na qual um dos contratantes está inadimplente, o que causa prejuízos a outra parte, devendo ser civilmente responsabilizado, ou seja, terá que indenizar eventuais lesões causadas. Na responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana não existe um contrato entre quem sofreu um dano e quem o causou.

Tanto na responsabilidade civil contratual como na responsabilidade civil aquiliana é necessário a presença do elemento culpa do devedor. Entretanto a culpa na responsabilidade civil contratual é presumida, onde tal presunção é relativa, pois se admite a inversão do ônus da prova. A responsabilidade civil extracontratual não é presumida, quem sofreu o dano, ao pleitear perdas e danos, tem que provar que a pessoa deu causa ao evento danoso.

A fonte da responsabilidade civil contratual é o inadimplemento do que foi pactuado, trata-se, portanto, de um direito obrigacional.

A fonte da responsabilidade civil extracontratual é o ato ilícito, ou seja, uma conduta fere o direito positivado. Se faz necessário analisar cada um dos elementos caracterizadores do ato ilícito, onde a regra legal tem previsão no artigo 186 do Código Civil *in verbis* “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

### **5.3 Pressupostos da responsabilidade civil**

O dever de indenizar na responsabilidade aquiliana consubstancia-se em quatro pressupostos: a conduta, a culpa, o nexo de causalidade e o dano.

#### **5.3.1. A conduta**

A conduta ilícita pode ser causada por uma ação ou omissão que venha a causar prejuízo a outrem.

A responsabilidade civil provém de um ato próprio ou por ato de terceiro quando a pessoa é seu responsável. Também poderá ser responsabilizado pelos danos causados por animais ou coisa inanimada na qual seja dono, mas neste caso a culpa é presumida.

Para a configuração da responsabilidade civil por omissão é indispensável a existência do dever jurídico de realizar determinado fato, provar que nenhuma atitude foi tomada e demonstrar que o dano poderia ser evitado.

#### **5.3.2. A culpa**

A responsabilidade pelos atos pode ser com culpa ou sem culpa. Vale ressaltar que na responsabilidade objetiva a conduta não precisa ser culposa, no entanto, na responsabilidade subjetiva a conduta tem que ser analisada com o elemento culpa.

A culpa em sentido amplo ou *lato sensu* pode ser dividida em dolo e em culpa *stricto sensu*.

O dolo possui dois elementos caracterizadores: a representação psíquica do resultado e a assunção do resultado. Portanto, se na conduta há uma representação psíquica e avocação daquele resultado, ou seja, o agente intencionalmente e conscientemente violar um dever jurídico com o propósito de lesar outrem, o ato será doloso.

A culpa *stricto sensu* é a falta de diligência a um dever preexistente. A extensão dos graus da culpa pode ser analisada em grave, leve ou levíssima.

A culpa será grave quando uma pessoa de diligência abaixo da média poderia ter evitado a lesão, pois a conduta é inadequada ao comum do ser humano, é a modalidade que mais aproxima da conduta dolosa.

A culpa será leve quando uma pessoa de diligência mediana poderia ter evitado o dano.

Enfim, a culpa levíssima caracteriza-se quando uma pessoa de diligência acima da média poderia ter evitado o dano, ou seja, exige-se uma atenção extraordinária ou habilidade especial do indivíduo.

As formas de aferição do grau de culpa poderão ser *in concreto* que leva em consideração as circunstâncias peculiares daquele determinado caso concreto; ou levará em conta o homem médio. O Direito Brasileiro leva em conta a aferição *in concreto*.

A conduta dolosa ou culposa será impactada no quantum indenizatório, entretanto, não será analisado o grau de culpa, mas a indenização será apurada levando em consideração a comprovação da lesão sofrida pela vítima.

### 5.3.3. O Nexo de Causalidade

O nexo de causalidade constitui uma relação de causa e efeito entre o ato culposo ou o risco ocasionado e a lesão suportada por outrem, ou seja, o elo entre a conduta e o resultado.

Ressalta-se que havendo dano, mas a causa não tem ligação com a conduta do agente, inexistente nexo causal, conseqüentemente não há dever de indenizar.

A responsabilidade civil possui excludentes do nexo de causalidade quando os prejuízos são advindos de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior, que afastam o dever de indenizar do agente.

Existem três teorias importantes relacionadas ao nexo de causalidade: Teoria da Equivalência das Condições, Teoria da Causalidade Adequada e Teoria do Dano Direto e Imediato.

A Teoria da Equivalência das Condições afirma que respondem pelo evento danoso todos que de forma direta ou indireta participaram da sua causação. É adotada na responsabilidade penal, por isso tem-se a figura do autor, coautor e o partícipe.

A Teoria da causalidade adequada atesta que respondem pelo evento danoso apenas quem participou de forma direta para sua causação, para que não haja uma cadeia inesgotável de possibilidades para a responsabilização sobre o fato. A teoria encontra respaldo nos artigos 944 e 945 do Código Civil brasileiro, que deixam claro que o dever de indenizar deve ser adequado ao fato.

A Teoria do Dano Direto e Imediato é adotada pela doutrina e jurisprudência majoritária. Defende que somente é passível de reparação o dano que for direto e imediatamente causado pelo comportamento do ofensor, afastando situações de prejuízos remotos assim como fatos posteriores que interrompam a relação de causalidade. Possui amparo no artigo 403 do Código Civil de 2002. Entretanto não é unânime na doutrina e jurisprudência sobre qual das duas últimas teorias é adotada pelo Código Civil Brasileiro em relação ao nexo causal.

### 5.3.4. O Dano

O dano é o pressuposto central da responsabilidade civil e consiste na lesão a um bem jurídico material ou imaterial. Ninguém poderá ser responsabilizado civilmente sem a prova da existência do dano. Poderá ter responsabilidade sem culpa, mas jamais responsabilidade sem uma lesão. Frisa-se, mesmo que um dever jurídico seja violado, existindo culpa ou mesmo dolo pelo ofensor, a indenização não será devida se não houver a configuração de um prejuízo.

A doutrina classifica o dano nas seguintes categorias com base na natureza do bem jurídico atingido pelo ato ilícito ou danoso, podendo ser material, moral, estético e a perda de uma chance.

O Dano Material ou patrimonial (assim definido na doutrina portuguesa) constitui um efetivo prejuízo aos

bens materiais, poderá ser total ou parcial e está passível de avaliação em pecúnia. O art. 402 do CC/22 divide o dano material em dano emergente e lucro cessante.

Dano emergente, do latim *damnumemergens*, é a perda patrimonial efetiva, ou seja, de um bem já existente. Diferentemente, o lucro cessante trata-se de algo futuro, é aquilo que a vítima deixou de ganhar em razão daquele dano. Por exemplo, ocorre a perda total de um táxi em uma colisão por culpa do condutor do outro veículo, trata-se de um dano emergente e o que o dono do táxi deixou de ganhar pela perda do seu instrumento de trabalho são os lucros cessantes.

O Dano estético consiste na lesão atribuída ao físico da vítima, sendo passível de indenização. A lesão tem que ser duradoura ou permanente, em alguns casos, poderá até afetar a capacidade laborativa da pessoa. De acordo com a súmula 387 do STJ, *in vebis*, é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Também está prevista no art. 949 do CC/02, *in vebis*, no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

A Perda de uma Chance acontece quando a vítima será indenizada por perder uma oportunidade séria e real de tentar obter êxito, englobando tanto o dano moral quanto o material. Um caso exemplificativo trata-se do maratonista Vanderlei Cordeiro de Lima, nas Olimpíadas de Atenas em 2004, que liderava a prova e próximo do fim da competição um padre o empurrou e o retirou do ritmo da prova, consequentemente levando o atleta a ficar em terceiro lugar.

O Dano Moral trata-se de uma lesão extrapatrimonial decorrente da violação aos direitos inerentes à pessoa, incluído nos direitos da personalidade. Destarte, a expressão “dano moral” deve ser utilizada

somente para definir uma lesão que não tenha cunho patrimonial. O dano moral encontra respaldo na Constituição Federal, a ver:

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.

No nosso ordenamento jurídico não existe um critério objetivo para fixação de um quantum indenizatório. Cabendo ao magistrado, fixar um valor justo utilizando-se do seu livre convencimento e bom senso.

É majoritário o entendimento do duplo caráter da indenização por danos morais, que seria compensatória para o ofendido e punitivo para o ofensor. Portanto, seria um consolo a compensação para diminuir o sofrimento ocorrido e ao mesmo tempo sanção ao causador da lesão, com o intuito de desestimulá-lo a não lesar à personalidade de outrem, sendo o caráter da punição mero reflexo do caráter compensatório.

Há julgados que tem admitido casos que versam sobre filhos abandonados e rejeitados por seus genitores, ocasionando transtornos psíquicos devido à falta de afeto, alegando que a pensão alimentícia e fornecimento de meios para subsistência seria insuficiente, trata-se do abandono afetivo, sob a mesma perspectiva o presente trabalho apresenta o abandono afetivo inverso, que decorre do abandono dos ascendentes por seus descendentes. O abandono afetivo é um tema que gera muitas controvérsias, tendo julgados favoráveis e contrários. Entretanto, a análise dos danos causados, deve estender-se a todo âmbito jurídico, estando o Direito de Família incluso.

## **6 A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO INVERSO**

### ***6.1 Direitos da personalidade e o dano moral***

Os direitos da personalidade são o conjunto de atributos que identificam o ser humano. São tutelados no art. 12 do Código Civil de 2002, podendo ser uma tutela preventiva ou repressiva:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

A tutela preventiva atesta que a simples ameaça de lesão a um dos atributos do ser humano já permite ao titular requerer a prestação jurisdicional. Diferentemente, na tutela repressiva a lesão ao direito já ocorreu, então surge a pretensão.

Os direitos de personalidade são de natureza extrapatrimonial, portanto, quando um direito da personalidade é violado surge para o titular uma pretensão com fundamento moral. Em suma, o dano moral decorre de um direito da personalidade. Destarte, quando um dos atributos é violado surge uma pretensão reparatória, pode ter natureza extrapatrimonial ou patrimonial. Mesmo o direito tutelado sendo imaterial, em razão do cunho punitivo pedagógico, será patrimonial, entendimento este que vem sendo admitido pelo STJ, como exemplifica o REsp 839.923/MG, onde o relator Ministro Raul Araújo, da quarta turma do Supremo Tribunal de Justiça assim delimita:

Há casos em que a conduta do agente é dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, atuando com dolo, o que torna seu comportamento particularmente reprovável. Nessa perspectiva, o arbitramento do dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação. Com efeito, a reparação punitiva do dano moral deve ser adotada "*quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável - dolo ou culpa grave - e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o*

*agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 9ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2010, p. 99). [...] Portanto, não obstante autorizado, em determinadas circunstâncias, o reconhecimento do caráter punitivo do dano moral, não se pode perder de vista, em seu arbitramento, a vedação do enriquecimento sem causa da vítima. (STJ - REsp: 839923 MG 2006/0038486-2, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 15/05/2012, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2012)*

A Lei Maior tutela os direitos da personalidade, pois estão embutidos no macroprincípio da Dignidade da Pessoa Humana. A dignidade não possui valor pecuniário, sendo um algo inerente ao ser humano e impossível de ser disponível ou renunciado, conforme pensamentos de Immanuel Kant:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está cima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. (KANT, 1986, p.77).

Os direitos da personalidade previstos no Código Civil são quatro: direito ao corpo, nome, imagem e privacidade, entretanto, são meramente exemplificativos. Os direitos da personalidade já eram tutelados pela nossa Carta Magna, segundo Lôbo, a ver:

Os tipos expressos de direitos da personalidade na Constituição são variados, podendo ser encontrados nos seguintes artigos: art. 5º, *caput* (direito à vida; direito à liberdade); 5º, V (direito à honra e direito à imagem, lesados por informação, que possibilita o direito à resposta ou direito de retificação, como diz a doutrina italiana, acumulável à indenização pecuniária por dano moral); art. 5º, IX (direito moral de autor, decorrente da [liberdade de expressão](#) da atividade intelectual, artística e científica); art. 5º, X (direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem); art. 5º, XII (direito ao sigilo de correspondências e comunicações); art. 5º, IXVI (impedimento da pena de morte e da [prisão](#) perpétua); art. 5º, LIV (a privação da liberdade depende do devido [processo](#) legal); art. 5º, LX (restrição da publicidade processual, em razão da defesa da intimidade); art. 5º, LXXV (direito à honra, em decorrência de erro judiciário ou de

excesso de prisão); art. 199, § 4º (direito à integridade física, em virtude da proibição de transplante ilegal de órgãos, tecidos e substâncias humanas ou de sua comercialização); art. 225, § 1º, V (direito à vida, em virtude de produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias); art. 227, *caput* (direito à vida, direito à integridade física e direito à liberdade das crianças e dos adolescentes); art. 227, § 6º (direito à identidade pessoal dos filhos, sem discriminação, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção); art. 230 (direito à vida e à honra dos idosos).(LÔBO, 2018, online)

Em síntese, são direitos da personalidade: o direito à vida, direito à liberdade, direito à intimidade, direito à honra, direito à imagem, direito moral de autor, direito à identificação pessoal e direito à integridade física e psíquica, frisa-se que o rol é exemplificativo. Merece destaque o direito da personalidade referente a integridade física e psíquica por ter relação direta com o tema central deste trabalho, o abandono afetivo.

## **6.2 Abandono Afetivo**

A concepção de família se restringia ao matrimônio e aos vínculos biológicos e registrai. É sabido que a afetividade transformou a definição de família, abrangendo a realidade contemporânea das relações

familiares. São exemplos de alterações advindas da afetividade a união estável, multiparentalidade, parentesco socioafetivo, o abandono afetivo; isso é reflexo da atual sociedade que acaba gerando demandas complexas, das quais muitas não possuem previsão legal, mas são relações que geram efeitos jurídicos.

Destaca-se que as mudanças no mundo dos fatos, trouxe maior subjetividade para caracterizar as relações familiares contemporâneas no mundo jurídico. Por conseguinte, o Direito deve atentar-se para as modificações advindas da afetividade e do cuidado.

No que concerne ao abandono afetivo, e a complexidade do tema, encontram-se posições favoráveis e críticas ao instituto. Duas correntes se antagonizam. A primeira defende que dentro do Direito de família já existem soluções para os problemas decorrentes do abandono afetivo, como por exemplo a destituição do poder familiar nos casos de filiação. A segunda corrente, baseia-se no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e ao princípio implícito da Afetividade, para justificar a implementação de reparação pecuniária quando for comprovado a existência efetiva do dano moral.

No direito brasileiro contemporâneo, já foi acolhido pretensões que envolvia o abandono afetivo, filhos que alegaram ser rejeitados e abandonados pelos pais, onde a inação de afeto trouxe consequências psicológicas drásticas. Carlos Roberto Gonçalves reflete acerca do tema:

Não basta pagar a pensão alimentícia e fornecer os meios de subsistência dos filhos. Queixam-se estes do descaso, da indiferença e da rejeição dos pais, tendo alguns obtido o reconhecimento judicial do direito à indenização como

compensação pelos danos morais, ao fundamento de que a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, o carinho, devendo o descaso entre pais e filhos ser punido severamente por constituir abandono moral grave.(GONÇALVES, 2012. p.347.)

Em 2012 houve a decisão inédita que se tornou precursora no âmbito cível. O recurso especial nº. 1.159.242 - SP (2009/0193701-9):

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, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 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 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

O caso transformou o ordenamento jurídico no que concerne a possibilidade de reparação civil no Direito de Família com a condenação por abandono afetivo, ao responsabilizar um pai a indenizar sua filha por sua ausência na infância e adolescência. De acordo com excerto proferido pela Ministra Nancy Andrigui, relatora do caso, não é possível obrigar alguém a amar, mas o cuidar é uma obrigação:

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento

dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.** A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o non facere que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal. (grifo nosso).

O Ministro Massami Uyeda, discordou da Ministra Nancy Andrigui, conforme demonstra o excerto do voto proferido por este:

Ora, se atentarmos para a realidade dos fatos, qualquer filho, qualquer filha, enfim, qualquer pessoa poderá dizer assim: mas estou sendo preterido em relação aos meus irmãos e qualquer dado subjetivo poderia motivar um pedido de indenização por dano moral. Ora, isso faria com que quantificássemos ou potencializássemos as mágoas íntimas – muitas legítimas, algumas supostamente legítimas – de filhos, de irmãos, de pais, de



marido e mulher também, porque o dever dos cônjuges está entre prestar assistência, amar e tal. E os estudos indicam que esse amor é uma coisa da convivência. O que pode acontecer nesse nível de família? Quando a situação se torna de tal maneira insustentável, separação de fato, separação judicial, divórcio. E alguém dizer que, além disso, quer o dano moral porque não foi tratado condignamente como esposa, como marido, ou, então, neste caso, como filha. E esse pai... Sabemos que a formação das pessoas, e V. Exa. cita, aqui, estudos de psicologia muito bem calcados, os estudos são, eminentemente, programáticos no sentido de que o ideal da convivência das pessoas é que todos tivéssemos uma vida em família harmoniosa, com o pai e a mãe expedindo esse amor, esse carinho, mas manifestação de amor e carinho é meio complexo. Não posso exigir que os meus padrões psicológicos se coloquem na normalidade. O voto de V. Exa. é pioneiro, Sra. Ministra Nancy Andrighi, mas também atento para a seguinte circunstância: se abirmos essa porta como Tribunal de unificação jurisprudencial de interpretação da lei federal – e, aqui, no caso, é o Código Civil –, e

V. Exa. também cita a Constituição, na qual um dos pilares do fundamento do Estado é a preservação da dignidade da pessoa humana, também não podemos esquecer que a interpretação dos princípios constitucionais requer razoabilidade, proporcionalidade. E, se for assim, não haverá mais tranquilidade. Vamos causar aquilo que o Sr. Ministro Sidnei Beneti sempre fala: estabelecer uma cizânia dentro da família, porque essa pessoa, certamente, se o pai é abastado, irá concorrer na herança no dia em que ele faltar, ou esse pai negligente, vamos dizer. Agora, o que é a negligência no sentido do dever, do pátrio dever? Não sei. Nós mesmos, como pais, avós, temos inúmeras falhas. As crianças, os filhos, hoje já são adultos e podem até reclamar, e até com muita razão. Então, abrir essa porta aqui, reconhecer isso como um direito não podemos, com todo o respeito. Existe uma lesão à estima. Todos nós... A nossa vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos.

