

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**NATALIANA DE MORAES BELLINI DE ALMEIDA**

**EFEITOS DO CONTRATO DE COPARENTALIDADE X DIREITOS  
PRÓPRIOS DO VÍNCULO BIOLÓGICO**

VOLTA REDONDA  
2017

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**EFEITOS DO CONTRATO DE COPARENTALIDADE X DIREITOS  
PRÓPRIOS DO VÍNCULO BIOLÓGICO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do UniFOA como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluna:

Nataliana de Moraes Bellini de Almeida

Orientadora:

Marise Baptista Fiorenzano Henrichs

**VOLTA REDONDA**

**2017**



Fundação Oswaldo Aranha



## FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

*Efeitos do contato de coparentalidade x direitos próprios do vínculo jurídico*

Elaborado por *Nataliana de Paas Bileni de Almeida* apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em *9* de *novembro* de *2017*

Banca Avaliadora:

*Paulo Roberto Saenzno Jansen*

Professor Orientador - Unifoa

*Leandro Regino Robit de Jesus*

Professor Avaliador - Unifoa

*Cláudio*

Professor Avaliador - Unifoa

A Deus, à minha família e aos amigos.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades. À esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes. À minha orientadora Marise Baptista Fiorenzano Henrichs, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos. Aos meus familiares e amigos, pelo amor, incentivo e apoio incondicional. E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

## RESUMO

A família sempre desempenhou um papel fundamental na vida do indivíduo. Representando o suporte, no qual este deverá se apoiar ao longo de sua vida. No decorrer da evolução humana, novas configurações familiares vieram à tona, além dos modelos clássicos de família, tais como a família advinda do casamento, da união estável e da família monoparental. Cria-se um panorama novo sobre a família e os institutos que a permeiam, passando pela identidade da pessoa natural, pela aquisição do nome e do estado de família, que iriam individualizar o homem na sociedade e determinar seu modo particular de existir. A filiação por influência de carga genética, e assim, a importância do amor, transmutado em afetividade, com o mais respaldo legal. A socioafetividade consciente e verdadeira de pertencer a determinado núcleo familiar que se sobrepõe por muitas vezes à verdade biológica, que na proteção patrimonial da família é valorizada, uma vez que, garante a própria sobrevivência desta, em relação aos institutos protetivos dos Princípios Constitucionais que regem o Direito de Família, tão ligados à própria vida e à perpetuação da espécie.

Palavras-Chaves: Coparentalidade; Modelos de Família; Contrato; Relações Familiares.

*Nada na vida é completamente errado.  
Até um relógio quebrado, duas vezes ao  
dia está marcando a hora certa (Paulo  
Coelho).*

## SUMARIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 CONTEXTO HISTORICO DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR .....</b>	<b>10</b>
<b>3 PRINCIPIOS QUE REGEM AS RELAÇÕES FAMILIARES.....</b>	<b>18</b>
<b>4 DAS ENTIDADES FAMILIARES .....</b>	<b>23</b>
<b>5 DO PODER FAMILIAR .....</b>	<b>28</b>
<b>6 PRINCIPIOS QUE REGEM AS RELAÇÕES CONTRATUAIS .....</b>	<b>34</b>
<b>7 INADIMPLENTO CONTRATUAL .....</b>	<b>39</b>
<b>8 MULTIPARENTALIDADE .....</b>	<b>44</b>
<b>9 CONCLUSÃO .....</b>	<b>48</b>
<b>10 REFERÊNCIAS.....</b>	<b>50</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A evolução das relações humanas e as conseqüentes mudanças nas estruturas familiares são uma realidade incontestável. Há tempos a família patriarcal, era a espinha dorsal da sociedade, que permanece apenas na memória dos mais antigos.

O formato com um pai, uma mãe e os filhos frutos desta união, misturou-se às novas configurações que desafiam os padrões e criam novos cenários para o Direito de Família.

O Supremo Tribunal Federal, em julgado recente sobre questão de direito que envolve reconhecimento de pai socioafetivo, quando o incapaz já tem pai biológico vivo, entendeu pela possibilidade de concomitância entre ambas.

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

Desta feita, por força deste precedente, o Supremo Tribunal Federal sugere que em eventual discussão sobre direitos à visitação, guarda e alimentos, em contrato de coparentalidade, o contratante teria os mesmos direitos do pai biológico.

A coparentalidade não está expressamente prevista em lei, mas na sociedade contemporânea, cada vez mais, verifica-se novos arranjos familiares, ou seja, novas modalidades de família, que por força da afetividade tem sido aceita pela doutrina e jurisprudência pátria, não obstante, tecnicamente não serem modalidades de família previstas no texto constitucional.

A nossa carta magna admite expressamente a família decorrente do casamento, da união estável e a família monoparental.

Acontece, porém, que por decisão do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência pátria admite a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a chamada união homoafetiva, e o Conselho Nacional de Justiça editou Resolução admitindo casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Há que se ressaltar que esses novos modelos de família se respaldam no afeto, e não, propriamente na lei.

No que tange à coparentalidade, homem e mulher decidem ter um filho, mas a relação nasce de um contrato e não do afeto, onde a principal fonte do Direito não é apenas a lei, e sim os costumes que regem a conduta social.

Diante desta situação, algumas perguntas carecem de respostas, tais como: este contrato é capaz de gerar efeitos na órbita civil? O objeto é lícito? Os princípios que regem este acordo são os princípios que regem os contratos, tais como *Pacta Sunt Servanda* e da *Autonomia da vontade*? Não se estaria remetendo-se a criança o status de coisa? E no caso de inadimplemento das obrigações? E o princípio da boa-fé deve ser observado? Haveria sanções ao inadimplente, como perdas e danos? Quem de fato será o possuidor da guarda? Se o contrato for constituído à revelia do pai biológico, poderá reivindicar indenização a partir da teoria da perda de uma chance, qual seja, a perda da chance de conviver com o filho que não sabia ter gerado?

## 2 CONTEXTO HISTORICO DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR

A gênese da família encontrava-se na autoridade parental e na marital, unidas à força suprema da crença religiosa, na concepção antiga, em sua formação mais uma associação religiosa que uma formação natural, uma vez que, a união fosse consagrada entre um homem e uma mulher com o único propósito de conceber filhos. Encontrando no culto religioso seu principal elemento constitutivo, muito valorado nas sociedades primitivas e gradualmente diluídas nas sociedades mais avançadas<sup>1</sup>.

O rosto da família alterou-se muito com o passar dos tempos. Os primeiros grupos sociais que existiram não constituíram efetivamente a família para os padrões organizacionais, tal como está é conhecida na atualidade, esses grupos de seres humanos se basearam no instinto sexual, pouco importando se essa união fosse passageira ou duradoura, *monogâmica* (casamento com um único parceiro) ou *poligâmica* (casamento de um homem com duas mulheres ao mesmo tempo), *poliândrica* (casamento de uma mulher com dois homens ao mesmo tempo) ou *poligínica* (relacionamento de um homem com duas ou mais mulheres, sem constituir casamento).