Adotando o pensamento que inviabiliza a indenização por abandono afetivo, os autores César Augusto de Castro Fiúza e Thiago Penido Martins afirmam:

Falar em indenização para além do abandono material é complicado. O que significa, por exemplo, educação e imposição de limites? Há algo mais relativo em nossos dias que esses conceitos? Francamente, creio ser pouco provável, para não dizer impossível a comprovação dos elementos necessários (culpa, dano e nexa causal), para a efetivação de uma indenização por abandono afetivo ou qualquer outro nome que se dê. Repita-se, porque abandonar a discussão da culpa nas relações conjugais e introduzi-la nas relações filiais? As mesmas razões que levaram a não se discutir a culpa nas relações conjugais, justificam sua não discussão nas relações entre pais e filhos. Enfim, nada justifica a indenização por abandono afetivo. Mesmo o descumprimento do dever de educar, de impor limites não justifica indenização. Apenas a negligência material pode legitimar uma indenização. De regra, não se justifica a discussão de culpa nas relações filiais, assim como não se a justifica nas relações conjugais. Se assim for, a porta estará aberta para o cônjuge “traído” exigir indenização do adúltero e/ou de seu amante. Se um homem tem um

caso com uma mulher sabidamente casada, estará agindo com dolo. Essa conduta gera danos gravíssimos a um homem, danos estes que teriam que ser indenizados, a se adotar essa perspectiva patrimonial.(FIÚZA; MARTINS, 2012, p.19-20).

Em 2015, o Conselho Nacional de Justiça, publicou o conceito de abandono afetivo:

Quando caracterizada a indiferença afetiva de um genitor em relação a seus filhos, ainda que não exista abandono material e intelectual, pode ser constatado, na Justiça, o abandono afetivo. Apesar desse problema familiar sempre ter existido na sociedade, apenas nos últimos anos o tema começou a ser levado à Justiça, por meio de ações em que as vítimas, no caso os filhos, pedem indenizações pelo dano de abandono afetivo. Algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) são no sentido de conceder a indenização, considerando que o abandono afetivo constitui descumprimento do dever legal de cuidado, criação, educação e companhia presente, previstos implicitamente na Constituição Federal. (CNJ, 2015, online).

A ausência de afeição pode caracterizar dano moral, na medida que a lesão atinja aos direitos de personalidade e conseqüentemente a dignidade da pessoa humana, proporcionando sofrimento e desequilíbrio à pessoa, portanto, o dever de cuidado possui valor jurídico, tendo previsão no já dito artigo 229 da Lei Maior, ao impor a reciprocidade de amparo e zelo mútuo na relação entre pais e filhos.

Entretanto, é sabido a dificuldade de se vincular um prejuízo moral a um determinado valor pecuniário, pois essa punição não visa sanar o dano eventualmente sofrido. O caráter é punitivo e pedagógico, seria uma forma de atenuação do dano. Isso posto, a indenização poderá ser determinada inclusive, para o custeio de um tratamento psicológico.

É importante destacar que é inviável obrigar alguém a amar. Contudo, o desafeto deverá ser uma sanção, sob pena de existir um direito vazio, impossível de ser exigido. Se os pais ou um deles, optar por não dar atenção a seus filhos, não há como obrigá-los, mas a sociedade lhes dirá que tal atitude é incorreta e comprometerá a formação psicológica dos que foram abandonados afetivamente. A corrente que adota a inviabilidade da responsabilização civil por abandono afetivo onde a punição seria a destituição do poder familiar, na verdade tem efeito inverso, pois além de não prestar assistência moral ao filho deixará de prestar auxílio material, eximindo o genitor de suas obrigações.

Cumprido destacar que os problemas envolvendo o abandono afetivo, não assolam somente os filhos. A situação acomete indivíduos com experiência de vida e os pais em idade avançada.

### **6.3 Abandono Afetivo Inverso**

É possível a utilização da analogia pelo magistrado para os casos dos filhos que abandonam imaterialmente seus pais idosos, diante da existência de um caso concreto, já citado acima, com a condenação por abandono afetivo. Portanto, tendo jurisprudência, nasceu precedentes para a aplicação do abandono afetivo inverso. O diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), o desembargador Jones Figueirêdo Alves (PE), assim define abandono afetivo inverso:

JF - Diz-se abandono afetivo inverso a inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família. O vocábulo “inverso” da expressão do abandono corresponde a uma equação às avessas do binômio da relação paterno-filial, dado que ao dever de cuidado repercussivo da paternidade responsável, coincide valor jurídico idêntico atribuído aos deveres filiais, extraídos estes deveres do preceito constitucional do artigo 229 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “...os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na

velhice, carência e enfermidade”.  
(IBDFAM, 2013, online)

O abandono desperta o sentimento de solidão, que maltrata o físico e a mente da pessoa idosa. A última fase da vida já é revestida de muitas perdas e o apoio familiar retardaria essas angústias. Situação explanada pela psicóloga Cecília Fernandes Carmona:

Nessa fase da vida, ele se depara com situações delicadas, como a perda ou o afastamento de pessoas queridas, doenças, aposentadoria, perda do corpo jovem e da independência, entre outros (...) Esse é um período de muitas transformações, marcado especificamente por várias perdas. O sentimento de solidão pode ser percebido como mais agudo pelo idoso por ele estar passando por todas as vicissitudes dessa fase. (CARMONA, 2014, online)

É evidente a lesão aos direitos de personalidade do idoso, pois o abandono afeta sua saúde mental e conseqüentemente o físico responde negativamente a essa sensação, causando o desenvolvimento de sérias doenças ou o agravamento delas, em uma fase da vida marcada pela fragilidade.

Diante o exposto, a inercia dos familiares contribuem diretamente com a qualidade de vida dos idosos. É tão corriqueiro e comum na sociedade contemporânea o descaso com os que se encontram em idade avançada, que não gera nenhum impacto ou comoção social o seu abandono comparado com o

desamparo afetivo a um filho, algo que alarma a sociedade. Vilas Boas em sua obra explicita sua indignação diante da necessidade de tal obrigação ser registrada na Constituição:

Infelizmente, precisou que tal dispositivo ficasse assim escrito. É vergonhoso que a obrigação alimentar, mais moral do que material, necessitasse ficar registrada na Lei Maior. Este dever é anterior a qualquer lei, é uma obrigação de cunho afetivo e moral. Qualquer filho que tenha caráter e sensibilidade terá que cumprir fielmente este dever de consciência. (VILAS BOAS, 2005, p.31)

Importante mencionar que o **IBDFAM** - Instituto Brasileiro de Direito de Família, possui dois enunciados importantes sobre a possibilidade de indenização por abandono afetivo inverso:

Enunciado 08 - O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado.

Enunciado 10 - É cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos.

Como já foi explicitado, a solidariedade na relação familiar, gera o dever de prestar auxílio mútuo entre seus integrantes, tanto material como imaterial, isto justifica o

dever de amparo ao idoso. Os enunciados destacam o quão relevante é a preservação dos que estão em idade longa, para evitar qualquer ameaça a sua integridade psíquica advinda de um abandono por inação de afeto. Por conseguinte, destaca-se o art. 99 do Estatuto do Idoso:

Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado:

Pena - detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena - reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Entretanto, é importante frisar que tal obrigação é pautada na reciprocidade, assim como prevê o dito artigo 229 da Constituição Federal. Se os genitores não auxiliaram material e imaterialmente sua prole, antagônico seria exigir tal obrigação quando os últimos se tornarem independentes financeiramente e sem qualquer elo afetivo. Para ilustrar tal situação, cumpre destacar a decisão da 2ª Câmara de Direito Civil do TJSC, que negou a ação de alimentos movida por um pai, com problemas de saúde e financeiros em desfavor dos filhos. O genitor perdeu contato com os filhos há 30 anos e a tentativa de

reaproximação ocorreu quando este descobriu que um dos filhos atuava como juiz de direito, mas foi rejeitado afetivamente por estes, então moveu uma ação para pleitear alimentos.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS PROMOVIDA PELO PAI EM DESFAVOR DO FILHO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. GENITOR QUE NÃO MANTÉM CONTATO COM OS FILHOS HÁ TRINTA ANOS. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR. FATO SUPERVENIENTE. AUTOR DIAGNOSTICADO COM HIV/AIDS. FATO QUE, POR SI SÓ, NÃO JUSTIFICA A IMPOSIÇÃO DO ENCARGO ALIMENTAR. FALTA DE PROVA DA NECESSIDADE DOS ALIMENTOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Não tem direito a alimentos o genitor que se revela capaz de prover as suas próprias necessidades. A solidariedade familiar não é absoluta, na hipótese de o pai ter se afastado da família e dos filhos, quando estes contavam apenas dois anos de idade, sem prestar-lhes qualquer tipo de assistência emocional, afetiva,

financeira ou educacional, e, após três décadas, reaproximar-se deles para pleitear alimentos. "O mero fato de ser portador do vírus HIV não é por si só incapacitante, sendo controlável, bastando que a pessoa tome a medicação e observe uma vida regrada." (TJRS, Apelação Cível n. 70052315843, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 17-12-2012). Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.007881-4, da comarca de Itajaí (Vara da Família), em que é apelante J. B. F., e apelado A. D. G. F.: A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais. O julgamento realizado no dia 26 de junho de 2014, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Gilberto Gomes de Oliveira. Lavrou pareceres pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Lenir Roslindo Piffer. Florianópolis, 14 de julho de 2014. João Batista Góes Ulysséa  
Relator.

Diante do caso exposto, não seria justo condenar os filhos a dar assistência material para o pai biológico, sendo

que foram abandonados afetivamente e financeiramente por este na infância. A reciprocidade é fundamental e todos os casos envolvendo afeto devem ser analisados com cautela pelos representantes do poder judiciário. Nesse sentido, Rosenvald afirma:

[...] não raramente poderá o filho elidir a culpa em juízo, alegando a impossibilidade de se apaixonar pelo pai pelo fato de, no passado, também ter sido vítima de omissão de cuidado por parte daquele que agora clama pela sua presença. Em tese, essas alegações são plausíveis, mesmo que o ilícito esteja configurado a omissão de cuidado é um dado objetivo e se evidencia pela simples contradição do comportamento do filho à exigência normativa. Nada obstante, nos confins do direito de família, o dado subjetivo da culpa não pode ser ignorado. A averiguação da estruturação psíquica daquele que descurou os deveres convivenciais é necessário para que se avalie se realmente se furtou conscientemente ao dever de cuidado ou, sequer teria condições de exercer uma função solidária, posto que desprovido do instrumental emocional. (ROSENVALD, 2015, p. 320-321).

Portanto, para conviver em sociedade é fundamental que as pessoas tenham atitudes pautadas na retidão e licitude. O abandono, seja por parte dos pais ou dos filhos, configura ilícito cível, em virtude do princípio da solidariedade. Cavalieri Filho explica:

O ato ilícito, portanto, é sempre um comportamento voluntário que infringe um dever jurídico, e não que simplesmente prometa ou ameace infringi-lo, de tal sorte que, desde o momento em que um ato ilícito foi praticado, está-se diante de um processo executivo, e não diante de uma simples manifestação de vontade. (CAVALIERI FILHO, 2012. p. 8.)

A configuração do ilícito civil para caracterizar a responsabilidade civil no que concerne o abandono afetivo inverso, deve ir contrário a Constituição Federal nos aludidos artigos 229 e 230, pautado na reciprocidade das relações familiares e dever de cuidado. O ato ilícito deve ser demonstrado, assim como o dolo e a culpa.

Isso posto, o direito não visa obrigar o amor entre pais e filhos, mas punir o descumprimento de um dever moral, que consiste no amparo imaterial. O caráter punitivo e pedagógico também tem por objetivo desestimular a inobservância do dever de amparo, evitando assim reiterados casos semelhantes. À vista disso, nota-se que o cuidado é essencial a vida humana e possui respaldo legal.

Com fulcro no exposto percebe-se que, apesar da divergência doutrinária acerca do tema, este é pouco estudado e discutido. Destarte, o julgador deve analisar cada caso com extrema cautela, para constatar se possuem

fatores que configuram o abandono afetivo inverso, sempre levando em consideração o histórico familiar, averiguando o elo e a inexistência de solidariedade e reciprocidade, finalmente constatando se o idoso faz ou não jus a indenização advinda da falta de cuidado.

#### **5.4. O Projeto de Lei nº 4.294-A de 2008**

O projeto de lei 4.294-A de 2008, visa à alteração dos artigos 1.632 do Código Civil e art. 3º do Estatuto do Idoso, para que seja passível de indenização por danos morais os casos de abandono afetivo de idosos por seus familiares.

É notório a relevância do projeto de lei, que tenta incorporar à legislação pátria uma tutela pormenorizada para a pessoa idosa. Posto isso, expõe a redação dos artigos para inclusão da referida PL 4294-A/2008:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

Art. 2º O artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil - passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 1632

Parágrafo único: O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral.(NR)”

Art. 3º O parágrafo único do art. 3º da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso - passa a vigorar como parágrafo 1º, devendo ser acrescido o seguinte parágrafo 2º ao artigo:

“Art. 3º (...)

§ 1º

§ 2º O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral.

A PL é de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra, que apresentou a seguinte justificativa:

O envolvimento familiar não pode ser mais apenas pautado em um parâmetro patrimonialista-individualista. Deve abranger também questões éticas que habitam, ou ao menos deveriam habitar, o consciente e inconsciente de todo ser humano. Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado

desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade. No caso dos filhos menores, o trauma decorrente do abandono afetivo parental implica marcas profundas no comportamento da criança. A espera por alguém que nunca telefona - sequer nas datas mais importantes - o sentimento de rejeição e a revolta causada pela indiferença alheia provocam prejuízos profundos em sua personalidade. No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida. Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.

A PL em comento foi encaminhada a Comissão de Seguridade Social e Família, onde a relatora, Deputada Jô Moraes, fundamentou:



A relevância está na necessidade de se avaliar como o indivíduo elabora internamente o abandono afetivo e seus impactos no curso de sua vida. O abandono provoca, indubitavelmente, comprometimento psicológico. Sempre se constata o trauma gerado pela rejeição e pela indiferença. Há quem leve uma vida inteira aguardando notícias de um familiar ausente, sofrendo com a ausência. O dano moral altera-se com a dinâmica social, de modo que situações anteriormente tidas como fatos da vida comum podem e devem merecer a atenção do poder público e, principalmente, do Poder Judiciário. Portanto, é extremamente útil e conveniente introduzir na lei a obrigação presumida de se pagar indenização por dano moral, tomado como consequência direta e imediata do abandono afetivo por familiares, para que os laços familiares sejam mais robustamente fortalecidos.

Posto isso, em 13 de abril de 2011, em reunião ordinária, foi aprovado o parecer favorável ao Projeto de Lei 4294/2008, por unanimidade da Comissão de Seguridade Social.

Ulteriormente, foi encaminhado à Comissão de [Constituição](#) e Justiça e de Cidadania, onde o Relator Deputado Antônio Bulhões votou pela constitucionalidade, juridicidade e adequação técnica

legislativa, e, no mérito, pela aprovação do PL n. [4.294/2008](#), fundamentando que é verídico a impossibilidade de se obrigar alguém a amar outra pessoa, mas que existem casos que causam danos a personalidade de um membro da família, devido a discriminação e humilhação, tornando possível a indenização por abandono afetivo.

O Deputado Marcelo de Almeida votou pela constitucionalidade, juridicidade e adequação técnica legislativa, e, no mérito, pela rejeição do Projeto Lei n. [4.294](#) de 2008. Criticou a expressão abandono afetivo, elogiou o projeto e apresentou os seguintes argumentos, inclusive mudando o texto apresentado pela PL:

A expressão abandono afetivo conduz a ideia de que amar é um dever e receber afeto é um direito. Por isso, é uma expressão equivocada, oriunda de um modismo que partiu do erro de confundir direitos e deveres com sentimentos e emoções. Direitos e deveres são objeto de lei, assim como as respectivas violações devem ser passíveis de aplicação de sanções. Sentimentos e emoções pertencem às ciências psicanalíticas e, em face de sua natureza subjetiva, descabe sua regulamentação no ordenamento legal. Assim, a questão terminológica, que é examinada neste substitutivo, tem suma relevância neste projeto de lei. O risco de utilização da expressão abandono afetivo reside em abrir

uma porta imensa a qualquer pretensão de indenização pela falta de amor, quando amar não é um dever e receber afeto não é um direito. A terminologia que deve ser utilizada reside no descumprimento do dever de ter o filho em sua companhia, que acarreta violação ao direito do filho de ser visitado pelo pai; ou no dever do filho de cuidar do pai ou mãe idoso, que também importa na violação do direito do pai ou mãe de ser cuidado (...). O descumprimento dos deveres dos pais perante os filhos pode gerar duas espécies de dano: moral (pela violação aos direitos da personalidade do filho, inclusive a integridade psíquica) e material (prejuízos decorrentes de gastos com tratamentos psicológicos e psiquiátricos, a título de exemplo também). Como ensina Regina Beatriz Tavares da Silva no Curso de Direito Civil (Washington de Barros Monteiro, Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva: vol. 5: Direito das Obrigações, 40ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 631/640), de ofensa ou violação a direito da personalidade, o que ocorre no abandono físico ou moral, podem decorrer danos materiais, além dos morais. Essas duas espécies de

dano também podem existir pelo descumprimento dos deveres dos filhos perante os pais idosos. Inúmeras são as situações em que esses deveres dos pais para com os filhos menores ou incapazes e dos filhos para com os pais idosos são violados, com desrespeito especialmente aos direitos da personalidade dos envolvidos nessa relação, a acarretar graves danos morais e materiais aos lesados. Portanto, o projeto de lei merece elogios, mas com as ressalvas constantes deste substitutivo, e com a redação a seguir citada.

#### SUBSTITUTIVO

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

Art. 2º O artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil - passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“ Art. 1632 (...)  
Parágrafo único: O descumprimento dos deveres dos pais que cause dano moral ou material ao filho sujeita o infrator ao pagamento de indenização.(NR)”  
Art. 3º O parágrafo único do art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso - passa a vigorar como parágrafo 1º, devendo ser acrescido o seguinte parágrafo 2º ao artigo:  
“Art. 3º (...)  
§ 1º (...)  
§ 2º O descumprimento dos deveres dos descendentes que cause dano moral ou material aos ascendentes sujeita o infrator ao pagamento de indenização”. (NR)

Todavia, a expressão abandono afetivo reforça a importância da reciprocidade nas relações familiares e a necessidade da tutela jurídica do dever de cuidar. Não deve ser analisada sob a ótica da psicologia na qual envolve emoções. A expressão é forte e merece o impacto que sua utilização provoca.

Da mesma forma, existe um pleonasma na denominação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é utilizado intencionalmente. A primeira corrente afirma que o direito tutela pessoas físicas e jurídicas, portanto, a denominação do princípio as diferencia. Mas o problema seria sanado ao denominá-lo como Princípio da Dignidade Humana.

Outra corrente afirma que “pessoa humana” reforça a tarefa grandiosa do Direito, onde este

macroprincípio possui um peso de proteção maior. Para Millan-Puelles (1984. p. 457) vem a ser um pleonasma proposital, uma “redundância intencionada, cujo fim reside em sublinhar a especial importância de um certo tipo de entes”.

Portanto, comparando a denominação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a expressão Abandono Afetivo, observa-se que a implicação pretendida é a mesma: demonstrar a importância e seriedade para o Direito, sendo digno de tutela. Diante do exposto, com a aprovação do referido projeto de lei, estará legalizada a indenização caracterizada pela omissão no dever de cuidado com os idosos: o abandono afetivo inverso.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente trabalho de conclusão de curso possibilitou uma análise do instituto do abandono afetivo inverso e eventual aplicação da responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos.

Através de uma análise na legislação brasileira e doutrinas, constata-se que os direitos e garantias dos idosos demoraram a ser tutelados. Inclusive a Constituição de 1988 aborda os direitos dos que se encontram em idade avançada de maneira genérica. Sendo que apenas em 2003, com o advento do Estatuto do Idoso, especificamente a velhice foi abordada com prioridade e atenção do Estado.

Na Lei Maior é previsto como obrigação da família e do Estado garantir os direitos dos que estão em idade longa, contudo o dever é primeiramente da família e na impossibilidade de assistência, será do Estado a

obrigação de fazer cumprir todas as prerrogativas e direitos dos idosos.

Cumpra ressaltar que a responsabilidade dos ascendentes em relação aos descendentes é um dever natural e comum, tanto que não se contesta. Quanto aos idosos, é corriqueiro o descaso e o desamparo, não gerando nenhuma comoção na sociedade o seu abandono comparado com o abandono afetivo a prole.

É legalmente previsto o dever de cuidado dos filhos maiores em relação aos pais, desta forma verificou-se a possibilidade da responsabilidade civil, em decorrência da inobservância de tal obrigação, configurando um ilícito civil passível de danos morais. Estes danos não estão ligados a um valor pecuniário, não tem como mensurar ao certo sua extensão, pois estão relacionados ao psicológico do ofendido, afetando diretamente seus direitos de personalidade. Portanto, o valor aplicado terá caráter punitivo e pedagógico, afim de abrandar os sofrimentos da vítima idosa, sempre levando em consideração a extensão do prejuízo.

Contudo é de extrema relevância analisar o caso concreto para aplicação do instituto da responsabilidade civil, pois só haverá a configuração do abandono afetivo inverso se anteriormente existiu relação afetiva e convívio familiar do ascendente como descendente. Deste modo, é basilar e de grande importância a reciprocidade entre os membros de uma mesma família.

A família é a base da sociedade e a responsabilidade tem incidência no Direito de Família, em virtude dos deveres e direitos recíprocos entre os integrantes de uma mesma entidade familiar.

O afeto passou a ter valor jurídico e por muitos juristas é considerado um princípio que tem fundamento na Constituição Federal de maneira implícita e decorre do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Apesar do nome Abandono Afetivo Inverso ser algo impactante, analisado sob a ótica subjetiva do sentido da palavra afeto, na qual sugestivamente leva o indivíduo a crer que o afeto não deve ser tratado pelo direito, assemelha-se ao caso de denominação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O macroprincípio possui um pleonasma, pois todo humano é uma pessoa, contudo tal ato é um reforço de um grau maior na tarefa humanizadora da filosofia do Direito. Levando por esse aspecto, Abandono Afetivo Inverso realça a importância da reciprocidade no dever de cuidado dentro das relações familiares.

Em suma, a presente monografia demonstrou a necessidade e a relevância do tema, onde é preciso uma construção legislativa, doutrinária e jurisprudencial mais ampla, pois o Abandono Afetivo Inverso é pouco tratado no direito brasileiro, o que prejudica diretamente os idosos. Destarte, é importante uma proteção jurídica para os que já estão em idade avançada, tendo em vista sua fragilidade, suas perdas e debilitações. Logo, o maior apoio para essas pessoas é no seio familiar.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Sara; MOREIRA, Carmem Félix; NOGUEIRA, Sonia. Relações sociais, estereótipos e envelhecimento. **Actas de Gerontologia**, Porto, v. 1, n. 1, p. 1-11, 201. 2013.

BEAUVOIR, Simone de. **A Velhice**. Tradução de Maria Helena Franco Monteiro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vademecum**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vademecum**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n.8.842, de 4 de janeiro de 1994. **Dispõe sobre a Política Nacional, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1994.

BRASIL. Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 out. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1159242**– 3ª Turma Cível – Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 24/04/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 de jun. de 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 4.294-A de 2008**. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarn-tegra?codteor=864558&filename=Avulso+-PL+4294/2008](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarn-tegra?codteor=864558&filename=Avulso+-PL+4294/2008). Acesso em: 10 de ago. de 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2016.

CARMONA, Cecília Fernandes; COUTO, Vilma Valéria Dias; SCORSOLINI-COMIN, Fabio. A experiência de solidão e a rede de apoio social de idosas. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 19, n. 4, p. 681-691, out./dez. 2014.

Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v19n4/1413-7372-pe-19-04-00681.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 8.

Conselho Nacional de Justiça. **Diferença entre Abandono Intelectual, Material e Afetivo**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80241-entenda-a-diferenca-entre-abandono-intelectual-material-e-afetivo>. Acesso em: 10 de out. de 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Efeitos patrimoniais das relações de afeto**. Repertorio IOB de Jurisprudência, p. 301. 1997.

DICIONÁRIO DO AURÉLIO. **Dicionário do aurélio**. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/afetivo>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GUERRA, Sidney. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, v. 7, n. 9, p. 379-397, dez. 20. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24670>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

FIÚZA, César Augusto De Castro; MARTINS, Thiago Penido. A eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações familiares: uma análise crítica da decisão proferida no julgamento do Recurso Especial 1.159.242/SP. **Thiago Penido Martins**. 2012. Disponível em: <<https://www.thiagopenido.net/o-professor>>. Acesso em: 22/09/2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.347.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito Civil**. Volume 7. Direito de Família. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008, p. 28. 2.

IBDFAM. **Abandono Afetivo Inverso Pode Gerar Indenização**. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 21 fev. de 2018.

IBDFAM. **Enunciados do IBDFAM**. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

IBGE. **Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017**. Disponível em:

<<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. 70 ed. Lisboa: 2007.

LÔBO, Paulo. **Danos morais e direitos da personalidade**. ago./out. 2003. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade/2>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.).

**Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.

MORENO, Denise Gasparini. **O estatuto do idoso**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo**.

Disponível em:

<[http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/caocc/dirfamilia/artigos/05\\_nem.so.de.pao.vive.o.homem.](http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/caocc/dirfamilia/artigos/05_nem.so.de.pao.vive.o.homem.)>. Acesso em: 08 mai. 2018.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A proteção constitucional da pessoa idosa. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**, São Luís, Maranhão, v. 7, 2000.

RODRIGUES, Nara Da Costa. Política Nacional de Idoso – Retrospectiva Histórica. **Estudos Interdisciplinares do Envelhecimento**, Porto Alegre, v. 3, p. 149-158, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 9 ed. São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Jusbrasil, 2012. Disponível em:

<<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o>>

-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 30 jun. 2018.

VILAS BOAS, Marco Antônio. **Estatuto do Idoso comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 31.

## A ALIENAÇÃO PARENTAL E SUA RELAÇÃO COM A GUARDA COMPARTILHADA

*Yara Laryce Faria<sup>6</sup>*

### RESUMO

O instituto da guarda compartilhada vem demonstrando ser de inteira importância para o Direito da Família. Isto porque, transforma como regra a responsabilidade para com o filho a ambos os genitores, fazendo com que a dor pela separação ou ausência de um deles fica mitigada ou reduzida, de modo que o menor continue com o mesmo afeto e companhia de seus pais igualmente. Entretanto, existem críticas quanto ao instituto da guarda compartilhada, dentre elas, da impossibilidade de acordo entre os pais. Ou seja, nos casos de um divórcio ou separação, por inúmeras vezes chega ao judiciário o confronto entre o casal, sendo que nestes casos, mesmo sendo regra, muito dificilmente o juiz irá deferir este tipo de guarda. Logo, mesmo que o interesse da criança é que se encontra em jogo, os próprios pais utilizam de certos fatos ocorridos para levar ao conhecimento da criança, fazendo com que o filho fique contra um dos genitores. Neste passo, surge outra questão que se refere a alienação parental, fato muito comum de acontecer quando existe um divórcio ou separação litigiosa. Nesta seara, o presente trabalho irá apresentar os aspectos legais e doutrinários da guarda compartilhada, e ainda, será demonstrado sobre o instituto da alienação parental. Aliás, será demonstrado que tipo de consequência poderá gerar a um dos genitores

---

<sup>6</sup> Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

quanto ao fato de utilizar o filho contra o outro genitor, se falando neste caso de alienação parental. Por isso, se fará um parâmetro entre a guarda compartilhada e sua relação com a alienação parental. Assim, o presente trabalho terá como enfoque principal os institutos de proteção da família, que se situam na guarda compartilhada e na alienação parental, sendo uma questão social e de difícil aplicação no caso concreto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Guarda compartilhada. Alienação parental. Direito de Família.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade apresentar a importância das leis que tratam da alienação parental e da guarda compartilhada, pois, são institutos que visam preservar a família, principalmente no que tange aos cuidados com os filhos.

Nesta seara, o aspecto social entra em pauta, em virtude de que muitas famílias podem sofrer com abusos cometidos contra os filhos. Na verdade, se fala em genitor praticando a raiva e ódio contra o outro genitor, e utilizando para isso o próprio filho.

Desta forma, a Lei nº. 12.318/10 (BRASIL, 2010) e a Lei nº. 13.058/14 (BRASIL, 2014) representam uma modernidade em relação à proteção das famílias, pois mantém uma relação estreita para fins de prevenção.

Assim, o que presente trabalho pretende demonstrar são os aspectos legais da lei que trata da guarda compartilhada e da alienação parental, para no final, demonstrar que visam proteger as famílias como um todo, e ainda, prevenir condutas que podem até mesmo gerar doenças aos filhos.

Para tanto, no primeiro capítulo, será apresentado sobre a evolução do Direito de Família, bem como o

surgimento das leis de proteção. Também será analisado o atual conceito de família que vem se adaptando de acordo com os anseios da sociedade.

Já no segundo capítulo, será analisado o instituto da guarda compartilhada, que se traduz pela Lei nº. 13.058/14 (BRASIL, 2014). E para melhor explicar, serão apresentadas as diferenciações entre as outras guardas existentes, bem como, proceder com conceito, características, importância e consequências da guarda compartilhada.

Por fim, no quarto capítulo, será analisado o instituto da alienação parental, visualizando sobre o prisma de sua prática e forma de prevenção. Ademais, será trazido o aspecto da importância da legislação da alienação parental e guarda compartilhada para proteção da família.

Quanto à metodologia, será utilizado o método dedutivo, ou seja, partirá dos princípios gerais do Direito de Família, buscando compreender especificamente as regras contidas na Lei nº. 12.318/10 (BRASIL, 2010) e na Lei nº. 13.058/14 (BRASIL, 2014). Também será utilizado o método de procedimento funcionalista, pois, buscará compreender e interpretar as regras da guarda compartilhada e alienação parental, de modo a se concluir pela importância das mesmas para o Direito de Família.

## 2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E O SURGIMENTO DAS LEIS DE PROTEÇÃO DA FAMÍLIA

Antes de se fazer uma análise sobre a guarda compartilhada e a alienação parental, muito importante ter uma compreensão da evolução do Direito de Família e o surgimento das leis protetivas, eis que se trata de uma verdadeira vitória para a própria proteção e preservação da família.

O Direito de Família evoluiu, não sendo igual



como de antigamente. Atualmente, as famílias são mais abertas e voltadas mais para o vínculo afetivo, não se dando crucial importância para apenas o vínculo sanguíneo. (DIAS, 2016).

Neste passo, as culturas familiares e suas gerações passam a buscar relações de afeto vinculado de acordo com suas novas conquistas, desejos e anseios. (DIAS, 2016).

Mas antes de surgir essa evolução, pontua-se que antigamente as mulheres permaneciam em seus lares domésticos, exercendo a função de cuidar do marido e filho, enquanto a função do marido era sair para trabalhar. (DIAS, 2016).

Neste enfoque, existia a teoria sobre a formação da família que era voltada apenas para a figura do casamento entre homem e mulher, onde se concebia os filhos. (DIAS, 2016).

Como por exemplo, é o que acontecia na legislação da época da Revolução Francesa (1789), em que o casamento era obrigatório para todos, de acordo com o Código Napoleônico em 1806. (CAPPARELLI, 1999).

Por sua vez, antes mesmo da época da Revolução Francesa (1789), a família concebida apenas pelo casamento já era algo real, porém, com regras. Em determinado momento histórico do Direito de Família, não era necessário cerimônia para a validação do casamento. Em outro momento, foi se alterando, em que somente um grupo de pessoas poderia se casar. Depois, o casamento foi liberado para todas as pessoas. (GRIMAL, 1995). Nesta evolução familiar, demonstra Pierre Grimal (1995, p. 249):

No início, não era necessária nenhuma espécie de cerimônia legal ou religiosa para que um casamento fosse considerado válido na Roma Antiga: bastava a coabitação entre um homem e uma mulher para que estes fossem considerados casados. A estruturação legal do

casamento foi realizada ao longo da República, tendo sido alterada com o Império. Até 445 a.C., só tinham direito a casar os patrícios. Nesse ano, e através da lei Canuleia, o casamento é alargado a todos os cidadãos, permitindo-se também o casamento entre patrícios e plebeus.

A partir de então, com a evolução do casamento, as famílias passaram a permanecerem mais dispostas a formar e constituir uma família através da união entre homem e mulher, sendo realizado através de contrato realizado entre os nubentes. É, pois, o que dita à história do casamento no período da Idade Média, conforme artigo disponibilizado em Mini Web Educação (2018, *online*):

Em 1076, o Concílio de Westminster decretou que nenhum homem devia entregar a sua filha a alguém sem a bênção de um sacerdote. Mais tarde, foi decretado que o casamento não devia ser secreto, mas antes um ato público. No entanto, apenas no século XVI, o Concílio de Trento decretou que o casamento devia ser obrigatoriamente celebrado por um sacerdote. Muitas das vezes o casamento significava a celebração de um contrato entre os noivos, estipulando os direitos de cada um. A herança e a propriedade eram os principais motivos que fundamentavam estes casamentos arranjados. É claro que também existiam casamentos por amor, mas estes verificavam-se sobretudo entre as classes sociais mais baixas. Nesta época, a separação dos casais era tolerada e, embora não houvesse divórcio legal, a anulação do casamento era possível, mediante circunstâncias especiais.

Também nesta época, tinha-se como costume a superioridade do homem sob a mulher, conforme ilustra

Michelle Georges Perrot (1990, p. 356):

A sociedade medieval foi profundamente marcada pela superioridade do universo masculino. As mulheres devido a sua posição de submissão em relação aos homens, não tinham participação ativa na elaboração das leis. Entretanto, eram obrigadas a obedecer a uma série de leis específicas. Havia um poder de tutela do sexo masculino sobre o feminino, que passava do pai para o marido. Se viúva, esse direito passava ao parente do sexo masculino mais próximo. A mulher não tinha o direito de ir ao Tribunal, tendo que ser representada pelo seu tutor, que além disso, tinha o direito sobre sua fortuna, podendo castigá-la fisicamente, ou em casos extremos até levá-la a morte, podendo dá-la em casamento ou até mesmo vendê-la.