Dessa característica decorre a importância suprema do casamento religioso, primeira instituição estabelecida pela religião doméstica, capaz de dar legitimidade à prole e a manutenção da própria entidade familiar, pois era imprescindível para os antigos a existência de herdeiros varões para dar continuidade ao culto aos mortos, cujo ausência poderia levar à extinção de uma família e da sua religião<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> SANTIAGO, Dantas. **Direito de Família e das Sucessões**, p 4-5, *apud* MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

<sup>2</sup> COULANGES, Fustelde. **A cidade Antiga**, p. 37-43,49,85 e 121 *apud* MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

Hipótese para constituir uma família patriarcal, ou seja, era a concepção do “Homem Cordial” aquele indivíduo que não conseguiria separar o público do privado, que não entendia que a vida no Estado Burocrático deve ser impessoal e não pessoal. Família esta que deve ser composta não só do núcleo conjugal e de seus filhos, mas incluindo um grande número de criados, parentes, aderentes, agregados e escravos, submetidos ao poder absoluto do “Chefe do Clã”; ou seja; o marido, pai, patriarca.

Ideologia que causava no chefe do clã uma necessidade de constituir por si só outras formas que pudesse manter sua família numerosamente vasta e prospera em sinal de riqueza e soberania como chefe do clã, percebendo-se então que a família patriarcal era o mundo do homem por excelência, ou seja, crianças e mulheres não passavam de seres insignificantes e amedrontados, cuja maior aspiração era as boas graças patriarcais.

Detendo o *pater familiae* (pai de família em seu mais elevado estatuto familiar) o homem cordial conceituava sua família como um conjunto de pessoas que descendem de um ancestral comum vivo, para apresenta um caráter de comunidade política, na qual adentra pelo nascimento, pela *adoptio* (tomar alguém como filho), pela *arrogatio* (prepotência, atitude de quem se sente superior aos demais ou da pessoa que assume um comportamento prepotente, desprezando os outros) ou pelo matrimônio válido<sup>3</sup>.

Concepção clássica romana que distinguia duas espécies de parentesco: a *agnaticio* (são herdadas em linha *agnática*, assegurando aos parentes), que se transmitia pelos homens e a *cognaticio* (o parentesco passa a ser apenas o sangue), que se propagava pelo sangue, portanto, por via masculina e feminina. As mulheres eram consideradas *alieni iuris* (direito alheio), e pertenciam à família do pai,

---

<sup>3</sup> BONFANTE, Pietro. **Storia del diritto romano**, p.70 *apud* MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

enquanto não casasse ou a do marido após o casamento, já as mulheres viúvas tornavam-se *siu iuris* (do seu direito – pessoa livre, capaz de determinar-se sem depender de outrem), livres do pátrio poder, mas com direitos limitados, tornando sua situação indefinida quando não tivesse nenhum descendente masculino (filhos) que pudesse manter e prover o seu sustento dentro do seio familiar *cognaticio* (o parentesco passa a ser apenas o sangue), vínculo esse que se tornou majoritário na atualidade, o parentesco deveria ser apenas o de sangue<sup>4</sup>.

Instituindo a formação matrimonial de várias formas: a *confarreatio* (cerimônia realizada com um pão de trigo), a *coemptio* (forma de casamento praticada na antiga Roma, dispensando-se assistência sacerdotal e consistindo numa venda simbólica) e o *usus* (ter certeza). A *confarreatio* (cerimônia realizada com um pão de trigo) era uma cerimônia religiosa que selava a união do casal através de um sagrado *matrimonio*, através de votos sacramentos religiosos; a *coemptio* (forma de casamento praticada na antiga Roma, dispensando-se assistência sacerdotal e consistindo numa venda simbólica) encontrava-se ligada à tradição da compra da mulher – era realizada uma cerimônia, porém o marido teria que aparecer no meio do ato cerimonial para tomar posse da mulher, simbolizando o pagamento do preço; o *usus* (ter certeza) consistia na posse da mulher que somente após um ano garantia a consumação do casamento.

Formas que produziam os efeitos na família do marido, a mulher que se casava, objetivo precípua do casamento, ficando está sob o *potesta* (potestativo) do marido, se *sui iuris* (do seu direito – pessoa livre, capaz de determinar-se sem depender de outrem); o *pater familiae*, no qual as mulheres e noras *manus* (sem dinheiro) romperam os laços de parentesco de sua família originária.

---

<sup>4</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

Como o passar dos anos houve a introdução de um matrimônio especial denominado *trinoctium* (a mulher que permanece ausente por três noites da casa), no qual a união se dava entre o marido e a mulher, mas não se verificava o estabelecimento do poder marital, ou seja, a mulher continuava sob autoridade do seu *pater*, conservando os seus bens e o status *familiae* à sua família originária, mesmo na constância de seu casamento. Trazendo ao casamento um componente subjetivo: a *affectio maritalis* (a vontade dos cônjuges de fazer) – a vontade de permanecer casado, fato importante no período e não na consumação em si, valorização conceituada pelo direito canônico<sup>5</sup>.

A vontade inicial – *consensus* (consenso universal) para que o elemento subjetivo, composto neste matrimônio descaracteriza-se quaisquer outras formalidades, tais como a observação da idade – idade núbil – puberdade; o *conubium* (à vontade) – posse de liberdade – cidadania – serviço militar – monogamia; a posse da função *coeundi* (que impede a relação sexual, tanto no homem quanto na mulher, diferentemente da impotência) e as circunstâncias impeditivas de casamento; o parentesco; a afinidade; a condução social e motivos de ordem prática ou política.

Vê-se que “Roma conheceu em casamento monogâmico, heterossexual, que se formou pela expressão do consentimento dos nubentes, de caráter essencialmente *consensualista*, de onde se libertavam facilmente, tanto que o divórcio e os *recasamentos* eram frequentes – mesmo quando sofreram as limitações legislativas impostas pelas leis imperiais”<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**, 6ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2013, Vol.2, p.244-245; Ulpiano d-16.4, libro primo institutionum. In: MADEIRA, Hécio Maciel França. **Digesto de Justiniano**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, líber primus, p.69 *apud* MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

<sup>6</sup> GAUDEMET, Brigitte Basdevant. Um contract entre l’homme et la femme? Quelques points à travers l’histoire en occident. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIERES, Pascal de Vareilles (Direction). **La contractualisation de la famille**.

Todas as ocorrências de segundas núpcias eram possíveis apenas quando houvesse a liberação das núpcias anteriores, o prazo para o recasamento consistia em 10 anos após a morte do marido, 12 meses no caso de divórcio, denominado *annus lugendi* (ano miraculoso), visando assim evitar a *turbatio sanguinis* (para impedir este conflito de presunções), não por causa da nulidade e sim porque acreditava-se que haveria uma ofensa à memória do marido bem como a infâmia à sua família, cansando vários danos e limitações a mulher perante o segundo casamento – a sua faculdade de testar em favor do segundo marido<sup>7</sup>.

No tocante à filiação no direito romano a *adoptio* (tomar alguém como filho), se ingressava como *filius familias* (como o mundo te vê), *próprio iure* (estilo próprio de fazer as coisas) que não apresentavam a sua de origem. Com duas formas constitutivas, adotado *alieni iuris* (direito alheio) ou *sui iuris* (do seu direito – pessoa livre, capaz de determinar-se sem depender de outrem), a saber: a adoção em sentido estrito. A união mais comum entre os romanos, verificava a *affectio maritalis* (a vontade dos cônjuges de fazer) que definia a maior aceitação social, efetivando o não cumprimento de requisitos para o casamento legal<sup>8</sup>.

A concepção cristã no século IV d.c, conferiu um novo rosto: no lugar da grande família romana, pois era uma família formada pelo casal e sua prole, após coesão fundada no sacramento do casamento religioso, que para o período medieval organizou a linhagem familiar em conjunto de três influencias marcantes – a do direito romano; a do direito canônico; e a do direito bárbaro.

---

Paris: Economica, 2001, p 17 *apud* MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

<sup>7</sup> PEROZZI, Silvio. Istituzioni, p. 415 *apud* MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

<sup>8</sup> ALVES, Jose Carlos Moreira. **Direito Romano**, p. 288-296; MAYNZ, Charles. **Cours de Droit Romain**, p. 5-8 *apud* MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

Ideologia que persiste na influência da igreja determinando as bases existentes dos fiéis, legislando a família e o matrimônio, o qual reformulou totalmente as bases, pelo sacramento que diferenciou o matrimônio romano pagão. Simplificando o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente, sem intervenção de terceiros, e exigências de formalidades determinadas, uma vez que, o século XII somente aceitaria o sacramento regido pelas regras de caráter divino que se tornaria válido pela conjunção carnal.

Os nubentes, inspirando-se na sua consideração de pessoa humana, contemplam o direito de correção do marido sobre a mulher, o que tornava o casamento definido como um contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente, com o apogeu do Estado, pois a partir do século XIX seria regulamentado, levando-o à secularização e laicização por um contrato civil (art.7, Tít.2, da Constituição Francesa de 1791). Autorizando o divórcio por lei (votada em 20-09-1792)<sup>9</sup>.

Legalizado, o divórcio se tornou necessário ao fim de garantir a liberdade de culto religioso, (algumas religiões não admitia o divórcio). Facilitando a introdução de uma concepção mais individualista, na qual, valorizou o nascimento da família nuclear e monoparental que se originaram do divórcio e da filiação extramatrimonial, iniciando-se, então, as várias modalidades familiares.

No Brasil, as famílias sofreram influências comportamentais de origens Romana, Canônica e Germânica, no que tange o regimento do plano legislativo, Ordenações dos Reinos, Ordenações Filipinas e no direito Civil, em 1917. Após diversas alterações no instituto familiar por intermédio de leis especiais e decretos, surgiram atos que separavam a Igreja do Estado, que determinava através do decreto de 1827 – A constituição do Arcebispado da Bahia – Direito Canônico, que uma vez celebrado o casamento pela autoridade Civil, passa a admitir-se o

---

<sup>9</sup> GILISSEN, John. **Introdução**, p. 572 *apud* MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

desquite contencioso e por mutuo consentimento. (O decreto nº 521/1890 proíbe a celebração do casamento religioso antes do Civil)<sup>10</sup>.

O código civil brasileiro de 1916 inovou ao direito de família, mas manteve as estruturas ao longo dos tempos. Os princípios de liberdade e igualdade consignados no período possibilitaram a disseminação do divórcio e o reconhecimento da família natural ao lado da então denominada família legítima revitalizando os conceitos de autoridade marital e parental em matéria de família. Tornando, por sua vez, significativas as alterações nos costumes e uma evolução paralela da legislação de família.

Nos tempos contemporâneos os arranjos familiares obedecem a uma enorme gama de tipos de família: o casamento, a união estável, a monoparental, a unilinear, a homoafetiva, as famílias recompostas, a mosaico, a pluriparental, a anaparental, a eudemonista, a paralela.

No campo do direito, todas elas têm um comum desejo de inserção e de proteção do ser humano, em um *locus* (lugar) para desenvolver suas peculiaridades, tendo em vista o princípio constitucional da primazia da dignidade da pessoa humana<sup>11</sup>.

A família *anaparental* (família sem a presença de um dos ascendentes), não regulada pelo legislador, era definida como uma relação familiar baseada no *affectio* (à vontade) e na convivência mútua, entre pessoas que tinham ou não grau de parentesco.

A família *pluriparental* (família coloquial), (também denominada família mosaico) se define por sua ruptura de anteriores vínculos familiares e a consequente formação de novos vínculos, incluindo os filhos oriundos das relações anteriores, bem como os que o casal tinham em comum.

---

<sup>10</sup> SANTIAGO, Dantas. **Direito de Família e das Sucessões**, p. 65-76 *apud* MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

<sup>11</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

A família *eudemonista* (felicidade individual) desponta neste universo familiar, por que se entende como a família que obtenha a formação decorrente do afeto. E a absorção do princípio *eudemonista* (felicidade individual) pelo ordenamento vem alterar o sentido da proteção jurídica da família, com a sua deslocação institucional do sujeito através da interferência da primeira parte do § 8º do artº 226 da Constituição Federal, no qual o Estado assegura a assistência à família na pessoa de cada um dos familiares<sup>12</sup>.

A família *paralela* (união livre), por tempos se define como aquela que se forma através da violação do princípio da monogamia, no ordenamento legal pátrio.

O código Civil previa o concubinato impuro, que importam nas relações não eventuais entre homens e mulheres impedidos de casar. Com base no artº 1.521 CC “Não pode haver casamento de pessoas já casadas. Causando desta forma o surgimento de famílias paralelas<sup>13</sup>.

A natureza jurídica e as disciplinas mantêm sua importância inquestionável para a estruturação da sociedade, devendo a família receber orientações diretas do Estado. Com ordens públicas fixadas intrinsecamente às diversas formas de composição das entidades familiares que com suas peculiaridades preservem as questões atinentes à prole, a proteção econômica da família, sobre a formação e a dissolução de tais instituições, no que tange à normatização prática do direito de família, se mantendo racional evitar o declínio do caráter institucional e a privatização que se mostrar recorrente na doutrina contemporânea.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> SANTIAGO, Dantas. **Direito de Família e das Sucessões**, p. 65-76 *apud* MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

<sup>13</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

<sup>14</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

### 3 PRINCÍPIOS QUE REGEM AS RELAÇÕES FAMILIARES

O Constitucionalismo brasileiro nasceu sob a influência europeia, em virtude da formação cultural das elites nacionais, incumbidas de modelar as instituições que passariam a reger a vida política nacional<sup>15</sup>.

A primeira Constituição brasileira foi a Constituição Imperial de 1824, elaborada posteriormente a independência do Estado brasileiro que se mostrou híbrida, pois conservaria os ranços do absolutismo e do liberalismo que demonstrava de maneira majoritária os *princípios fundamentais da ideologia liberal*, que não continha nenhuma referência relevante ao direito de família, ou seja, o período de estrito vínculo entre a Igreja e o Estado existia apenas através do casamento religioso como fonte formal familiar.