Passando para a época mais tradicional, o casamento no Direito brasileiro se tornou uma verdadeira unidade familiar, porém, até o ano de 1889, a única forma de casamento no Brasil era o religioso. O casamento civil somente passou a existir em 1891. (CAPPARELLI, 1999).

Este casamento civil ficou ainda mais evidenciado com a elaboração do Código Civil (BRASIL, 1916) de 1916, onde teve um forte conceito de família voltado apenas para o homem e mulher. Ou seja, o legislador preferiu controlar a evolução social, impondo à sociedade uma única forma de concepção de família, que era justamente pelo instituto do casamento entre homem e mulher. (DIAS, 2008).

Sobre este motivo adotado pelo legislador de 1916 para a concepção da família apenas pelo casamento, Altamiro de Araújo Lima Filho (2007, p. 94) discorre:

A escolha do casamento como meio único

de constituição da família deu-se por dois motivos essenciais: o primeiro foi o fato de, em decorrência da sociedade brasileira sempre ter tido a propensão de cultivar as tradições cristãs, tal instituto já se encontrar impregnado na cultura nacional; o segundo motivo reside na solenidade e publicidade inerentes ao rito matrimonial: essas características, por certo, gerariam uma segurança jurídica, a qual era favorável à manutenção do compromisso assumido pelos nubentes.

Corroborando com este entendimento, complementa Maria Berenice Dias (2008, p. 110) sobre as consequências do único modelo de família escolhido pelo legislador de 1916:

Diante do modelo uno de família, as relações surgidas fora do casamento não recebiam qualquer reconhecimento jurídico e os filhos havidos fora do casamento eram considerados ilegítimos, não podendo ser reconhecidos pelos pais, mesmo que estes quisessem.

Prevalecia, por sua vez, a figura do marido e da esposa, mesmo que esta não fosse considerada igual em direitos familiares. Daí, várias questões familiares somente poderia ser realizada pela mulher caso o marido consentisse. (LIMA FILHO, 2007). Esta incapacidade da mulher é bem apresentada por Maria Berenice Dias (2008, p. 132):

Até o Estatuto da Mulher Casada de 1962 (Lei nº. 4.121), a esposa era considerada relativamente incapaz para os atos da vida civil. Somente com o atual Código Civil é que a mulher se tornou colaboradora do marido na chefia da sociedade conjugal, bem como adquiriu a titularidade do pátrio

poder, apesar de continuar também como colaboradora no exercício deste direito-dever.

E nas palavras de Leonardo Barreto Moreira Alves (2007, *online*):

Pouco importava se os membros da família estavam felizes ou não com aquela situação. A dignidade deles era um dado secundário. O que, de fato, se tornava relevante era a segurança formal da família, mesmo em detrimento da realização pessoal de cada um dos seus integrantes, principalmente a mulher.

Somente com a Constituição Federal (BRASIL, 1988) de 1988 que este quadro veio a mudar, fazendo com que outras formas de família passassem a ser permitidas no ordenamento jurídico brasileiro. Transcreve-se, nesta esteira, o que passou a prever o artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito 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.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Observe-se que a união estável entre homem e mulher foi uma das conquistas mais marcantes na esteira constitucional, no sentido também ser reconhecido como entidade familiar. (DIAS, 2016).

Neste aspecto, o Direito de Família evoluiu para um patamar que não era mais somente pelo casamento que se constituiria uma família, mas passou também a ser reconhecida através de outras formas, dentre eles, através da união estável. (DIAS, 2016).

Deste modo, passou a evoluir o conceito do próprio Direito de Família, onde os casais foram sendo reconhecidos como verdadeiras comunidades de afeto, e, portanto, detentores de direitos e deveres. Nesta concepção, afirmam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2010, *online*) que: “[...] a arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado [...]”.

Passando para o contexto legislativo do Código Civil (BRASIL, 2002) de 2002, a concepção do casamento permaneceu mantida, mas criaram-se regras, como, por exemplo: na concessão de diretrizes para a constituição da família; capacidade para que o casamento possa ser celebrado; impedimentos para a realização do casamento; causas de suspensão e invalidades; dissolução etc. (DIAS, 2016).

Após este novo sistema legislativo, a cultura social e familiar passou a evoluir cada vez mais, até que a Emenda Constitucional nº. 66/2010 (BRASIL, 2010) dispôs sobre uma das formas de dissolução do casamento, sendo através do divórcio direto, independente de qualquer outro requisito, como o do tempo ou separação.

Ademais, a cultura da dissolução do casamento partiu-se também para a seara extrajudicial, com o entendimento de que nem mesmo o judiciário precisava ser

acionado para decretar o divórcio, bastando expressar este desejo em Tabelionato de Notas, desde que algumas condições fossem cumpridas, como a não existência de filhos menores ou incapazes e a consensualidade. (DIAS, 2008).

Assim, de acordo com a lição de Maria Berenice Dias (2008, p. 69):

A organização familiar muda no decorrer do tempo, sendo que ela é alterada em função das mudanças sociais, pois a família não é apenas uma instituição de origem biológica, mas, sobretudo, um organismo com nítidos caracteres culturais e sociais. É, portanto, um microsistema social, onde os valores de uma época são reproduzidos de modo a garantir a adequada formação do indivíduo.

Outras leis infraconstitucionais foram sendo criadas, em especial para a proteção da família e da mulher, e entre elas surgiu a Lei nº. 11.340/06 (BRASIL, 2006, *online*), conhecida popularmente como Lei Maria da Penha. Seu artigo 5º assim prevê:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Verifica-se o quanto evoluiu a concepção da família, que em conformidade ao artigo 5º acima transcrito, o âmbito familiar passou a ser compreendida como indivíduos unidos por laços naturais, afinidade ou por vontade expressa, independente da orientação sexual. (DIAS, 2008).

Desta forma, surge um novo conceito de família, que é mais voltada para a questão afetiva, bastando à vontade dos próprios indivíduos que se encontram na entidade familiar. (DIAS, 2008).

Assim, a evolução e as conquistas do Direito de Família se tornaram algo maior do que o simples fato do casamento entre homem e a mulher, sendo que a partir de seu novo conceito, a família tornou-se uma sociedade afetiva, voltada mais para o amor entre as pessoas do que pelo sentido literal da lei. (DIAS, 2008).

Por outro lado, em que pese este reconhecimento da evolução das famílias, nem sempre o legislativo acompanhava, motivo que o Poder Judiciário também possui o papel de interpretar e garantir direitos e deveres no âmbito familiar. É o caso, por exemplo, da família homoafetiva, que se define pela união de casais do mesmo sexo.

Com efeito, quando se fala em evolução das famílias, significa que passou a ter um caráter amplo, com traços afetivos e de convivência duradoura, não podendo mais dizer que ela é formada apenas pelo casamento entre homem e mulher, mas também por casais do mesmo sexo. (DIAS, 2017).

Na lição de Maria Berenice Dias (2017, *online*):

O retrato da família não é mais a foto de um casamento. Muitos fatores levaram ao esgarçamento do seu conceito sob a ótica da pluralidade. Passou-se a falar em entidade familiar e não mais em família constituída pelos sagrados laços do matrimônio.

O afastamento entre estado e igreja – fenômeno que recebe o nome de laicização – subtraiu do matrimônio a aréola de sacralidade. Também o movimento feminista tirou o véu de pureza que a virgindade envolvia a mulher, com a só finalidade de dar certeza da legitimidade da filiação.

O avançar dos direitos humanos colocou o indivíduo como sujeito de direito e a dignidade humana tornou-se o valor maior. Com todos estes ingredientes a sociedade mudou de feição, o que acabou trazendo reflexos nas estruturas de convívio. Daí falar-se em direito das famílias, como forma de albergar no conceito de entidade familiar todas as conformações que têm como elemento identificador o comprometimento mútuo decorrente do laço da afetividade.

Sublinhe-se que, apesar do legislador não seguir a mesma cultura formada pela sociedade, a família vem se transformando em sujeitos de direitos e dignidade. (DIAS, 2017). Sobre o tema, destaca Maria Berenice Dias (2017, *online*):

As mudanças já se encontram chanceladas pela sociedade mas ainda encontram resistência do legislador na hora de serem normatizadas. Se por desleixo, se por preconceito, não importa. Tal omissão

gera vácuos legais. As situações que não encontram previsão na lei batem às portas do Judiciário. O juiz, que não consegue conviver com injustiças, acaba encontrando formas de enlaçar no âmbito de proteção o que o legislador não previu. O fato é que a justiça não consegue simplesmente condenar à invisibilidade e negar tutela ao que refoge do modelo engessado na legislação. É o que sempre acontece. O que é novo recebe, em um primeiro momento, a chancela da justiça e acaba impondo a construção de um novo sistema jurídico.

Foi a jurisprudência que levou a Constituição a albergar as uniões extramatrimoniais sob o nome de união estável. O caminho aberto pela jurisprudência é que ensejou a constitucionalização do conceito de entidade familiar sem estar condicionado à tríade: casamento, sexo e reprodução. Também houve o reconhecimento das estruturas de convívio desvinculado da prática sexual e da finalidade procriativa, e que passou a ser chamada de família monoparental.

Portanto, embora a legislação não acompanhe a cultura das famílias, a jurisprudência também faz este papel, sendo um importante meio de se reconhecer direitos e deveres entre os membros. (DIAS, 2017).

Exatamente por isso, quando existem injustiças ocorrendo dentre de um grupo de pessoas, o Poder Judiciário é acionado para solucionar a questão, muitas das vezes para declarar a nova forma de constituição de família, trazendo benefícios para todos os membros. Mas, o contrário também ocorre que é quando se utiliza da própria família para cometer o mal a um de seus membros.

É o caso da alienação parental. Da mesma forma

que as famílias evoluíram no sentido de sua formação e constituição, também evoluiu para que possa prejudicar seus membros, fazendo com que o filho se volte contra o seu pai ou sua mãe.

Frisa-se que em tempos de outrora era incabível falar em divórcio ou separação, até que em determinada época surgiu à figura do desquite. Era o que previa a redação do artigo 316, inciso III do antigo Código Civil (BRASIL, 1916, *online*) de 1916:

Art. 315. A sociedade conjugal termina:  
(Revogado pela Lei nº 6.515, de 1977).

I. Pela morte de um dos cônjuges.

II. Pela nulidade ou anulação do casamento.

III. Pelo desquite, amigável ou judicial.

Este desquite era a separação judicial do casal, ou seja, o Código Civil (BRASIL, 1916) de 1916 passou a autorizar a dissolução do casamento através deste meio processual.

Por sua vez, já em 1977, através da Lei nº. 6.515/77 (BRASIL, 1977), a palavra desquite foi abolida do ordenamento jurídico, passando a ser separação judicial, que poderia ser na modalidade consensual ou litigiosa.

Sobre essa evolução das formas de dissolver o casamento, João Guilherme de Andrade Cintra (2014, *online*) expõe:

O termo desquite foi empregado no art. 315, III, do chamado Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, de 1º de janeiro de 1916, projeto do renomado jurista, Clóvis Beviláqua, para regular a forma de dissolução da sociedade conjugal, por meio da separação de corpos e bens dos cônjuges, sem extinção do vínculo matrimonial, o que correspondeu à separação judicial, mas não ao atual

divórcio.

Quase 100 (cem) anos já se passaram, desde a edição do Código Civil de 1916, e ainda se discutem os principais conceitos e efeitos jurídicos do desfazimento do casamento, do desquite ao divórcio, em circunstâncias já bastante influenciadas por princípios religiosos enraizados na sociedade de outrora.

Contudo, o desquite teve aplicação somente até o advento da Lei nº. 6.515 de 1977, que o substituiu pelo vocábulo “separação”, admitindo, igualmente, a modalidade consensual (amigável) e contenciosa (litigiosa). O art. 24 da chamada Lei do Divórcio estabeleceu o primeiro diploma normativo acerca da matéria, assim dispondo: “O divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso”.

Pareceu-nos um grande progresso à época, ao tratar o rompimento do casamento com nova roupagem, o divórcio, ainda que precedida da separação de fato (abandono do lar sem formalização em juízo) ou da separação de direito (abandono do lar com formalização em juízo), esta última com a possibilidade de conversão ao divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Realmente houve gradual evolução, que culminou na modificação da própria Constituição Federal de 1988.

E não parou por aí, porque chegou ao ponto da Constituição Federal (BRASIL, 1988) de 1988 ser objeto de reforma, surgindo a Emenda à Constituição nº. 66/2010 (BRASIL, 2010), para que o divórcio fosse o único meio

de dissolução do casamento, não necessitando ser preenchido qualquer outro requisito.

E, havendo essa facilidade na dissolução do casamento, as práticas de alienação parental também foram surgindo com mais frequência. E, neste caso, mesmo o Estado se afastando das relações familiares, quando existe um possível dano aos membros da família, aí sim poderá interferir, considerando o que prevê o *caput* do artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Isto porque, quando se causa danos a alguém, estará denegrindo a própria dignidade da pessoa. Salienta-se que a dignidade é considerada como um verdadeiro princípio, eis que previsto pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), conforme artigo 1º, inciso III, acarretando em uma grande inovação do Direito de Família, dando ensejo a um fenômeno denominado por Maria Berenice Dias (2013, p. 66) de: “[...] despatrimonialização e a personalização dos institutos de família, inserindo o membro familiar na pessoa humana no centro protetor do direito”.

Sobre as consequências reais da dignidade da pessoa humana no Direito de Família, conforme delineado por Leonardo Barreto Moreira Alves (2007, *online*):

No campo específico do Direito de Família, verifica-se que a entidade familiar passa a ser encarada como uma verdadeira comunidade de afeto e entreajuda e não mais como uma fonte de produção de riqueza como outrora. É o âmbito familiar o local mais propício para que o indivíduo venha a obter a plena realização da sua dignidade

enquanto ser humano, porque o elo entre os integrantes da família deixa de ter conotação patrimonial para envolver, sobretudo, o afeto, o carinho, amor e a ajuda mútua. [...] O relacionamento entre os familiares, portanto, ganha uma nova roupagem. Passa a ser muito mais aberto, democrático e plural, permitindo que cada indivíduo venha a obter, de fato, a realização da sua felicidade particular. Isso porque, se a Constituição consagrou a dignidade da pessoa humana como superprincípio, assim o fez por ter encontrado na família pós-moderna um forte (talvez o principal) meio de sua propagação, pois é no âmbito familiar que o indivíduo cresce e adquire suas habilidades para a convivência social.

E ainda, Cristiano Chaves de Farias (2003, *online*) acrescenta: “Predomina, assim, um modelo familiar eudemonista, que se busca a realização plena do ser humano, pois a família é *locus* privilegiado para garantir a dignidade humana e permitir a realização plena do ser humano”.

Assim, diante deste contexto histórico do surgimento e dissolução da família, ela passa a se situar de forma a criar afeto e sobrevivência, ao passo de se tornar necessária a mútua assistência entre os seus membros, mesmo depois de uma possível separação ou divórcio do casal.

Sílvio Rodrigues (2004, p. 21) ainda diz que: “[...]”

a aproximação dos sexos e o natural convívio entre marido e mulher, ordinariamente, suscitam o desenvolvimento de sentimentos afetivos recíprocos, dos quais o dever de se prestarem assistência é mero corolário”.

E nas palavras de Maria Helena Diniz (2007, p. 35), o auxílio nas famílias é mútuo e: “[...] corolário do convívio entre os cônjuges”. E na conclusão de Álvaro Villaça Azevedo (2006, p. 87): “[...] o amor é mais importante do que tudo na família; o mútuo auxílio material e espiritual entre os esposos, sua convivência amorosa, é mais importante do que a própria formalidade que faz nascer a família”.

Por outro lado, se não há mais amor e afeto, deixa de ser uma família sadia, e se por acaso venha a acarretar uma possível alienação parental, o Estado tem a obrigação de interferir.

Assim, faz com que o legislador atue positivamente para criar novas leis que proteja e não deixe a dignidade humana se afastar. Foi o que aconteceu com a Lei nº. 12.318/10 (BRASIL, 2010), que protege a família no aspecto da interferência na formação psicológica da criança ou adolescente.

Também se criou a Lei nº. 13.058/14 (BRASIL, 2014), que dispõe sobre a guarda compartilhada, sendo uma forma que o legislador encontrou para proteger a família, no sentido de evitar uma possível alienação parental.

Portanto, estas são as primeiras concepções da família, abrangendo seu surgimento e meios de proteção. Com efeito, percebe-se que o contexto familiar evoluiu, mas também houve obstáculos em relação a prejuízos aos membros da própria família, que é o caso da alienação parental.

## 2.1 Conceito de família

Importante, ainda, destacar o conceito de família, sendo que em seu modelo atual é considerado como um membro de pessoas unidas entre si, de forma a ajudar uns aos outros, providas de afeto e amor, independente de ser parente biológico ou não. (DIAS, 2017).

Esta é a definição mais precisa da atual concepção de família, eis que o próprio legislador assim considerou, conforme se observa no artigo 5º da Lei nº. 11.340/06 (BRASIL, 2006, *online*):

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Denota-se que a legislação demonstra que a família é um grupo de pessoas em espaço mútuo, vivendo juntos, podendo ser com ou sem vínculo familiar biológico, e ainda, podem ser por afinidade ou vontade expressa, independente de orientação sexual. (BRASIL, 2006).