A Constituição de 1891, redigida por Rui Barbosa, que apreciava o liberalismo, proclamou o casamento civil de celebração gratuita e desvinculou a instituição matrimonial da religião, ou seja, causou a separação do Estado e da Igreja, por força do Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, o casamento civil gratuito então passou a garantir a preservação dos direitos e garantias à pessoa humana, os direitos à isonomia, à livre manifestação do pensamento e à inviolabilidade do Lar – tido no asilo do indivíduo, tornando a matéria familista um único ato jurídico capaz de consagrar a família perante a sociedade, por via do casamento civil, tornando inexistente o casamento celebrado apenas no religioso.

A Constituição de 1934 inaugurou as novas declarações de direitos, no qual o Estado social brasileiro incumbe-se da obrigação de amparar as famílias de prole numerosa no momento da indissolubidade do casamento, ressaltando as hipóteses de desquite ou anulação, mesmo que estivesse sobre os efeitos do casamento religioso, instituindo recomendações para realização de exames de sanidade

---

<sup>15</sup> Ramos, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: Perspectivas da Evolução**. p.177 *apud* MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

física e mental para os nubentes e garantir a gratuidade de reconhecimento dos filhos naturais. Pactuando o legislador com o artº144 da Lei nº379, de 16 de janeiro de 1937, que a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção do Estado. Ressalvando em seu § único o desquite e a anulação do casamento havendo o recurso *ex officio* (por lei), com efeitos suspensivos.

Nessa época, a bancada católica (maioria na assembleia constituinte), instituiu o divórcio como remédio para regulamentação de um rompimento do vínculo matrimonial na constituição, ficando preconizado constitucionalmente a possibilidade de se estender os efeitos civis aos casamentos não católicos, desde que o rito não contrariasse a ordem pública nem tão pouco os bons costumes, na observância da lei civil que verifique os impedimentos matrimoniais e ao processo de oposição, consignando sua indissolubidade<sup>16</sup>.

A Constituição de 10 de novembro de 1937, influenciou à proteção da família através dos princípios e garantias da Carta de 1934, trazendo a igualdade entre os filhos naturais e legítimos, além da proteção da infância e da juventude pelo Estado, sem envolver os efeitos civis ao casamento religioso, tratando das famílias indissolúveis sob a proteção especial do Estado baseando-se nos artºs 124 à 127 da Constituição, porem o legislador constituinte de 1937 não apresentou nenhuma definição efetiva para este tipo de família.

A Constituição de 18 de setembro 1946, na fase pós ditatorial do Estado-Novo iniciou uma fase na qual mais se acentuavam as ideias e os princípios de natureza econômico-social que modificou a estrutura jurídico-política do mundo que indicaram a recuperação do princípio federativo à proteção familiar concedendo o adcionamento à vocação hereditária, na qual diz que o casamento válido e o vínculo indissolúvel, com proteção do Estado, sendo gratuita a celebração no civil, não evoluindo à conceituação da família, embora na época já se

---

<sup>16</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

iniciava tendências inovadoras, que visavam ampliar a legitimidade da família além daquela constituída pelo feitos anteriores.

A Constituição Federal de 1988, nas palavras de Miguel Reale, *in verbis*:

A expressão Estado Democrático de Direito traduz uma opção para a democracia social, na qual o Estado e compreendido e organizado em essencial correlação com a sociedade civil em prejuízo do papel criador atribuído aos indivíduos<sup>17</sup>.

Radical mudança no panorama da família conceituada na Carta de 1988, que descrevia os efeitos de proteção do Estado, que passou a considerar a família formada na mais ampla decorrência original do direito natural, com reflexos no âmbito civil e penal.

Consagração normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos com eficácia simbolística que frustrava as forças sociais, que se subdividem no direito de família como: *princípios fundamentais* – abrangendo a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. E os *princípios gerais*, onde se inserem a igualdade, a liberdade, a afetividade, a convivência familiar e o princípio de melhor interesse da criança.

Nas duas classes de princípios relativos, preponderavam a garantia, que os membros da família teriam a sua liberdade, em face de influências externas e os relativos aos direitos, que os membros da família teriam diante do próprio Estado com a efetividade dos já garantidos constitucionalmente.

O reconhecimento da formação familiar foi ampliado, e com isso alterando o panorama tradicional sediando a igualdade de direitos e deveres referentes aos direitos naturais e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, com as hipóteses de dissolução do casamento pelo divórcio estabelecendo a forma direta após dois anos de separação de fato e a conversão da separação em divórcio, após um ano de ruptura

---

<sup>17</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

da vida comum, deixando pré-determinado os princípios da dignidade humana e da paternidade responsável e deixando o planejamento familiar de livre decisão do casal vedando qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais de cunho privado, incumbindo somente o Estado a assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram. Evitando, apenas a violência no âmbito das relações agora dissoluta com a garantia de coibir os preconceitos de origem pré-existente tais como: raça, sexo, cor, idade e a igualdade entre os filhos, havidos ou não do casamento<sup>18</sup>.

Com ênfase no artº 3, I, da Constituição Federal de 1988, o *princípio da liberdade*, estabeleceu uma autonomia individual para formar, manter ou extinguir as relações familiares, bem como à possibilidade de alçar novas formas sem interferências externas, com livre administração do patrimônio familiar, atenuando somente as limitações de ordem moral, mental e a integridade física, de forma mais democrática.

O *princípio da convivência familiar* – artº 227CF/88, mantém o direito à convivência familiar, que por sua vez, pode ser entendida como relação afetiva estabelecidas nos âmbitos da convivência dos componentes do grupo familiar formado não se esgotando apenas na família nuclear e sim aos outros parentes que integrem o grande núcleo familiar solidário.

O *princípio do melhor interesse da criança* previsto no caput do artº 227 CF/88 e também nos artºs 1583 e 1584 do CC, destaca o dever de família, da sociedade e do Estado perante à criança e ao adolescente de forma prioritária, resguardando aos mesmos o direito à vida, à saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, colocando a salvo de outras formas

---

<sup>18</sup> COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Maçela. **Constituição Federal Anotada e Explicada**. 3ª Edição Rio de Janeiro: Forense, p. 550 *apud* MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente).

Premissa que induzia o raciocínio do *princípio da afetividade* nas relações familiares, pois diretamente o *princípio da dignidade da pessoa humana* e fundamental ao direito de família estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão da vida, concluindo desta forma que os princípios constitucionais representam um alicerce normativo para uma melhor manutenção, administração e extinção da composição familiar<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

#### 4 DAS ENTIDADES FAMILIARES

O Código Civil de 2002 adequou a relação familiar aos novos ditames constitucionais com atualizações dos aspectos essenciais ao direito de família. Incorporando ainda, mudanças decorrentes da legislação esparsa, preservando a estrutura do diploma anterior que rege as entidades familiares. Eliminou também, a referência à legitimidade da família casamentaria em virtudes das disposições constitucionais, fazendo assim então desaparecer os conceitos de famílias legítimas e ilegítimas, autorizando legalmente a constituição familiar através do casamento, pela união estável, união homoafetiva e pela monoparentalidade formada por um dos genitores e sua prole.

Priorizando para estas famílias o *princípio da igualdade* entre os cônjuges e os responsabilizando sobre os efeitos pessoais e patrimoniais do casamento, pertinentes à guarda dos filhos e à chefia conjunta da sociedade conjugal, eliminou a prevalência da mulher, para a guarda dos filhos, como dispunha a Lei nº 6515/1977 e em seu lugar passou a ser privilegiado o melhor interesse da criança e do adolescente e o *princípio da afetividade* ocasionado pelo mero relacionamento<sup>20</sup>.

O casamento então se tornou possível através de um ato contratual civil solene, pelo qual as partes se unem para formar uma família e se prestarem mutualmente a assistência e o socorro, para fins de englobar inúmeras finalidades que passam pela procriação, pela busca de realização pessoal, do mutuo adjutório e apoio recíproco perante as vicissitudes da vida. Razões de ordem aliados à fruição do direito à autonomia pessoal, à liberdade de escolha, direitos personalíssimos e no princípio da paternidade responsável<sup>21</sup>.

Com a finalidade de estabelecer uma comunhão plena de vida por meio de previsão legal no art.º 1511 do CC – Oriundo do amor do

---

<sup>20</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

<sup>21</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

casal, baseado na igualdade de direito e deveres dos cônjuges e na mútua assistência. Evidenciando que os demais objetivos que normalmente se atribui ao casamento, não se faziam mais necessários, como a procriação ou a satisfação sexual.

A natureza jurídica do casamento não possui um consenso doutrinário que formalize sua definição possuindo três correntes que visam a aproximação de sua definição por intermédio das seguintes teorias, a seguir aduzidas:

*Teoria Contratual* que aponta para liberdade volitiva dos nubentes à celebração do contrato de casamento;

*Teoria institucional* que mostra que o casamento é um estado, em que os nubentes ingressam a relação jurídica nascida do acordo de vontades cujas normas e efeitos se encontram preestabelecidas na lei;

Por fim, *Teoria eclética* que se subdivide e congrega dois elementos: o volitivo e o institucional, nos quais, considera-se o casamento como um contrato em sua formação, por originar-se do acordo de vontades, em face da interferência do Poder Público e do caráter inalterável de seus efeitos.

A união estável se define à luz do artº 1723, caput e § 1º do CC como entidade familiar entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição da família.

Oportuno, porém, fazer menção à, relativamente, recente decisão emanada do Supremo Tribunal Federal, que acolheu as relações homoafetivas como união estável, uma vez que, as expressões aos termos “homem” e “mulher”, do artigo acima mencionado, foi desobrigada, tendo em vista o acolhimento das relações homoafetivas consistindo a união estável entre duas pessoas do mesmo sexo<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

Em decorrência do vanguardista julgado, posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175, que autoriza o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, como se verifica, *in verbis*:

Resolução Nº 175 de 14/05/2013

**EMENTA:** Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

**Origem:** Presidência

Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013

Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

**O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,

**CONSIDERANDO** a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013;

**CONSIDERANDO** que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;

**CONSIDERANDO** que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;

**CONSIDERANDO** que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;

**CONSIDERANDO** a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988;

#### **RESOLVE:**

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro **Joaquim Barbosa**

Quanto aos deveres conjugais, estes são recíprocos e aplicados aos companheiros, estando elencados nos art<sup>os</sup> 1724 e 1521 CC, tais como as observâncias para seu impedimento – *Animus*, que mantem o casal em uma comunhão de vida estável, durável e publica, com aparência de casamento (status familiae – preconizados pela CF/88).

A natureza jurídica consiste em um contrato não solene, elaborado por escrito ou verbal, cujos principais características se dá pela ausência de formalismo constitucionais, pois independe de qualquer solenidade, bastando apenas o início da vida em comum, ou seja, provando seu início serão gerados todos os efeitos oriundos da composição familiar, que neste sentido a grande profilaxia e elaborada em um contrato de convivência por não conter como no casamento uma data-base inicial, funcionara como marco inicial a convivência do casal no mesmo domicílio, além de propiciar a regulamentação do regime de bens patrimoniais<sup>23</sup>.

O Supremo Tribunal Federal acolheu o entendimento no texto constitucional, que expressamente se proíbe o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre homens e mulheres, positivando a existência de isonomia entre os sexos, ou seja, entendeu-se que a caracterização decorre da garantia de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica e de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade<sup>24</sup>.

O Ministro Ayres Britto, destacou que relações homoafetiva é entidade familiar, uma vez que, obsta que à união entre pessoas do mesmo sexo possam ser reconhecidas como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, concluindo que deve seguir as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva, aplicando a interpretação conforme o art<sup>o</sup> 1.723 do C.C que diz: Para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da

---

<sup>23</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2<sup>a</sup> edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

<sup>24</sup> MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 29<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

união contínua, pública, e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida como sinônimo de família<sup>25</sup>.

O Ministro Celso de Mello, afirma o entendimento e esclarece: “direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual”. Tratando-se de norma de inclusão para proteção das minorias. A modalidade homoafetiva passou então ser destinatária à proteção do Estado, que apenas se tornou o intermediário de um propósito maior, qual seja, a proteção desta entidade familiar com base no *princípio da dignidade da pessoa humana*.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> STF-pleno- ADI 4277/DF e ADPF/RJ, Rel.Min. Ayres Britto, decisão 4 e 5 de maio 2011 *apud* MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 29ª Edição, São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

<sup>26</sup> STF-RE 477554/MG – Rel. Min. Celso de Mello, Dje 3/8/2011 *apud* MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 29ª Edição, São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

## 5 DO PODER FAMILIAR

O poder familiar é um conjunto de direitos e obrigações que os pais têm, em face dos filhos menores e incapaz, o poder/dever de ser exercido em igualdade de condições, mesmo quando ocorre o divórcio ou a separação, não poderá haver alteração nesta titularidade, uma vez que, o poder familiar decorre da filiação e não do casamento<sup>27</sup>.

*In verbis:* Art - 1.630 C.C – Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Com a proteção ampla garantida pela Constituição Federal à proteção familiar se definiu por duas acepções: Ampla e Restrita.

No sentido amplo, a família é o conjunto de todas as pessoas, ligadas pelos laços do parentesco, por descendência comum e afins, distinguidas pelo sobrenome.

No sentido restrito, a família se resume apenas aos pais e aos filhos, na acepção *stricto sensu* (em sentido estrito), que mais se utiliza ao termo familiar, principalmente do ângulo do *jus positum* (merecer) em virtude do *princípio da reserva legal*.

A Constituição Federal, desta forma, esclareceu algumas regras de regência das relações familiares, buscando adaptar o poder familiar, em função do restrito e amplo cumprimento do exercício da convivência familiar:<sup>28</sup>

A *Cabeça do Casal*, refere-se na busca dos direitos e deveres exercidos pelo casal – homem e mulher, igualmente perante a sociedade, quando se trata de casal heterossexual, como também, quando se tratar de casal homoafetivo.