Desta forma, o conceito de família atual parte do princípio do que realmente é o mais importante, no caso o afeto e amor, independente da ligação sanguínea. Neste sentido, enaltece Paulo Luiz Netto Lobo citado por Leonardo Barreto Moreira Alves (2007, *online*) diz que:

[...] vale a pena aqui mencionar o pensamento do ilustre Professor Paulo Luiz Netto Lobo, segundo o qual o art. 226, parágrafo 4º, da Constituição Federal, ao estatuir que "entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes", acabou criando uma cláusula geral de inclusão da família, no sentido de que esta entidade, antes reconhecida pela lei se constituída unicamente pelo casamento (*numerus clausus*), agora deve ser sempre reconhecida pelo ordenamento jurídico se restar caracterizado seu solitário elemento caracterizador, o afeto.

Em outras palavras, a família deixa de ser constituída pelo vínculo jurídico (modelo único de família) para ser reconhecida pelo ordenamento quando presente o intuito *familiae*, o afeto como elemento volitivo de sua formação (modelo aberto e plural de família). Por isso, passa-se a conferir maior importância à dignidade de cada um dos membros da família e ao relacionamento afetivo existente entre eles do que propriamente à instituição em si mesma.

E como exemplo deste conceito atual de família que é voltada para o afeto e amor independente dos laços consanguíneos, destacam-se as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça, quando reconhece como entidade familiar à pessoa solitária ou pela comunidade formada por

variados parentes, principalmente entre irmãos, *in verbis*:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, descarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência (STJ. REsp. nº. 205.170-SP 1999/0017119-5. Órgão Julgador: Quinta Turma. Ministro Relator Gilson Dipp. Data de julgamento: 07 dez. 1999. Data de publicação: 07 fev. 2000). (BRASIL, 2000, *online*)

EXECUÇÃO. EMBARGOS DE

TERCEIRO. LEI Nº. 8.009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMÍLIA. IRMÃOS SOLTEIROS. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei nº. 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles (STJ. REsp nº. 159.851-SP 1997/0092092-5. Órgão Julgador: Quarta Turma. Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar. Data de julgamento: 19 mar. 1998. Data de publicação: 22 jun. 1998). (BRASIL, 1998, *online*)

Assim, pode-se dizer que a conceituação de família é ampla, abrangendo todas as pessoas que convivem no mesmo lar ou até fora dele, mas que de qualquer forma possuem afeto familiar e preceitos de sobrevivência, pautando-se pela convivência mútua e, visando, sobretudo, os princípios basilares da pessoa humana, como dignidade, respeito, liberdade e igualdade. (DIAS, 2017).

Assim, de tudo que foi apresentado, indaga-se: qual o motivo para se analisar a família e seu conceito, cujo objetivo de estudo é fazer um paralelo entre a guarda compartilhada e a alienação parental? Como dito, a família passa por um conceito atual de que o afeto é mais importante do que qualquer outro requisito. Havendo o afeto, a família estará protegida, sendo o bem maior que todo o ser humano possui. (DIAS, 2017).

Entretanto, quando este afeto é destruído, a família

também o será, e por consequência, seus membros ficarão sem um norte afetivo. É o que acontece quando se existe uma alienação parental dentro da família. Mesmo que ainda não tenha sido apresentado o conceito de alienação parental, é pertinente adiantar que se trata de um rompimento afetivo entre um dos genitores e o filho, causado por uma conduta do outro genitor. (DIAS, 2017).

Com efeito, causará um dano no filho, podendo acarretar doenças psicológicas, vindo, por consequência, ter sua dignidade também prejudicada. Por isso, a alienação parental é um mal a ser combatido, pois destrói a família no sentido de colocar o filho contra um dos genitores. E este combate poderá ser feito através da aplicação da Lei nº. 13.058/14 (BRASIL, 2014), onde ambos os genitores passam a ter responsabilidades, obrigações, direitos e deveres iguais em relação aos filhos, evitando assim a prática da alienação.

Trata-se, portanto, da busca integral da proteção da família, motivo que o legislador começou a construir o alicerce protetiva através da lei.

### **3 A GUARDA COMPARTILHADA: LEI Nº. 13.058/14**

A guarda compartilhada é um dos avanços procedidos pelo legislador no Direito de Família, pois, tenta unir a família evitando possíveis prejuízos aos filhos quando da separação do casal.

Este instituto da guarda compartilhada encontra-se prevista pela Lei nº. 13.058/14 (BRASIL, 2014), sendo que seu principal objetivo é tornar regra a responsabilidade pelos filhos por ambos os genitores, fato este que constitui o preceito constitucional de proteção da família.

Aliás, a proteção da família encontra-se expressamente garantida pela Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), conforme previsto no *caput* do

artigo 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Destarte, o Estado cria meios para que esta proteção exista, e que seja aplicada nos casos concretos. Nesta esteira, o instituto da guarda compartilhada traz à tona a proteção integral da criança e adolescente, de modo a evitar que maiores prejuízos causem aos mesmos no momento da separação do casal.

Quando se fala em prejuízos, de suma, é bastante peculiar que isto ocorra quando o casal se separa, principalmente quando se torna um processo litigioso. No caso, os filhos são os maiores prejudicados, pois, tendem a conviver com brigas do casal, e ainda, se encontram no meio de uma disputa que, por muitas das vezes, são discutidos questões de pensão alimentícia, direito a visitas, permanência com os filhos etc.

Por outro lado, quando um genitor começa a utilizar da raiva contra o outro genitor, por muitas das vezes, utiliza o filho para criar prejuízos e danos, como: proíbe as visitas; realiza campanha de desqualificação da conduta do genitor; dificulta o exercício da autoridade parental; dificulta o contato etc.

Diante destas condutas, o maior prejudicado é o próprio filho que fica na disputa entre os genitores, fazendo com que lhe cause graves problemas psicológicos e patológicos, sem falar no prejuízo do sentimento, que poderá se reverter em ódio e raiva contra o próprio genitor.

Diante disso, o legislador, sabiamente, criou a lei da guarda compartilhada para fins de preservar a família, e ao mesmo tempo, fazer com que ambos os genitores possam continuar na responsabilidade com os filhos, de modo a não deixar de estabelecer a ligação de afeto existente entre eles.

Sobre este instituto da guarda compartilhada, explica Guilherme Gonçalves Strenger (1998, p. 31):

Guarda de filhos é o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar, a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição. Leva-nos à crença de que a guarda não só é um poder pela similitude que contém com a autoridade parental, com todas as vertentes jurídicas, como é um dever, visto que decorre de impositivos legais, inclusive com natureza de ordem pública, razão pela qual se pode conceber esse exercício como um poder-dever.

Destarte, percebe-se inicialmente que a guarda compartilhada é uma forma de garantir responsabilidades mútuas dos genitores em relação aos filhos, fazendo com que o convívio tente ser o mais próximo possível, de forma a continuar a relação de afeto mesmo com os pais separados. (STRENGER, 1998).

E para melhor definição sobre o instituto da guarda compartilhada, pertinente apresentar também os outros tipos de guarda existentes, fazendo um paralelo entre eles, para depois conceituar de forma precisa a guarda compartilhada, conforme tópicos a seguir.

### **3.1 Guarda alternada**

A guarda alternada não existe no Direito Civil brasileiro, embora sua conceituação seja necessária para fins de diferenciação da guarda compartilhada. A guarda alternada é uma forma de alternância de responsabilidades entre os genitores. (GRISARD, 2017).

Melhor dizendo, o genitor ficará por um período com o filho, onde tomará todas as decisões de forma exclusiva. Posteriormente, o outro genitor é quem passa a ficar com a guarda exclusiva do filho, também passando a tomar todas as decisões de forma exclusiva. (GRISARD, 2017).

Observe-se, porquanto, que este tipo de guarda é referente ao período de convívio, sendo que em determinado tempo ficará com um ou com o outro. (GRISARD, 2017).

Neste sentido, explica Waldyr Grisard (2017, *online*):

[...] na guarda alternada há uma alternância entre os genitores do exercício exclusivo da guarda jurídica e material, de modo que, enquanto a criança estiver em companhia de um dos genitores, a este caberá tomar as decisões de interesse dos filhos, dirigir-lhes a educação etc. Justamente por retirar a guarda jurídica (autoridade parental) de um dos genitores, que tal modelo não é compatível com o direito brasileiro, por força do art. 1.634 do Código Civil.

Sobre o artigo 1.634 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*), prevê sobre o exercício do poder familiar, conforme a seguir transcrito:

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:  
I - dirigir-lhes a criação e a educação;  
II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;  
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;  
IV - conceder-lhes ou negar-lhes

consentimento para viajarem ao exterior;  
V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;  
VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;  
VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;  
VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;  
IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Pela análise do artigo 1.634, ambos os genitores possuem responsabilidades mútuas, sendo que a única possibilidade de guarda conferida pelo legislador é a unilateral ou compartilhada.

Por isso, a guarda alternada não se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro, embora exista sua definição doutrinária e jurisprudencial.

Ademais, ainda no que condiz sobre a definição de guarda alternada, Jorge Augusto Pais de Amaral (1999, p. 168) apresenta sua caracterização:

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse

período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período os papéis se invertem.

E no que condiz a sua não utilização e desvantagens se comparadas aos outros tipos de guarda, Ana Maria Milano Silva (2012, p. 57) demonstra:

A jurisprudência desabona esse modelo de guarda, não sendo aceito em quase todas as legislações mundiais por ser uma caricata divisão pela metade, em que os pais são obrigados a dividir pela metade o tempo passado com os filhos.

São, por sinal, os precedentes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e de Santa Catarina, na qual são citados por Paulo Andeatto Bonfim (2005, *online*), que também faz uma análise sobre a guarda alternada:

Na visão dos especialistas, os malefícios da chamada "guarda alternada" são patentes, prejudicando a formação dos filhos ante a supressão de referências básicas sobre a sua moradia, hábitos alimentares, etc., comprometendo sua estabilidade emocional e física.

Importante ter tais esclarecimentos em mente vez que não é a vontade

dos pais, mas sim o bem estar dos filhos, que tem pautado a decisão dos tribunais pátrios, praticamente pacífica em obstar a instituição da "guarda alternada", conforme se verifica da leitura dos seguintes acórdãos:

GUARDA DE MENOR  
COMPARTILHADA -  
IMPOSSIBILIDADE - PAIS  
RESIDINDO EM CIDADES  
DISTINTAS - AUSÊNCIA DE  
DIÁLOGOS E ENTENDIMENTO  
ENTRE OS GENITORES SOBRE  
A EDUCAÇÃO DO FILHO -  
GUARDA ALTERNADA -  
INADMISSÍVEL - PREJUÍZO À  
FORMAÇÃO DO MENOR. A  
guarda compartilhada pressupõe a  
existência de diálogo e consenso  
entre os genitores sobre a educação  
do menor. Além disso, guarda  
compartilhada torna-se utopia  
quando os pais residem em cidades  
distintas, pois aludido instituto visa  
à participação dos genitores no  
cotidiano do menor, dividindo  
direitos e obrigações oriundas da  
guarda. O instituto da guarda  
alternada não é admissível em  
nosso direito, porque afronta o  
princípio basilar do bem-estar do  
menor, uma vez que compromete a  
formação da criança, em virtude da  
instabilidade de seu cotidiano.

Recurso desprovido. (TJMG. Apelação Cível nº. 1.0000.00.328063-3/000. Rel. Desembargador Lamberto Sant'Anna. Data de julgamento: 11 set. 2003. Data da publicação: 24 out. 2003).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - FILHO MENOR (5 ANOS DE IDADE) - REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - GUARDA ALTERNADA INDEFERIDA - INTERESSE DO MENOR DEVE SOBREPOR-SE AO DOS PAIS - AGRAVO DESPROVIDO. Nos casos que envolvem guarda de filho e direito de visita, é imperioso ater-se sempre ao interesse do menor. A guarda alternada, permanecendo o filho uma semana com cada um dos pais não é aconselhável pois às repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado número de separações e reaproximações provocam no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irrecuperáveis, a não recomendar o modelo alternado, uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados por lei a dividir pela metade o tempo passado com os filhos (RJ 268/28).

(TJSC. Agravo de instrumento nº. 00.000236-4. Rel. Des. Alcides Aguiar. Data de julgamento: 26 jun. 2000).

Importante frisar que os aludidos estudos e decisões reconhecem ser absolutamente impróprio e prejudicial à boa formação da personalidade da criança ficar submetida à guarda dos pais, separados, durante a semana ou em dias alternados.

Sequer se perquire, no caso da "guarda alternada", sobre eventual clima harmônico ou amistoso entre os genitores, vez que a contra-indicação de tal instituto ocorre também nestes casos. De fato, de nada adianta os pais conviverem bem se cada um fornece aos filhos uma educação, formação e orientação totalmente diversa, e até mesmo oposta. É justamente esse tipo de confusão que se procura evitar em relação aos filhos.

Destarte, não se aconselha e não se utiliza da guarda alternada no Direito brasileiro, pois, se torna mais prejudicial do que benéfico em relação à proteção dos filhos e da própria família.

### **3.2 Guarda unilateral**

Em relação à guarda unilateral, é aceita e bastante

utilizada no Direito de Família. Na verdade, antes da guarda compartilhada se tornar regra através da Lei nº. 13.058/14 (BRASIL, 2014), a guarda unilateral se aplicava com maior frequência nos casos de separação do casal.

Neste caso, a genitora, por muitas das vezes, permanecia com a guarda unilateral do filho, enquanto o genitor estabelecia os horários de visitas. Este tipo de guarda se caracteriza de forma que um dos genitores toma a maior parte das decisões diretas quanto ao filho, enquanto o outro participa da vida afetiva e auxilia materialmente em forma de pensão alimentícia. No entanto, o genitor que não possui a guarda também toma decisões conjuntas, não o desqualificando para tal fim, conforme determina o § 5º do artigo 1.583 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*):

Art. 1.583. [...]

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

Sobre a guarda unilateral, Ana Maria Milano Silva (2012, p. 58) define: “A guarda dividida apresenta-se quando o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo visita periódica do pai ou da mãe que não detém a guarda”.

O Código Civil (BRASIL, 2002, *online*) dispõe sobre este tipo de guarda, conforme artigo 1.583, § 1º, *in verbis*:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) 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.

Existem, por sua vez, críticas a respeito da aplicação da guarda unilateral, tendo em vista que se torna mais prejudicial em relação aos filhos. Nesta seara, Waldir Grisard Filho (2000, p. 108) explica:

[...] o sistema de visitas que tem efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até desaparecer. Ocorrem encontros e repetidas separações. São os próprios pais que contestam e procuram novos meios de garantir uma maior e mais comprometida participação na vida dos filhos depois de finda a sociedade conjugal.

Mas, embora existam críticas em relação à guarda unilateral, existem casos concretos em que ela é aplicada, tendo em vista a falta de consenso entre os genitores. É o que informa o site do IBDFAM (2016, *online*), onde a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça negou pedido de guarda compartilhada feita por um dos

genitores:

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou pedido de um pai que buscava o compartilhamento da guarda da filha de quatro anos de idade por falta de consenso entre os genitores.

No pedido, que já havia sido rejeitado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), o pai sustentou que a harmonia entre o casal não pode ser pressuposto para a concessão da guarda compartilhada e que a negativa fere seu direito de participar da vida da menor em igualdade de condições com a mãe.

O ministro João Otávio de Noronha reconheceu que não existe dúvida de que a regra deve ser o compartilhamento da guarda por atender melhor aos interesses do menor e dos próprios genitores, já que ambos permanecem presentes e influentes na vida cotidiana dos filhos.

Entretanto, no caso em questão, está clara a inviabilidade de seu exercício diante da impossibilidade de os pais chegarem a um acordo sobre quaisquer questões ou pensarem além de seus próprios interesses.

“Entendo que diante de tais fatos, impor aos pais a guarda compartilhada apenas porque atualmente se tem entendido que esse é o melhor caminho, quando o caso concreto traz informações de que os pais não têm maturidade para o exercício de tal compartilhamento, seria impor à criança a absorção dos conflitos que daí, com certeza, adviriam. E isso, longe de atender seus interesses, põe em risco seu desenvolvimento psicossocial”, ressaltou o relator em seu voto.

O ministro reiterou que o maior interesse do compartilhamento da guarda é o bem-estar da menor, que deve encontrar na figura dos pais um ponto de apoio e equilíbrio para seu desenvolvimento intelectual, moral e espiritual.

“Assim, considerando as peculiaridades contidas no presente feito, entendo que não posso contrariar tais conclusões para adequar a vida de pessoas a um entendimento doutrinário”, concluiu o relator. A decisão foi unânime.

Observe-se, portanto, se não houver o consenso entre os genitores, e se o caso concreto demonstrar que a guarda compartilhada se torna, na verdade, prejudicial em relação ao filho, a guarda unilateral será aplicada.

Outro caso em que o Superior Tribunal de Justiça negou a aplicação da guarda compartilhada, e sim decidiu por aplicar a guarda unilateral, foi quando se constatou que os genitores residiam em cidades diferentes, conforme informado pelo site IDBFAM (2017, *online*):

Na última semana, outra decisão, também do STJ, gerou muitas críticas por parte dos especialistas. Assim como essa, a decisão negava a guarda compartilhada. O motivo: os pais moravam em cidades diferentes.

José Fernando Simão afirma que não existe guarda compartilhada se os pais residem em países diversos ou localidades distantes. “A guarda será unilateral, pois é impossível o convívio efetivo nessa situação”, diz. Contudo, ressalta o professor, isso não retira daquele que tem o direito de visita o poder familiar. “Todas as decisões são conjuntas, apesar de a guarda ser unilateral. O erro é se crer que na guarda unilateral é o guardião que



assume a direção da vida dos filhos em toda sua extensão. Não, o poder familiar prossegue para ambos”, garante.

Assim, em determinados casos concretos, a jurisprudência vem entendendo que a aplicação da guarda unilateral se torna mais benéfica em relação ao filho, posto que é o menor que deve ser protegido, como nos casos de desentendimento e falta de consenso entre os genitores, ou pela razão de residirem em cidades diferentes.

### 3.3 Guarda compartilhada

Por último, tem-se a guarda compartilhada, que conforme já dito se tornou regra através da Lei nº. 13.058/14 (BRASIL, 2014). Fala-se em regra, porque quando os genitores decidirem por se separar, o juiz tentará aplicar a guarda compartilhada em relação aos filhos, conforme dispõe o § 1º do artigo 1.584 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*):

Art. 1.584. [...]

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

E conforme estabelece o § 2º do mesmo artigo 1.584 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*):

Art. 1.584. [...]

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a

guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

Destarte, situa-se que o legislador atribuiu como regra à aplicação da guarda compartilhada, devendo o juiz demonstrar os benefícios deste tipo de guarda para os genitores, na qual traz ampla proteção ao menor, e ainda, ajuda a combater situações que causam prejuízos e danos à família, ou seja, quando um dos genitores utiliza o próprio filho para causar o mal ao outro genitor. (SILVA, 2012).

Sobre a definição de guarda compartilhada, Ana Maria Milano Silva (2012, p. 39) diz:

[...] é o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representa-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes. A guarda é inerente ao poder familiar, compartilhado por ambos os genitores enquanto conviventes. Numa separação, quem perde a guarda não perde o poder familiar, mas seu exercício afetivo, na prática, é do genitor-guardião. O do outro fica restrito, embora, repita-se, conserve todas as faculdades que decorrem do poder familiar, conforme artigo 1.632 do Código Civil, bem como o artigo 21 do ECA, mesmo quando transferida a terceiros, pois com os pais subsistem certas atribuições,

como fiscalizar a manutenção e a educação dos filhos e a prestação de alimentos, que só desaparecem com a privação do poder familiar por determinação do juiz.

Em comentário ao site IBDFAM (2017, *online*), a advogada Melissa Barufi relata sobre a importância da guarda compartilhada, e ao mesmo tempo, dispõe sobre os prejuízos com a aplicação da guarda unilateral:

O intuito da Guarda Compartilhada é que ambos os genitores possam ‘compartilhar’ da vida dos filhos em comum, como fariam se vivessem juntos, ressalta.

De acordo com a advogada, a guarda unilateral estabelece uma espécie de “poder” ao genitor que a possui, “de modo a submeter o outro genitor a um papel secundário, excluindo de decisões importantes da vida dos filhos, omitindo informações, e afastando de momentos rotineiros e diários”.

“É sabido que não podemos confundir o exercício do poder familiar com a guarda, mas, a imposição do compartilhamento da guarda, conseqüentemente fará com que haja maior possibilidade do exercício pleno do poder familiar àquele genitor com quem não resida os filhos”.

Para ela, a guarda compartilhada é o melhor modo de garantir o melhor interesse aos filhos, “(Na guarda compartilhada) deverá ser fixada uma residência base, buscando-se ampliação na convivência familiar entre os filhos e o genitor com o qual não residam, e concedendo maiores chances de os genitores exercerem conjuntamente o

poder familiar, em prol dos filhos”.

Contudo, o instituto da guarda compartilhada se torna bastante importante para o Direito de Família, sendo que se comparada aos outros tipos de guarda, sem dúvida, a compartilhada é a que traz melhores benefícios aos genitores e ao próprio filho, que deve ser protegido integralmente, mantendo assim seu direito a dignidade e convívio familiar sadio.

### **3.4 Conceitos e características de guarda compartilhada sob a ótica da Lei nº. 13.058/14**

A Lei nº. 13.058/14 (BRASIL, 2014) alterou o Código Civil (BRASIL, 2002), mais precisamente em seus artigos 1.583, §§ 2º, 3º e 5º; artigo 1.584, §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º; e artigo 1.584; para transformar em regra a aplicação da guarda compartilhada.

Assim passou a prever as disposições legais:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

[...]

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

[...]

§ 5º A guarda unilateral obriga o

pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (BRASIL, 2002, *online*)

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de

suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a

prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação. (BRASIL, 2002, *online*)

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014). (BRASIL, 2002, *online*)

Neste prisma, Ana Maria Milano Silva (2012, p. 59) disserta sobre as regras da guarda compartilhada previstas no Código Civil (BRASIL, 2002):

[...] a guarda compartilhada permite aos filhos viverem em estreita relação com o pai e a mãe, havendo uma coparticipação deles, em igualdade de direitos e deveres. É também uma aproximação da relação materna e paterna, visando

ao bem-estar dos filhos. São benefícios grandiosos que essa nova proposta oferece às relações familiares, não sobrecarregando nenhum dos genitores e evitando ansiedades e desgastes.

Sobre o tema, também são ensinamentos de Moacir César Pena Junior (2008, p. 156) quanto à guarda compartilhada:

A guarda compartilhada implica envolvimento afetivo mais intenso dos pais, que devem assumir, em caráter permanente, os deveres próprios de pai e mãe, malgrado residindo em lares distintos. O filho sente a presença constante dos pais, que assumem conjuntamente os encargos e acompanhamento da educação, do lazer do sustento material e moral.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990, *online*), em suas disposições contidas nos artigos 3º e 7º, os cônjuges devem ser tratados de forma igualitária, no que diz respeito à criação do menor, para que estes se tornem pessoas mais dignas e respeitadas pela sociedade, pois, somente assim permitirá o desenvolvimento sadio e harmonioso, conforme artigos abaixo transcritos:

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.

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.

Destarte, com a disposição legal trazida pela Lei nº. 13.058/14 (BRASIL, 2014), ambos os genitores possuem os mesmos direitos e deveres em relação aos filhos e participarão de forma igualitária na sua educação e formação. (DIAS, 2014).

Segundo Maria Berenice Dias (2014, *online*): “O novo modelo de corresponsabilidade é um avanço, pois favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda a ideia de posse”.

A posição dos Tribunais brasileiros, antes mesmo da Lei nº. 13.058/14 (BRASIL, 2014) entrar em vigor, era a de conceder a guarda compartilhada dos filhos aos genitores, demonstrando a importância deste instituto para o Direito de Família, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA

COMPARTILHADA.  
CONSENSO DOS PAIS.  
MELHORES INTERESSES DA CRIANÇA. A guarda compartilhada deve ser deferida quando requerida por consenso por ambos os pais e desde que verificado que o relacionamento entre eles é harmônico, viabilizando o seu exercício. O estabelecimento da guarda unilateral é contrário aos melhores interesses do menor em situação familiar que revela o interesse mútuo dos pais em participarem efetivamente e assumirem de forma conjunta e simultânea a responsabilidade pela educação do filho, bem como um bom relacionamento e manutenção de diálogo entre o casal, sobrepondo o bem do filho aos seus interesses individuais. Recurso provido. (TJMG. Apelação Cível. Processo nº.: [1.0686.10.006559-4/001](https://www.tjmg.jus.br/consulta-interna/consulta-interna?processo=1.0686.10.006559-4/001) 0065594-54.2010.8.13.0686 (1). Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Relatora Desembargadora Heloisa Combat. Data de julgamento: 06 set. 2012. Data da publicação: 12 set. 2012). (MINAS GERAIS, 2012, *online*)

GUARDA DE FILHO.  
PRESERVAÇÃO DO  
INTERESSE DO MENOR.

CONDIÇÕES DE AMBOS OS GENITORES. PRESERVAÇÃO DOS LAÇOS PTERNOS E MATERNOS. GUARDA COMPARTILHADA. "Nas ações de família, em que se discute a guarda da prole, deve-se atender os interesses dos menores, pois a convivência com os pais é mais um direito dos filhos do que dos pais." (Rel. Des. José Volpato de Souza). Sendo um direito primordial da criança conviver pacificamente tanto com o pai quanto com a mãe, ainda quando sobrevem a separação do casal, tem-se a guarda compartilhada como um instrumento para garantir esta convivência familiar. É fundamental para um bom desenvolvimento social e psicológico que a criança possa conviver sem restrições com seus genitores, devendo a decisão a respeito da guarda de menores ficar atenta ao que melhor atenderá ao bem-estar dos filhos dos casais que estão a se separar. Assim, tendo as provas até o momento produzidas indicado que ambos os genitores possuem condições de ficar com o filho menor, tem-se que a melhor solução para o caso concreto é a aplicação da guarda compartilhada sem restrições. (TJSC. AI nº. 2001.012993-0. Órgão Julgador:

Primeira Câmara de Direito Civil. Relator Desembargador Carlos Prudêncio. Data de julgamento: 25 mar. 2003). (SANTA CATARINA, 2003, *online*)

AGRAVO DE INSTRUMENTO -  
MEDIDA CAUTELAR DE  
SEPARAÇÃO DECORPOS C/C  
GUARDA E ALIMENTOS -  
PEDIDO DE  
ASSISTÊNCIAJUDICIÁRIA  
GRATUITA INDEFERIDO -  
NECESSIDADE  
DEVIDAMENTECOMPROVAD  
A - ADMISSIBILIDADE DE  
CONCESSÃO DA BENESSE -  
EXEGESE DO ART. 4º DA LEI  
N. 1.060/50 - GUARDA  
COMPARTILHADADEFERIDA -  
POSSIBILIDADE - PAIS EM  
IGUALDADE DE CONDIÇÕES -  
INTERESSE DOS MENORES  
QUE PREVALECE SOBRE  
QUALQUER OUTRO -  
FIXAÇÃO DA VERBA  
ALIMENTAR EM DEZESSEIS  
POR CENTODOS  
RENDIMENTOS DO  
ALIMENTANTE - PEDIDO DE  
MAJORAÇÃO - ALEGAÇÃO DE  
QUE O AGRAVADO  
DESFruta DE  
CONFORTÁVELSITUAÇÃO  
FINANCEIRA - AUSÊNCIA DE  
COMPROVAÇÃO -

CRITÉRIO DE ARBITRAMENTO  
MANTIDO - RECURSO  
PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

2. Em se tratando de guarda, a escolha dos filhos é suprema em relação a outros fatores. Deste modo, possuindo ambos os pais condições de permanecer com a prole, a solução mais acertada é o deferimento da guarda compartilhada, ainda mais quando esta é a vontade das crianças e os genitores não se opõem ao compartilhamento. [...] (TJSC. Agravo de Instrumento nº. 2002.009848-0. Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil. Relator Desembargador Mazoni Ferreira. Data de julgamento: 03 out. 2002). (SANTA CATARINA, 2002, *online*)

Por outro lado, ponderando tecnicamente a redação legal, antes da Lei nº. 13.058/14 (BRASIL, 2014) entrar em vigor, era concedido a guarda compartilhada na esfera judicial sempre que possível. Ou seja, não era regra, mas sim uma opção. Com a Lei nº. 13.058/14 (BRASIL, 2014), deixou de se ser sempre que possível para se tornar prioridade, conforme explica Flávio Tartuce (2015, *online*):

Estabelecia o § 2º do mesmo art. 1.584 da norma material codificada que, quando não houvesse acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda

do filho, seria aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. Constata-se, portanto, que essa categoria passou a ser a prioridade, diante da emergência da Lei 11.698/08. A Lei 13.058/14 alterou esse comando, dispondo atualmente que, 'quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor'. Por essa norma é que a guarda compartilhada passa a ser obrigatória ou compulsória, o que justifica a nomenclatura dada por este autor à nova legislação.

O mesmo autor acima ainda dispõe sobre a obrigatoriedade de se escolher pela guarda compartilhada:

A obrigatoriedade fica clara pelo fato de que o afastamento da guarda compartilhada – ou alternada – deve ser devidamente motivado pelo genitor, cabendo ao juiz da causa analisar a questão sempre sob a perspectiva do princípio do maior interesse da criança ou do adolescente. Sendo assim, mesmo havendo argumentos do genitor para declinar a suposta

guarda compartilhada, o juiz pode entender pela sua implementação compulsória. (TARTUCE, 2015, *online*)

Assim, com esta modalidade de guarda, aquela relação de ódio e de vingança entre os genitores tende a diminuir ou até mesmo acabar, proporcionando uma relação mais amigável, favorecendo o filho que terá um desenvolvimento mais equilibrado. (DIAS, 2014).

Ademais, importante acrescentar que a Lei nº. 13.058/14 (BRASIL, 2014) inovou no sentido de que: “[...] na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos” (§ 2º, art. 1583, Código Civil (BRASIL, 2002, *online*). Significa dizer que ambos os genitores são responsáveis igualmente pelo filho.

De tal forma, a guarda compartilhada passou a objetivar uma maior proteção ao menor, sendo que este tipo de cuidado com os filhos é a melhor maneira para atender as suas necessidades, além preservar a convivência com ambos os genitores. (DIAS, 2014).

Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990, *online*), em seu artigo 33: “A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

E o artigo 1.584 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*), dispõe que a guarda compartilhada pode ser requerida pelos genitores ou dependendo da necessidade do menor, *verbis*:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

A guarda compartilhada, portanto, poderá ser requerida em qualquer momento do processo de dissolução familiar, recaindo sobre ambos a responsabilidade, mesmo que a guarda física esteja apenas com um dos genitores, além de viabilizar a noção de que mãe e pai são responsáveis pela formação da criança. (DIAS, 2014).

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2014, *online*):

A guarda compartilhada pode ser fixada por consenso ou por determinação judicial (CC 1.583, § 4º). Caso não estipulada na ação de separação, divórcio ou dissolução da união estável, há a possibilidade de ser buscada em demanda autônoma. Também pode ser requerida por qualquer dos pais em ação própria (CC 1.584, I). Caso um dos genitores não aceite, deve o juiz determiná-la de ofício ou a requerimento do Ministério Público. Mesmo que tenham os pais definido a guarda unilateral, há a possibilidade de um deles pleitear a alteração. Mesmo se ambos os pais discordarem, o juiz pode impor com o compartilhamento, contanto que tenha por comprovado sua viabilidade.



E complementa a mesma autora, dizendo que:

A dissolução dos vínculos afetivos não leva à cisão nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres com relação aos filhos. O rompimento da vida conjugal dos genitores não deve comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado pela separação. É necessário manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação acarreta nos filhos.

Compartilhar a guarda de um filho é muito mais garantir que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar. (DIAS, 2014, *online*)

Assim, a guarda compartilhada deve ser aplicada o máximo possível, uma vez que faz com que os genitores tenham condições, conjuntamente, de participar da vida do filho, tanto de forma material, quanto no aspecto afetivo, ajudando a desenvolver sua personalidade moral, psíquica e pessoal.

### **3.5 A importância da guarda compartilhada**

Sobre a importância da guarda compartilhada, se configura pelo fato de evitar que um dos genitores prejudique o outro utilizando o próprio filho. Ademais, faz com que o menor fique sempre na eminência de responsabilidade de ambos os genitores, na qual tomam as decisões em conjunto e atuam de forma a garantir a melhor proteção e afeto ao filho. (DIAS, 2014).

Alessandra Fächter (2008, p. 25) disserta sobre outras vantagens da guarda compartilhada:

Após a separação o casal deve se respeitar para que os filhos cresçam de forma saudável e com um bom desenvolvimento emocional. Entre todos os modelos, o de guarda compartilhada é o que melhor se aplica aos interesses da criança, sendo aquela em que os filhos têm uma residência principal, e os pais têm uma responsabilidade conjunta pela tomada de decisões importantes. A guarda compartilhada defende que a criança tenha que possuir um endereço fixo, e, para que possa ter sempre contato com o outro genitor, é necessário que os pais residam na mesma cidade e se possível até no mesmo bairro.

E também, nas palavras de Maria Berenice Dias (2014, *online*), a guarda compartilhada: “[...] veio para proteger os laços familiares. Conforme os costumes sociais se modificaram as famílias também se transformaram, mas continuaram a ser à base da formação das crianças”.

Já nos dizeres de Ana Carolina Silveira Akel (2014, *online*):

A Guarda Compartilhada de forma admirável favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas e ônus, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores, retirando, assim, da guarda a ideia de posse.

Nesse novo modelo de responsabilidade parental, os cuidados sobre a criação,

educação, bem estar, bem como outras decisões importantes são tomadas e decididas conjuntamente por ambos os pais que compartilharão de forma igualitária a total responsabilidade sobre a prole. Assim, um dos genitores terá a guarda física do menor, mas ambos deterão a guarda jurídica da prole.

Não resta dúvida que a continuidade da relação da criança com seus genitores acaba por manter de forma mais normal e equilibrada o estado emocional e psicológico do filho.

Na verdade, o que se busca com Guarda Compartilhada além, é claro, da proteção dos filhos, é minimizar os traumas e demais conseqüências negativas que a separação possa provocar.

Com a Guarda Compartilhada almeja-se através do consenso entre os cônjuges separados, a conservação dos mesmos laços que uniam os pais e filhos antes da separação buscando-se um maior equilíbrio e harmonia na mente daqueles que são os destinatários dessa solução e, os que mais sofrem com todo desgaste proveniente de um desenlace.

É certo que o que se extingue com a separação, é o casal conjugal e não o casal parental. Assim, sendo, pai sempre continuará a ser pai e mãe permanecerá sendo mãe.

Na mesma vertente, entende Waldir Grisard Filho (2000, p. 215) que: “[...] a guarda compartilhada como meio de manter (ou criar) estreitos laços afetivos entre pais e filhos, estimula o genitor não-guardião ao cumprimento do dever de alimentos. A recíproca nesse caso é

verdadeira”.