---

<sup>27</sup> JUNIOR, Gediel Claudino de Araújo. **Prática no Direito de Família**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

<sup>28</sup> MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 29ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

A *Dissolução do Casamento*, refere-se à possibilidade de ser dissolvido pelo divórcio, sem a necessidade de previa separação judicial, após a aprovação da EC nº 66, 13 de julho de 2010, sobretudo, a Constituição Federal de 1988, previu, inicialmente, a possibilidade do divórcio direto, por normas constitucionais autoaplicáveis, exigindo apenas a separação de fato por um período de 2 anos. Com a referida emenda, o lapso temporal passou a ser dispensável<sup>29</sup>.

O *Planejamento Familiar* refere-se aos *princípios da dignidade da pessoa humana e o princípio da paternidade responsável*, uma vez que, o planejamento familiar ocorre pela livre vontade do casal, apenas competindo ao Estado os deveres de proporcionar recursos educacionais e científicos.

Não sendo possível, aplicar qualquer forma coercitiva por instituições oficiais ou privadas, o poder familiar pode então ser entendido, como um vetor de privilégios da ordem pública que serviria a salvaguarda da estrutura do Estado e da sociedade determinados:

A *adoção* se refere à assistência que o poder público, na forma da lei, estabeleceu a casos e condições de sua efetivação.

A *filiação* se refere aos filhos havidos ou não da relação do casamento ou adoção, os mesmos direitos e qualificações, proibindo quaisquer designações discriminatórias entre os filhos.

A norma constitucional possui em sua aplicabilidade a imediata igualdade entre os filhos, sem que possa resistir qualquer prejuízo a estrutura familiar, por assistência mutua aos pais, o Estado auxilia na conduta sócio educativa e ampara na carência ou nas enfermidades<sup>30</sup>.

O Estado se responsabiliza em englobar ao dever não cumprido, o dever de indenizar por danos morais na hipótese de abandono

---

<sup>29</sup> TJSP – RT656/79 *apud* MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 29ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

<sup>30</sup> ARAUJO JUNIOR, Gediel Claudino. **Prática no Direito de Família**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

afetivo, salientado pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “O abandono afetivo, decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável”<sup>31</sup>.

O que permite ao Estado o poder de buscar a destituição, a suspensão ou extinção do poder familiar, ajuizando ação de forma incondicionada, através de seus representantes do Ministério Público ou qualquer outra pessoa que tenha legítimo interesse,

*in verbis*:

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL E ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ADOÇÃO. ABANDONO DO MENOR PELOS PAIS BIOLÓGICOS. ABRIGAMENTO. GUARDIÕES PREVIAMENTE HABILITADOS À ADOÇÃO. ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO ENTRE O MENOR E OS GUARDIÕES. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR. PRECEDENTES. SENTENÇA CONFIRMADA.**

Situação de fato em que o menor foi abrigado em decorrência do abandono pelos pais biológicos por iniciativa da própria mãe, que não apresentava condições de cumprir com os deveres derivados do poder familiar, não havendo prova nos autos de alteração positiva dessa situação. Estabelecimento de vínculos afetivos com os guardiões, que apresentam plenas condições de manter os cuidados com a criança, assumindo o poder familiar sobre ela, ao contrário da apelante, tratando-se de casal previamente habilitado à adoção.

**APELO DESPROVIDO.**

**APELAÇÃO CÍVEL**

**SÉTIMA CÂMARA CÍVEL**

**Nº 70061241956 (Nº CNJ: 0316758-83.2014.8.21.7000)**

**COMARCA DE CAMPO BOM**

**A.P.V.O...APELANTE**

**M.P... APELADO**

**F.O... INTERESSADO**

**DECISÃO MONOCRÁTICA**

Vistos.

---

<sup>31</sup> STF – Terceira Turma – Resp.1.159.242/SP - Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24-4-2012 *apud* MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 29ª Edição, São Paulo: Editora Atlas S.A – 2013.

Trata-se de apelação interposta por AMANDA PRISCILA V. O. em face da sentença (fls. 242-7) proferida nos autos de ação de destituição do poder familiar movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, a qual julgou procedente o pedido, extinguindo o poder familiar da apelante e de FÁBIO DE O., ora interessado, sobre seu filho EDUARDO HENRIQUE DE O., e constituir a adoção do menor por casal devidamente habilitado administrativamente. Afirma que a destituição do poder familiar se trata de medida extrema que só deve ser adotada quando for comprovado risco para o menor e inviável a retomada dos vínculos parentais. Assevera que não foram esgotadas todas as possíveis tentativas de reaproximação do infante com a genitora, sendo deferida precipitadamente a adoção em favor de um casal com quem o menino convive a apenas dois meses. Nesses termos, pugna pela reforma da sentença (fls. 264-75). O caso concreto propicia o julgamento da pretensão liminarmente, nos termos do art. 557 do CPC, tendo em vista a orientação jurisprudencial sobre a matéria. Sobre a destituição do poder familiar, dispõem o art. 1.638 do CCB e os arts. 19, 22 e 24 do ECA. Inobstante a preferência que a própria legislação confere às situações de manutenção ou reintegração das crianças ou adolescentes à própria família, não há olvidar que o princípio maior que norteia as normas atinentes ao direito posto em liça é o interesse dos menores. É, e sempre deverá ser, sob essa ótica, e não sob a ótica do interesse dos pais ou de terceiros, que as situações de fato deverão ser analisadas judicialmente. A genitora, embora não diagnosticada, porquanto não compareceu às perícias, apresenta visível comportamento alterado, necessitando de acompanhamento médico e de medicação. Tal fato restou confirmado pelas declarações das psicólogas que acompanham o caso, bem como pelas testemunhas ouvidas na instrução do feito. Contudo, é reticente em se vincular aos tratamentos, o que ocasiona sua instabilidade emocional, refletindo diretamente na sua relação com o protegido. Conforme consta nos laudos sociais, a requerida por vezes demonstrou total interesse em cuidar do filho, dando início ao acompanhamento psicológico, bem como vinculando-se ao trabalho, todavia, em poucos dias, deixava de frequentar os atendimentos e abandonava o emprego. Portanto, cumpre referir, é muito provável, não fosse pela boa e eficiente ação do Ministério Público e dos órgãos assistenciais que atuaram no caso concreto em assumir os cuidados de que o menor necessitava, estaria ele até os dias de hoje exposto à situação de risco decorrente do abandono emocional e material perpetrado pelos genitores, considerando que a prova dos autos evidencia que nenhum deles, mas especialmente a apelante, ainda não apresenta condições de arcar com os deveres decorrentes do poder familiar. Nessa esteira, a pretensão da apelante se mostra dissociada dos princípios do ECA e dos interesses de seu filho, considerando que afastá-lo, na atualidade, do convívio com seus atuais guardiões, pretendentes à adoção, com os quais já estabeleceu vínculos afetivos, equivaleria a causar-lhe nova perda, situação psicológica e emocional que, a meu juízo, ser-lhe-ia muito mais prejudicial do que o desligamento legal definitivo dos pais biológicos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Intimem-se.