Na seara judicial, os magistrados vêm atribuindo uma grande importância à guarda compartilhada, pois, embora o instituto da guarda unilateral fosse o mais comum, a compartilhada trouxe claramente a sua aplicação como regra, sendo que somente não será concedida caso haja motivos plausíveis e determinantes para sua não concessão. É o que se observa na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em relação à guarda compartilhada sobrepor à guarda unilateral:

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - INSTITUTO DA GUARDA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - GUARDA COMPARTILHADA - INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS QUE JUSTIFIQUEM A MODIFICAÇÃO DA GUARDA DEFERIDA. O instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais, ou outros pretensos guardiões, que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse *munus*. O princípio do melhor interesse do menor decorre da primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos e da valorização da criança, em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo

familiar. A guarda compartilhada deve prevalecer sobre a unilateral, ainda que não haja consenso entre os genitores, visto que se deve focar no melhor interesse do menor, e não se centrar na existência de litígio. (TJMG. Apelação Cível n°.: 1.0240.10.001634-6/001 0016346-02.2010.8.13.0240 (1). Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Relator Desembargador Dárcio Lopardi Mendes. Data de julgamento: 30 ago. 2012. Data da publicação: 12 set. 2012). (MINAS GERAIS, 2012, *online*)

Neste aspecto, a guarda compartilhada vem surtindo efeitos importantes, conforme destaca o recente julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que vai de encontro ao exclusivo interesse do menor:

DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO - GUARDA COMPARTILHADA - ARTIGO 1.584, §2º, CÓDIGO CIVIL - REGRA NO DIREITO BRASILEIRO - IMPRESCINDIBILIDADE DO CONVÍVIO COM OS PAIS - MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - SENTENÇA MANTIDA.

1. Em matéria de guarda de menor é o exclusivo interesse da criança que norteia a atuação jurisdicional, porquanto indeclinável a completa prioridade de se garantir ao infante as melhores condições de desenvolvimento moral e físico.
2. O instituto da guarda compartilhada passou a ser a regra no direito brasileiro,

porquanto ambos os genitores têm igual direito de exercer a guarda do filho menor impúbere, consoante estabelece o artigo 1.584, §2º, do Código Civil. (TJMG. Apelação Cível 1.0433.14.032005-5/001 0320055-33.2014.8.13.0433 (1). Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Relator Desembargador Elias Camilo. Data de julgamento: 09 nov. 2017. Data de publicação: 05 dez. 2017). (MINAS GERAIS, 2017, *online*)

Inclusive, a guarda compartilhada é tão importante que nem mesmo o conflito entre os genitores não é razão para a sua não, eis que devem ser graves o suficiente para comprometer o convívio saudável com os filhos. Neste sentido, expõem Rolf Madaleno e Rafael Madaleno (2015, p. 252):

Possíveis conflitos sempre servem como desculpa para não ser implantada uma custódia conjunta, sendo certo que os agudos e constantes enfrentamentos, frutos de um profundo conflito tornam bastante difícil a guarda conjunta, pois colocam em risco a estabilidade emocional e educacional da prole, que é diariamente inserida em diferentes dinâmicas familiares, muitas delas propositalmente submetidas a comandos em que os pais querem apenas contrariar e desautorizar a educação transmitida pelo outro genitor. Os pais devem alcançar por seu próprio esforço uma faixa neutra e isenta de conflitos, se possível por sua livre consciência e vontade, outras vezes sendo forçados a conviverem em custódia conjunta jurídica para aprenderem a encontrar a harmonia necessária e o ambiente ideal para a sadia criação de seus filhos. A hostilidade dos pais não impede a custódia compartilhada compulsória como

vêm demonstrando os arestos colacionados pela Min. Nancy Andrighi em seus julgados perante o STJ.

Com efeito, somente nos casos do § 5º do artigo 1.584 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*) é que o juiz poderá atribuir outro tipo de guarda:

Art. 1584 [...]

§ 5º. Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

E não poderia ser diferente, pois, na medida em que a nova legislação disciplinou a guarda compartilhada como regra, fez com que o juiz fundamente de forma clara a sua importância para os genitores, conforme § 1º do artigo 1.584 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*):

Art. 1.584. [...]

§ 1º. Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

E para não deixar dúvidas quanto à importância da guarda compartilhada, o § 2º do artigo 1.584 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*), dispôs expressamente sobre a preferência da guarda compartilhada:

Art. 1.584. [...]

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

Assim, a guarda compartilhada é regra, devendo ser sempre prioritária para instruir um processo de guarda do filho, dada a sua importância para o convívio entre genitores e filho.

### **3.6 Consequências da guarda compartilhada**

A guarda compartilhada possui consequências que, na maioria das vezes, é benéfica a criança ou adolescente. Conforme fundamenta Alessandra Fuchter (2008, *online*):

Além de associada a um maior contato dos pais com seus filhos, também repercute em melhores avaliações do comportamento dos menores, após o divórcio/separação de seus genitores. Quando ocorre o divórcio do casal, dois sentimentos se sobressaem na criança. Um de alegria, por não ter mais que conviver no meio de brigas e conflitos e outro de tristeza por ter

que diminuir os contatos de relacionamento com o não guardião e, por consequência, o medo de ser por ele abandonado. Esse medo faz com que a criança produza sentimentos de rejeição e baixa autoestima. Mas quando a guarda compartilhada é aplicada esses receios tendem a diminuir.

Waldir Grisard Filho (2002, p. 160) também disserta sobre as consequências trazidas pela aplicação da guarda compartilhada:

A questão da guarda de menores, ressentida do pouco trato técnico-jurídico, transborda em problemas psico emocionais. Ela é um estágio no ciclo da vida familiar, uma circunstância descontínua deste, precedida por uma crise e seguida de mudanças estruturais com a exclusão de um membro. A partir da ruptura conjugal, é unânime isso, os filhos passam a um plano secundário, servindo de objeto de disputa entre os ex-cônjuges. Sobram aí profundas questões psicológicas, que, com informações sobre a preservação, a perpetuação e a transmissão de padrões ajudam no desenvolvimento da família pós-divórcio, como um todo, propiciando uma reassociação entre o casal conjugal e parental.

Por outro lado, conforme pesquisa do psicanalista Evandro Luiz Silva (2008, *online*), as consequências da guarda compartilhada aos filhos são atribuídas da seguinte forma:

- à diminuição de estresse e maior produção (escola, trabalho, etc.);
- à melhoria na qualidade de vida;
- à menor custo num processo judicial. Com um saber estabelecido, evitar-se-ia uma quantidade grande de perícias e diminuir-se-ia a morosidade do processo; diminuição da gravidez na adolescência;
- à diminuição do suicídio em crianças e adolescentes;
- à diminuição do uso de drogas entre crianças e adolescentes;
- à diminuição da evasão escolar;
- à diminuição de prisões de menores;
- à diminuição de problemas emocionais ou comportamentais.

E em relação aos benefícios que o modelo compartilhado traz aos pais, cita-se as vantagens quando há aplicação da guarda compartilhada, conforme detalhado por Roberta Frazão Silva (2009, *online*):

- 1 percepção mais realista das necessidades dos filhos;
- 2 ressalta a estima perante os pais;
- 3 favorece a qualidade da relação entre pais e filhos;

- 4 favorece a divisão das responsabilidades parentais;
- 5 proporciona maior segurança para os pais e oferece oportunidades de crescimento;
- 6 favorece a tomada de decisão comum e reduz os recursos aos tribunais.

Percebe-se, portanto, que a guarda compartilhada traz inúmeras consequências para a vida familiar, tanto para a dos filhos como para a dos pais, de forma que na maioria das vezes são consequências favoráveis e que ajudam no desenvolvimento sadio do menor, bem como se traduz na proteção da família.

#### **4 A ALIENAÇÃO PARENTAL**

A alienação parental é outra lei que dispõe sobre a proteção da família. Na verdade, se trata de uma consequência originada por conduta de um dos genitores em relação ao filho.

A principal causa de alienação parental é em decorrência de que um dos genitores não consegue suportar a dor da separação. Em regra geral, a separação faz com que um dos genitores se revolte contra o outro, colocando o próprio filho contra o pai ou mãe. (ASSUMPÇÃO, 2011).

Sobre esta teoria, explica Vanessa Christo de Assumpção (2011, *online*):

Muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera em um dos genitores o sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando este não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o

interesse do outro genitor em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando-o da criança.

Com efeito, quando um do casal não consegue superar a separação, tenta afastá-lo do seu próprio filho, no intuito de pressioná-lo a se sentir culpado pelo que ocorre na família. (ASSUMPÇÃO, 2011).

Também explicando sobre a alienação parental, disserta Maria Berenice Dias (2017e, *online*):

Para isso cria uma série de situações visando a dificultar ao máximo ou a impedir a visitação. Leva o filho a rejeitar o pai, a odiá-lo. A este processo o psiquiatra americano Richard Gardner nominou de “síndrome de alienação parental”: programar uma criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa. Trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. A mãe monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele.

Maria Berenice Dias (2017, *online*) ainda continua seu raciocínio, dizendo que:

A criança, que ama o seu genitor, é levada a afastar-se dele, que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado.

O detentor da guarda, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se unos, inseparáveis. O pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. Este conjunto de manobras confere prazer ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do antigo parceiro.

Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter sido o filho vítima de abuso sexual. A narrativa de um episódio durante o período de visitas que possa configurar indícios de tentativa de aproximação incestuosa é o que basta. Extrai-se deste fato, verdadeiro ou não, denúncia de incesto. O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa

existência, implantando-se, assim, falsas memórias.

Pode-se dizer então, que uma forma de agressão e que ocasiona danos dentro do seio familiar é decorrente da alienação parental. Par tanto, conforme dispõe o artigo 2º da Lei nº. 12.318/10 (BRASIL, 2010, *online*):

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Extrai-se que a alienação parental reflete problemas psicológicos nos filhos em virtude da interferência do genitor, ou até mesmo, pelo ascendente que se encontra com a criança ou adolescente. (BRASIL, 2010).

Para ilustrar, transcreva-se a seguir a definição de alienação parental, em conformidade ao site Alienação Parental (2018, *online*):

#### O que é a Alienação Parental

Síndrome de Alienação Parental (SAP), também conhecida pela sigla em inglês PAS, é um termo proposto por Richard Gardner em 1985 para a situação em que a mãe ou o pai de uma criança a treina para romper os laços afetivos com o outro genitor, criando fortes sentimentos de ansiedade e temor

em relação ao outro genitor. Os casos mais frequentes da Síndrome da Alienação Parental estão associados a situações onde a ruptura da vida conjugal gera, em um dos genitores, uma tendência vingativa muito grande. Quando este não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, vingança, desmoralização e descrédito do ex-cônjuge. Neste processo vingativo, o filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro, que muitas das vezes terá que procurar o judiciário.

Fazendo uma análise da definição acima, destaca-se o termo Síndrome de Alienação Parental – SAP, que é a doença causada pela prática da alienação parental. Segundo Euclides de Souza (2011, *online*):

A alienação parental é a rejeição do genitor que ‘ficou de fora’ pelos seus próprios filhos, fenômeno este provocado normalmente pelo guardião que detêm a exclusividade da guarda sobre eles (a conhecida guarda física monoparental ou exclusiva). Esta guarda única permite ao genitor que detêm a guarda com exclusividade, a capacidade de monopolizar o controle sobre a

pessoa do filho, como um ditador, de forma que ao exercer este poder extravagante, desequilibra o relacionamento entre os pais em relação ao filho. A situação se caracteriza quando, a qualquer preço, o genitor guardião que quer se vingar do ex cônjuge, através da condição de superioridade que detêm, tentado fazer com que o outro progenitor ou se dobre as suas vontades, ou então se afaste dos filhos.

E ainda, segundo Maria Berenice Dias (2017, *online*):

A tendência, de um modo geral, é imediatamente levar o fato ao Poder Judiciário, buscando a suspensão das visitas. Diante da gravidade da situação, acaba o juiz não encontrando outra saída senão a de suspender a visitação e determinar a realização de estudos sociais e psicológicos para aferir a veracidade do que lhe foi noticiado. Como esses procedimentos são demorados – aliás, fruto da responsabilidade dos profissionais envolvidos –, durante todo este período cessa a convivência do pai com o filho. Nem é preciso declinar as seqüelas que a abrupta cessação das visitas pode trazer, bem como os constrangimentos que as inúmeras entrevistas e testes a que é submetida a vítima na busca da identificação da verdade.

Neste passo, percebe-se que a alienação parental também é conhecida como outras terminologias, como Síndrome de Alienação Parental – SAP, na qual consiste



em interferir na formação psicológica de um incapaz, através de genitores que possuem autoridade sobre aquele, de modo a prejudicar o outro genitor. (DIAS, 2017).

Assim, diante do problema da alienação parental ou Síndrome de Alienação Parental – SAP, merece destacar o posicionamento de Maria Berenice Dias (2017, *online*):

O mais doloroso – e ocorre quase sempre – é que o resultado da série de avaliações, testes e entrevistas que se sucedem durante anos acaba não sendo conclusivo. Mais uma vez depara-se o juiz diante de um dilema: manter ou não as visitas, autorizar somente visitas acompanhadas ou extinguir o poder familiar; enfim, manter o vínculo de filiação ou condenar o filho à condição de órfão de pai vivo cujo único crime eventualmente pode ter sido amar demais o filho e querer tê-lo em sua companhia. Talvez, se ele não tivesse manifestado o interesse em estreitar os vínculos de convívio, não estivesse sujeito à falsa imputação da prática de crime que não cometeu.

Diante da dificuldade de identificação da existência ou não dos episódios denunciados, mister que o juiz tome cautelas redobradas.

Não há outra saída senão buscar identificar a presença de outros sintomas que permitam reconhecer que se está frente à síndrome da alienação parental e que a denúncia do abuso foi levada a efeito por espírito de vingança, como instrumento para acabar com o relacionamento do filho com o genitor. Para isso, é indispensável não só a participação de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, com seus laudos, estudos e testes, mas também que o juiz se

capacite para poder distinguir o sentimento de ódio exacerbado que leva ao desejo de vingança a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias com o só intuito de afastá-lo do genitor.

Portanto, é preciso ter em mente que essa conduta praticada por um dos genitores causa a destruição da família, sem falar que é realizada contra a criança ou adolescente, colocando em risco sua dignidade emocional e psíquica.

#### **4.1 A alienação parental na guarda unilateral**

O tipo de guarda mais comum de ocorrer à alienação parental é pela unilateral, pois, trata-se de um cenário mais propício a seu surgimento. Neste sentido, narra Aniêgela Sampaio Clarindo (2015, *online*):

[...] a guarda unilateral é um cenário que favorece o surgimento da alienação na medida em que já foi instituída, em sua origem, desobedecendo à necessária separação entre as funções parentais e conjugais. Desde os primórdios da nossa legislação civil o critério norteador para definir quem seria o genitor guardião referia-se ao “cônjuge inocente”. Ficaria com a prole aquele que não houvesse dado causa à separação.

De igual forma, relata Priscila Fonseca citada por Aniêgela Sampaio Clarindo (2015, *online*):

Além de trazer consigo essa histórica finalidade que se tem, hoje, por desvirtuada, a guarda unilateral apresenta outro fator que auxilia quem pretende alienar. Sendo a alienação parental vista

como um “processo”, composto pela reiteração de diversos tipos de práticas alienantes, percebe-se que a ausência, na maior parte do tempo, do genitor alvo propicia ao genitor alienante tempo para atuar em prol de seus nefastos desígnios. “A alienação parental é obtida por meio de um trabalho incessante levado a efeito pelo genitor alienante, muitas vezes, até mesmo, de modo silencioso ou não explícito.”, explica Priscila Fonseca (2006, p. 55).

E também, conforme expõe Denise Maria Perissini da Silva (2009, p. 150):

Geralmente é a mãe quem fica mais tempo com as crianças, o que permite com exerça influência e “programe” os filhos para evitar contatos com o pai. O afastamento físico do homem para prover o sustento da família, e mais tarde a pensão alimentícia, também contribui para o afastamento emocional – terreno fértil para a instalação da síndrome.

Neste prisma, percebe-se que as práticas de alienação parental é mais fácil de ocorrer quando um dos genitores se encontra com a guarda unilateral, pois, terá maior contato perante o filho, de modo a transparecer uma visão de que o outro genitor o abandonou.

Com efeito, nas palavras de Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas (2010, p. 48):

Só a visita não basta. É preciso, para o filho, saber que o pai e a mãe participam ativamente de sua vida, interessam-se por ele, o que também corresponde a um valor importante para os pais de verem aplicados os seus princípios e crenças sobre o que seja melhor para seu filho.

Ver o filho e fiscalizar sua criação não é ser pai ou ser mãe. Para Goldstein, Freud e Solnit (1987, p. 27-33): “Um pai ou uma mãe que visita ou é visitado tem pouca chance de servir como verdadeiro objeto de amor, confiança e identificação, já que esse papel se baseia em estar presente de modo ininterrupto no dia-a-dia.

Assim, a preocupação em aplicar outros tipos de guardas diferentes da compartilhada deve ser constante, tendo em vista que a aplicação da guarda unilateral poderá contribuir para dificultar a convivência entre o genitor e o filho, acarretando em possíveis práticas de alienação parental, que se configurará quando aquele que possui a guarda faz com que o filho fique contra o outro genitor.

#### **4.2 A guarda compartilhada como forma de evitar a alienação parental**

Uma das formas de prevenir e evitar a prática da alienação parental é utilizando da guarda compartilhada. Isto porque, quando a guarda compartilhada ocorrer na separação do casal, os genitores assumirão os mesmos direitos e deveres para a criação dos filhos. (DIAS, 2014).