Porto Alegre, 29 de janeiro de 2015.

**DES.<sup>a</sup> SANDRA BRISOLARA MEDEIROS, Relatora.**

A natureza jurídica é de um poder-dever exercido pelos pais em relação aos filhos, visando sua educação e desenvolvimento, ou seja, o poder familiar é *munus* público, no qual, representa um encargo atribuído aos pais, com a função específica que dure a menoridade de seus filhos.

Aos pais a função semi-pública se inicia com o nascimento do filho e se perpetua em direitos e deveres, de caráter moral e legal, enquanto pré-existir sua incapacidade, no qual, exerça sua função por excelência, para que os filhos aprendam a exercer a mesma função em relação à terceiros<sup>32</sup>.

O poder familiar apresenta as seguintes características:

- 1- *Poder-Dever*, pertence aos pais, que não se exaure com a separação, permanecendo entre o poder e o direito subjetivo;
- 2- *Irrenunciabilidade*, ato que não permite que os pais abram mão dele, por natureza;
- 3- *Indivisibilidade*, fator que ocorre quando a separação do casal, no qual, se faz necessário dividir as incumbências, de criar os filhos;
- 4- *Indisponibilidade e Inalienabilidade*, ato que não pode de forma alguma ser transferido pelos pais à terceiros, ou seja, nem a título gratuito e nem a título oneroso;
- 5- *Imprescritibilidade*, os pais não perderam o poder familiar, pelo não exercício, somente por hipóteses do artº 1.638 C.C.

---

<sup>32</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil**, p.497; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, p.396-397 *apud* MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

*in verbis:*

**Art. 1.638 C.C.** Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - Castigar imoderadamente o filho;

II - Deixar o filho em abandono;

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.

Incompatível com a tutela, havendo a impossibilidade de nomear um tutor para o menor, cujos pais foram suspensos ou destituídos;

6- *Temporariedade*, submete-se a lapso temporal;

7- *Inestimável*, é a relação de autoridade entre pais e os filhos menores, ou seja, uma relação de subordinação, na qual os filhos se submetem às ordens e comando dos pais.<sup>33</sup>

8- A tutela protetiva encontra-se em todos os filhos menores, sem exceção ou qualquer menção discriminatória, durante a vigência do casamento ou da união estável, para ambos os pais, ou na falta de um deles, por impedimentos legais, podendo outro exercê-lo exclusivamente.

---

<sup>33</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, p.347-348; FUJITA, Jorge. **Curso de Direito Civil**, p. 296-297; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, p. 398; ELIAS, Roberto João, **Pátrio Poder**, p.30-32 *apud* MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

## 6 PRINCÍPIOS QUE REGEM AS RELAÇÕES CONTRATUAIS

O contrato é uma fonte de obrigações, tendo por finalidade específica a criação de obrigações, enquanto que a convenção, que é mais ampla, pode ter como objeto qualquer interesse jurídico, ainda que não se trate de algo economicamente apreciável. Os contratos ostentam três funções primordiais:

*Econômica* – porque satisfazem as necessidades materiais e propiciam a circulação de riquezas às partes contratantes;

*Pedagógicas* – é um meio de inserção social, civilizando as pessoas para o convívio coletivo, já que fornece o sentido do respeito mútuo pela observância da palavra escrita ou verbalizada;

*Social* – diante da geração de empregos e da sua importância, como elemento impulsionador do desenvolvimento econômico do país.

O *princípio da Autonomia da Vontade*, que se baseia no preceito constitucional garantidor da liberdade do indivíduo, inserido no artº 5, II da Constituição Federal, tem-se elencados alguns contratos obrigatórios – compulsórios, previstos no ordenamento jurídico, que excepcionam tal princípio<sup>34</sup>.

Salvo estas hipóteses de compulsoriedade dos contratos, em que se mitiga a liberdade de contratar, a doutrina também demonstra que os contratos começam sempre pela proposta, que no campo do direito civil é chamada de policitação, pré-determinando que o contrato cria lei entre as partes.

Todo contrato, em tese, começa com uma divergência, ainda que ela seja para chegar a uma convergência, e seu nascimento é caracterizado pelas negociações ou tratativas preliminares que é a fase

---

<sup>34</sup> LENZA, Pedro; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado – V.3.** 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

de pontuação, até que as partes cheguem a uma proposta definitiva, seguida de imprescindível aceitação<sup>35</sup>.

As estruturas sociais sofreram muitas mudanças, com o decorrer do surgimento de uma nova configuração social, que se remete a uma parceria contratual predestinada a gerar e criar filhos, uma vez que, a evolução das relações humanas se baseia em consequentes inovações, por uma realidade incontestável.

A dificuldade das leis em acompanhar a velocidade inicial, desta modalidade contratual, denominada como: Parceria de Família ou Família Coparental, desafiando os padrões e criando novos cenários para o direito, uma vez que, inexistente a atrelação à conjugalidade, existindo apenas uma clara dissociação de sexo e da reprodução.

A coparentalidade, explica o presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Rodrigo Cunha.

*In verbis:*

Conhecida como parceria de paternidade, a coparentalidade consiste, de forma básica, em dois adultos que, sem possuir vínculo romântico, decidem gerar e criar um filho juntos, tendo coparticipação na parentalidade<sup>36</sup>.

A principal iniciativa, neste sentido veio da criação de uma comunidade no Facebook – grupo virtual de redes social, intitulada por: Coparentalidade Responsável e Planejada, na qual, os integrantes se apresentam e interagem buscando afinidades, mas, em vez de laços afetivos, a procura é pelo pai ou pela mãe ideal.

As partes chegando a uma proposta definitiva, em seguida, manifesta imprescindível aceitação, optam, por assinar um contrato de parceria de paternidade, a fim de determinar, de forma detalhada como seria a concepção e criação do futuro filho.

---

<sup>35</sup> LENZA, Pedro; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado – V.3.** 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

<sup>36</sup> SARMENTO, Eduardo. Parcerias de Família. In: **Tribuna do Advogado.** Rio de Janeiro: Dez 2016/Jan 2017, p. 23.

O fato é que nesta fase de pontuação contratual, se determina um momento prévio, que as partes discutem, ponderam, estudam, se for o caso, elaboram uma minuta do contrato, enfim, contemporiza os interesses antagônicos para que, possam chegar a uma proposta final e definitiva, que por muitas das vezes, ainda não vinculam as partes a uma relação jurídica obrigacional.<sup>37</sup>

Salvo esta hipótese, ao optar pela celebração, o indivíduo gera seu direito potestativo, que assiste a qualquer parte contratual dentro dos limites da boa-fé, do paradigma da eticidade e não violação da confiança alheia. Formando uma legítima expectativa contratual, ou seja, gerando uma compensação devida ante a frustração dessa expectativa, com base na boa-fé objetiva.

O presidente da Comissão de Direito de Família da OAB/RJ, Bernardo Garcia.

*In verbis:*

A elaboração do documento pode ser útil, mesmo não tendo validade total no caso de judicialização, ao qual, seria interessante mostrar ao juiz a linha seguida no momento do acordo<sup>38</sup>.