Como escopo da escolha pela guarda compartilhada, utiliza-se como fundamento o princípio da dignidade humana, sendo que a filiação é regida entre a igualdade dos filhos entre o pai e a mãe, conforme descrevem Alexandre Coutinho Pagliarini e Tatiana W. Lauand de Paula Lorenci (2017, *online*):

A Constituição Federal de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e subordinou as relações jurídicas a este novo valor supremo. A filiação passou, então,

a ser regida pela prioridade absoluta à pessoa do filho, com igualdade entre o pai e a mãe.

A realidade jurídica, com base nos novos valores constitucionais, trouxe o instituto da guarda compartilhada e determinou que a guarda monoparental fosse atribuída a quem tivesse melhores condições de criar a criança e o adolescente. Já a realidade prática demonstra a prevalência da guarda monoparental materna, impondo a investigação dos parâmetros sociais e culturais que, de algum modo, repercutem na atualidade.

Sem embargo, atualmente a família passou a ser conceituada como pós-moderna, ou seja, deve-se partir de uma: “[...] igualdade constitucional entre homens e mulheres e da necessidade de ambos os genitores na educação e desenvolvimento dos filhos, constatando em uma inconstitucionalidade da prevalência presumida da mãe ao deferimento da guarda”. (PAGLIARINI; LORENCI, 2017, *online*)

Por isso, atualmente a guarda compartilhada é o melhor caminho para a criação dos filhos em uma separação do casal, uma vez que evitará prejuízos maiores para o menor, e ainda, evitará o grande mal para os filhos, que é a alienação parental praticada por um genitor contra o outro utilizando o filho. (PAGLIARINI; LORENCI, 2017).

Com efeito, a prevenção da alienação parental poderá ocorrer através da guarda compartilhada, e não poderia ser diferente, pois, conforme afirma Bernardo

Santana Alves Nascimento (2011, *online*), a Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece a:

[...] igualdade entre homens e mulheres [...], e, no particular, a absoluta igualdade de condições entre pai e mãe, como cônjuges, diante da direção da sociedade conjugal, a prevalência presumida da mãe ao deferimento da guarda reveste-se de flagrante inconstitucionalidade.

Portanto, de acordo com Eurico Medeiros Spalla Junior (2011, *online*): “[...] não se pode presumir que seja a mãe, sempre, a pessoa mais adequada à guarda dos filhos, de modo a colocá-la, de plano, em preferência em relação ao pai”.

Deve-se, neste enfoque, o juiz atentar sempre para a guarda compartilhada, e não sendo possível, precaver qual dos genitores atenderão melhor os anseios do filho, para fins de proporcionar o melhor interesse do menor cumulado com sua proteção.

Conforme diz Ana Carolina Silveira Akel Pantaleão (2002, *online*): “[...] a igualdade constitucional de direitos e obrigações entre marido e mulher, bem como do companheiro e da companheira, não mais justificam a predominância feminina da guarda quando da ruptura da relação”.

Soma-se ainda à argumentação o fato de não haver, conforme ensina a socióloga e psicóloga Nancy Chodorow (1990, p. 89): “[...] nenhuma razão de cunho biológico ou psicológico que justifique a prioridade do direito de guarda à mãe”.

Portanto, ao prever a igualdade entre o homem e a mulher, de forma ampla, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) legitimou ambos os genitores a desempenharem o poder familiar em relação aos filhos e a exercerem a guarda unilateral, quando necessário.

Para tanto, deve-se impedir que o fator guarda

unilateral prejudique o filho, pois, ambos os genitores devem permanecer com direitos e deveres em relação a prole. A guarda compartilhada se apresenta, assim, como uma forma de prevenção da alienação parental, trazendo benefícios ao menor, onde obtém o direito de conviver com ambos os genitores de forma igualitária e sadia, evitando assim doenças e traumas psicológicos. (DIAS, 2017).

#### **4.3 A importância da legislação da alienação parental e guarda compartilhada para a proteção da família**

A legislação da alienação parental e guarda compartilhada é, sobretudo, de grande importância para o Direito de Família. Neste aspecto, os males que a prática de alienação parental causa é tamanha que fez com que o legislador criasse meios de proteção da família, e dentre eles é a guarda compartilhada, que conforme visto no tópico anterior, se transforma em uma verdadeira prevenção para esta prática.

Apenas para deixar claro, algumas práticas de alienação parental estão previstas na própria Lei nº. 12.318/10 (BRASIL, 2010, *online*), conforme parágrafo único do artigo 2º:

Art. 2º [...] Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:  
I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;  
II - dificultar o exercício da autoridade parental;  
III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;  
IV - dificultar o exercício do direito

regulamentado de convivência familiar;  
V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Observe-se que os exemplos dados pelo legislador são no sentido de colocar o filho contra o outro genitor, fazendo denúncias ou falsas alegações. Daí, com a guarda compartilhada, tais condutas ficam mais difíceis de ocorrer, pois, faz com ambos os genitores tenham responsabilidades iguais na criação e convivência com os filhos.

Por outro lado, as consequências que acarretam a prática de alienação parental prejudica toda a família, uma vez que desencadeia as seguintes patologias:

à distúrbios psicológicos como depressão, ansiedade e pânico;  
à utilização de drogas e álcool como forma de aliviar a dor e culpa da alienação;  
à suicídio;  
à baixa autoestima;  
à não conseguir uma relação estável, quando adultas;  
à possuir problemas de gênero, em função da desqualificação do genitor atacado. (ALIENAÇÃO PARENTAL, 2018, *online*)

Ademais, a própria legislação da alienação parental apresenta uma das consequências dessa prática, que é o prejuízo ao direito fundamental da criança ou adolescente:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (BRASIL, 2010, *online*)

Existem, por sua vez, providências voltadas para o agressor e que estão delineadas no artigo 6º da Lei nº. 12.318/10 (BRASIL, 2010, *online*):

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Conforme se atesta pelo inciso V, o juiz poderá determinar a alteração da guarda para a compartilhada, constatando assim, que se trata de legislações que protegem integralmente à família, trazendo o equilíbrio e ambiente familiar sadio.

Assim, importante são as legislações que tratam da guarda compartilhada e alienação parental, considerando que ambas fazem com que a família seja preservada, principalmente os filhos, que mais sofrem em uma eventual separação do casal.

## CONCLUSÃO

Chega-se ao final deste trabalho, concluindo que as leis que tratam da guarda compartilhada e da alienação parental se tornaram muito importantes para o Direito de Família, em seu aspecto de proteção e prevenção de doenças.

Viu-se que as famílias evoluíram, se traduzindo em comunidades de membros mais abertos, tanto que o conceito de família passou a ser dedicado em sua forma de pós-modernidade.

Nesta razão, o legislador também evoluiu no sentido de criar meios de preservar a família, no caso, com a guarda compartilhada. Antes da criação da Lei nº. 13.058/14 (BRASIL, 2014), a guarda era atribuída pela unilateralidade, onde na maioria dos casos, o filho ficava

com a mãe.

Com efeito, como a mãe não suportava a dor da separação, fazia com que o próprio filho se revoltasse com o pai, de forma a criar embaraços e transtornos psicológicos, gerando sentimentos de raiva e ódio.

Tal fato desencadeou na criação da Lei nº. 12.318/10 (BRASIL, 2010), que faz com que o genitor que pratique a alienação parental seja punido em até mesmo na perda da guarda.

Posteriormente, ainda na eminência de prevenção e proteção da família, o legislador criou a Lei nº. 13.058/14 (BRASIL, 2014), fazendo com que a guarda compartilhada se tornasse regra no ordenamento jurídico brasileiro.

Tal fato fez com que a Lei da Alienação Parental (BRASIL, 2010) se tornasse um meio de prevenção, uma vez que, ambos os genitores passam a ser responsáveis pelo filho, tanto em sua criação, quanto na possibilidade de cuidados e afetos.

Destarte, ambas as leis se tornam muito importantes no sentido de preservar às famílias, e ainda, prevenir que condutas de alienação sejam transformadas em doenças, prejudicando assim o filho, que deve estar sempre em um ambiente sadio em virtude do princípio da proteção integral da criança e da dignidade da pessoa humana.

Assim, o presente trabalho se demonstra apto a demonstrar que a guarda compartilhada é de extrema importância, sendo que os magistrados devem, em regra geral, aplicá-la, fazendo com que outras condutas sejam evitadas, como a alienação parental. Mas, caso a alienação parental seja, mesmo assim, praticada por um dos genitores, a Lei nº. 12.318/10 (BRASIL, 2010) dará suporte ao caso fático, para que a punição aconteça.

## REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda Compartilhada - **Um avanço para a família moderna**. In: Recivil, 2014. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20-%20Guarda%20Compartilhada%20-%20Um%20avan%C3%A7o%20para%20a%20fam%C3%ADlia%20moderna%20-%20Por%20Ana%20Carolina%20Silveira.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2018.

ALIENAÇÃO PARENTAL. SAP – Síndrome da Alienação Parental. In: **Alienação Parental**, 2018. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/o-que-e#TOC-A-Crian-a-Alienada>>. Acesso em: 30 set. 2018.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)**. In: Jus, 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9138/o-reconhecimento-legal-do-conceito-moderno-de-familia>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

AMARAL, Jorge Augusto Paes de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa: Cosmos, 1999.

ASSUMPÇÃO, Vanessa Cristo de. **Alienação parental e as disputas familiares através de falsas acusações de abuso sexual**. In: PUC/RS, 2011. Disponível em: 30 set. 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Dever de coabitação**. São Paulo: Atlas, 2006.

BONFIM, Pedro Andreatto. **Guarda compartilhada x guarda alternada: delineamentos teóricos e práticos**. In: Jus, 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7335/guarda-compartilhada-x-guarda-alternada>>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988**. In: Palácio do Planalto, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 05 ago. 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 66, de 13 de julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. In: Palácio do Planalto, 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm#art1)>. Acesso em: 05 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº. 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. In: Palácio do Planalto, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 05 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação**

**contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências**. In: Palácio do Planalto, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 06 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 12.318/10, de 26 de agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990**. In: Palácio do Planalto, 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm)>. Acesso em: 06 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 13.058/14, de 22 de dezembro de 2014. **Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação**. In: Palácio do Planalto, 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm#art2)>. Acesso em: 06 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. In: Palácio do Planalto, 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 6.515/77, de 26 de dezembro de 1977. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá**

**outras providências.** In: Palácio do Planalto, 1977.  
Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>.  
Acesso em: 16 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº. 159.851-SP 1997/0092092-5. **Órgão Julgador: Quarta Turma. Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar.** In: Jus Brasil, 1998. Disponível em:  
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505872/recurso-especial-resp-159851-sp-1997-0092092-5>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº. 205.170-SP 1999/0017119-5. **Órgão Julgador: Quinta Turma. Ministro Relator Gilson Dipp.** In: Jus Brasil, 2000. Disponível em:  
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/377971/recurso-especial-resp-205170-sp-1999-0017119-5>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

CAPPARELLI, Júlio César. **Manual sobre o matrimônio no direito canônico.** São Paulo: Paulinas, 1999.

CHODOROW, Nancy. **Psicanálise da maternidade:** uma crítica a Freud a partir da mulher. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1990.

CINTRA, João Guilherme de Andrade. **Do Desquite ao Divórcio.** In: Jurídico Certo, 2014. Disponível em:  
<<https://juridicocerto.com/artigos/jgcintra/do-desquite-ao-divorcio-371>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

CLARINDO, Aniêgela Sampaio. **Guarda unilateral e síndrome da alienação parental.** In: Âmbito Jurídico, 2015. Disponível em:

<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12751](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12751)>. Acesso em: 30 set. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Álbum de família.** In: Maria Berenice, 2017. Disponível em:  
<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_571\)11\\_\\_Album\\_de\\_familia.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_571)11__Album_de_familia.pdf)>. Acesso em: 15 ago. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Débito ou crédito conjugal?** In: Maria Berenice, 2016. Disponível em:  
<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_545\)debito\\_ou\\_credito\\_conjugal.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_545)debito_ou_credito_conjugal.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Guarda compartilhada, uma novidade bem-vinda!** In: Maria Berenice, 2014. Disponível em:  
<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_603\)1\\_\\_guarda\\_compartilhada\\_uma\\_novidade\\_bemvinda.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_603)1__guarda_compartilhada_uma_novidade_bemvinda.pdf)>. Acesso em: 28 set. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** In: APASE, 2017. Disponível em:  
<<http://www.apase.org.br/94013-berenice.htm>>. Acesso em: 30 set. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.



FARIAS, Cristiano Chaves de. **A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida.** In: Revista Persona, 2003. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9farias.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

FÜCHTER, Alessandra. **A aplicabilidade do instituto da guarda compartilhada.** In: Scribd, 2008. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/23275261/17/CONCEITO-DE-GUARDA-COMPARTILHADA>>. Acesso em: 21 set. 2018.

GRIMAL, Pierre. **A vida em Roma na Antiguidade.** São Paulo: Europa-América, 1995.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: quem melhor para decidir?** São Paulo: Pai Legal, 2002.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRISARD, Waldyr. **Guarda compartilhada x guarda alternada: saiba no que se diferem.** In: IBDFAM, 2017. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6327/Guarda+Compartilhada+X+Guarda+Alternada%3A+saiba+no+que+se+diferem>>. Acesso em: 24 set. 2018.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **STJ nega guarda compartilhada por falta de consenso entre os pais.** In: IBDFAM, 2017. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/6064/STJ+nega+guarda+compartilhada+por+falta+de+consenso+entre+os+pais>>. Acesso em: 28 set. 2018.

LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. **Lei Maria da Penha: comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher.** São Paulo: Mundo Jurídico, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*.** In: Jus Navegandi, 2003. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto/p?id=255>>. Acesso em: 23 set. 2018.

MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda Compartilhada: física e jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº.: 1.0240.10.001634-6/001.** Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Relator Desembargador Dárcio Lopardi Mendes. In: TJMG, 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0240.10.001634-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 23 set. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0433.14.032005-5/001.** Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Relator Desembargador Elias Camilo. In: TJMG, 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=176&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=guarda%20compartilhada&pesquisarPor=ementa&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 28 set. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível. Processo nº.: 1.0686.10.006559-4/001.** Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Relatora Desembargadora Heloisa Combat. In: TJMG, 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0686.10.006559-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 23 set. 2018.

MINI WEB EDUCAÇÃO. **Casamento na Idade Média.** In: Miniweb, 2018. Disponível em: <[http://www.miniweb.com.br/historia/artigos/i\\_media/casamento\\_imedia.html](http://www.miniweb.com.br/historia/artigos/i_media/casamento_imedia.html)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

NASCIMENTO, Bernardo Santana Alves. **O direito do pai de concorrer em igualdade com a mãe pela guarda dos filhos.** In: Defesa da Criança, 2011. Disponível em: <<https://becerraf2010.wordpress.com/2011/02/11/o-direito-do-pai-de-concorrer-em-igualdade-com-a-me-pela-guarda-dos-filhos/>>. Acesso em: 30 set. 2018.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; LORENCI, Tatiana W. Lauand de Paula. **Guarda dos filhos: igualdade constitucional entre pai e mãe.** In: Revista a Barriguda, 2017. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xK\\_QLXVGrtYJ:www.abarriguda.org.br/revista/index.php/revistaabarrigudaarepb/article/download/329/pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xK_QLXVGrtYJ:www.abarriguda.org.br/revista/index.php/revistaabarrigudaarepb/article/download/329/pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 30 set. 2018.

PANTALEÃO, Ana Carolina Silveira Akel. **Guarda compartilhada de crianças é modelo ideal em separação.** In: Consultor Jurídico, 2002. Disponível em:

<[https://www.conjur.com.br/2002-nov-24/guarda\\_compartilhada\\_modelo\\_ideal\\_separacao](https://www.conjur.com.br/2002-nov-24/guarda_compartilhada_modelo_ideal_separacao)>. Acesso em: 30 set. 2018.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008

PERROT, Michelle Georges. **História das mulheres no Ocidente.** Porto: Afrontamento, 1990.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada:** de acordo com a lei nº 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil:** direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROSEVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Introdução e Princípios Constitucionais do Direito das Famílias.** In: Juspodivm, 2010. Disponível em: <[https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/v6\\_site.pdf](https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/v6_site.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento nº. 2002.009848-0.** Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil. Relator Desembargador Mazoni Ferreira. In: TJSC, 2002. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora)> . Acesso em: 23 set. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AI nº. 2001.012993-0.** Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Civil. Relator Desembargador Carlos Prudêncio. In: TJSC, 2003. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora)>

. Acesso em: 23 set. 2018.

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 3. ed. Leme. Mizuno, 2012.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Psicologia jurídica no processo civil brasileiro**: a interface da psicologia com o direito nas questões de família e infância. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Evandro Luiz. **Guarda Compartilhada: a importância de ambos os pais na vida dos filhos**. In: Apase, 2008. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/91004-gc-aimportancia.htm>>. Acesso em: 28 set. 2018.

SILVA, Roberta Frazão. **Guarda Compartilhada: A Aplicabilidade do Instituto**. In: CEPEIN, 2009. Monografia. Disponível em: <<https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/0621230030.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2018.

SOUZA, Euclides de. **Alienação parental, perigo eminente**. In: Boletim Jurídico, 2011. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=27>>. Acesso em: 30 set. 2018.

SPALLA JUNIOR, Eurico Medeiros. **O instituto da guarda no ordenamento pátrio**. In: AVM, 2011. Monografia. Disponível em: <[http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias\\_publicadas/K220065.pdf](http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K220065.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2018.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda dos filhos**. São Paulo: Saraiva, 1998.

TARTUCE, Flávio. **A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória - Análise crítica da lei 13.058/14 – Parte II**. In: Migalhas, 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI217877,21048-A+lei+da+guarda+compartilhada+ou+alternada+obrigatori+a+Analise>>. Acesso em: 23 set. 2018.

ISBN: 978-85-434-1591-8