A hipótese é que as decisões, dos tribunais, são tomadas sempre revitalizando o sentido de defender os interesses da criança, no qual, acontece normalmente, uma vez que, os fenômenos econômico-sociais, oriundos das mais diversas necessidades humanas, tornaria o direito contratual uma mera principiologia calçada nos ideais do liberalismo.

Os contratos possuem a premência de fazer a lei entre as partes, porém esta lei não consagrará o direito de coisificação do filho, e a sua utilização, como uma coisa, um adorno de uma mera simbologia familiar, uma vez que, não se trata de um objeto lícito, que possa

---

<sup>37</sup> LENZA, Pedro; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado – V.3.** 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

<sup>38</sup> SARMENTO, Eduardo. Parcerias de Família. In: **Tribuna do Advogado**. Rio de Janeiro: Dez 2016/Jan 2017, p. 23.

estabelecer relação contratual, uma irresponsabilidade atroz, para o qual, ninguém recebeu mandato.<sup>39</sup>

A intenção é justamente demonstrar a tendência, e a necessidade de subordinação de liberdade contratual, aos princípios constitucionais vinculados ao contrato, de forma a introduzir aos negócios jurídicos a conceituação da solidariedade e a boa-fé objetiva.

Os valores constitucionais permeados na codificação civil, por cláusulas gerais, com o intuito de retirar do Estado à tutela, que lhe compete, providenciar o melhor interesse da criança, por consignar, contudo, que a submissão da relação negocial ao *princípio da boa-fé objetiva*, aos demais preceitos constitucionais, não tem o condão de sacrificar a liberdade contratual e o *princípio da autonomia privada*.

O presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Rodrigo da Cunha conclui.

*In verbis:*

Como um tema novo, não há registros de casos que tenha desaguado na justiça, no entanto, as divergências que vierem a ocorrer não devem ser, na prática, tão diferentes das atuais, podendo, na prática atribuir as mesmas decisões dos tribunais.

As decisões aplicadas nestes casos, apresentam as devidas ponderações, no que tange, a força dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família, uma vez que, o *princípio da afetividade* permeia tais relações, visando também a estabelecer o *princípio da dignidade da pessoa humana*, os quais constitui a melhor pacificação nos conflitos gerados nas relações socioafetivas e na comunhão de vida<sup>40</sup>.

A responsabilidade civil no direito de família, entendia que algumas questões privativas da família, e seus conflitos internos

---

<sup>39</sup> FIUZA, Cesar. **Direito Civil - Curso Completo**. 15ª Edição, São Paulo: Editora Del Rey, 2014.

<sup>40</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual**, p.67; LÔBO, Paulo. **Famílias**, p.47 *apud* MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

deveriam ser resolvidos no âmbito familiar. Afirmando que ninguém poderá obrigar o outro, a demonstrar afeto, por outra pessoa, o afeto deve ocorrer por livre e espontânea vontade, de forma natural e amigável.

Fato que restringe a incidência de dano moral no direito de família, fazendo clara distinção na avaliação de procedência da reparação civil pelo dano moral, ou seja, algumas atitudes conjugais apenas expressam a perda do vínculo afetivo, tornando o deferimento da indenização, apenas nas hipóteses de evidente agravo por parte de um dos cônjuges<sup>41</sup>.

Aspectos que permite o usucapião familiar, em tempos de afetividade, porque possui fundamental importância para as famílias, que se unem por vínculos afetivos valorizados, permitindo que pessoas do mesmo sexo e filhos socioafetivos de pais e mães diferentes, possam ser incluídos na sociedade por meio do registro civil, no qual conste dois pais na certidão de nascimento, ou até mesmo duas mães.

---

<sup>41</sup> COSTA, Maria Aracy Menezes. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. ADV-Advocacia Dinâmica, Seleções jurídicas, nº2, P.157, fev. 2005 *apud* MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo Editora Atlas, 2015.

## 7 INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

O inadimplemento contratual, nesta nova modalidade familiar, ocorrerá no âmbito, da responsabilidade civil pelo uso do abusivo do poder familiar, uma vez que, o poder familiar será estipulado pelas partes envolvidas, pois a parentalidade responsável se torna uma diretriz importante, que expressa previsão no reconhecimento contemporâneo da base familiar, que perfaz o afeto levando à consequência lógica do exercício dos poderes e deveres inerentes à parentalidade.

Exercida de modo indevido, ressalta reconhecer que o poder-dever pode ser objeto de abuso tanto quanto, qualquer outra situação jurídica ativa. O abuso do poder familiar pode ser caracterizado, por esfera maior do abuso do direito, no que tange, portanto abusiva a rigor, qualquer destas situações, que advenha deste contrato.

Descaracterizada as pretensões do poder da personalidade jurídica, e até mesmo dos direitos fundamentais, e do poder econômico, bem como o direito de ação e defesa-litigância de má-fé, transparecendo apenas uma categoria geral do sistema e da ciência jurídica, decorrentes dos abusos do poder familiar<sup>42</sup>.

Uma definição satisfatória do abuso de direito, que advém, do direito potestativo, que exprime o emprego anormal da posição jurídica, em questão, desafiadora para a finalidade, levando em conta os pressupostos parciais dos institutos jurídicos que se desviam implicando em ilícito, o sentido mais original do termo.

*In verbis:*

### **PAI É CONDENADO A INDENIZAR FILHO POR ABANDONO AFETIVO**

Publicado em 21/06/2016 18:25.

Negligenciar deveres básicos inerentes à maternidade e à paternidade, “como a falta de atenção e cuidado, que implica na ausência de proteção, tem presumidamente o condão de ensejar danos em detrimento da esfera jurídico-moral do cidadão, o que se traduz pela configuração do dano moral

---

<sup>42</sup> MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

subjetivo. Trata-se de dano que atinge a psique humana, provocando desconforto psicológico, sentimentos de ansiedade, frustração, profunda tristeza, baixa auto-estima, dentre outros". Foi nesse sentido que a 2ª Turma Cível do TJDFT manteve a sentença da juíza da 3ª Vara Cível de Brasília, que condenou um pai ao pagamento de danos morais para o filho por abandono afetivo.

A ação tramitou na 3ª Vara Cível de Brasília. Nela, o autor relatou ter sofrido com a ausência do pai, que nunca fez questão de exercer o direito de visita estipulado no juízo de família. Marcava de ir encontrá-lo e não aparecia, telefonava bêbado e na companhia de mulheres estranhas. Transferiu bens de sua propriedade para não lhe deixar herança e sempre tratou os seus dois outros filhos do atual casamento de forma diferenciada. Revelou que, por causa desse abandono, foi acometido de doença pulmonar de fundo emocional e de problemas comportamentais. Pediu na Justiça a condenação do pai no dever de indenizá-lo em R\$ 200 mil pelos danos morais sofridos por ter crescido sem o apoio e o auxílio paterno esperados. Citado, o pai negou o abandono lamentado pelo filho. Afirmou que sempre esteve presente e o ajudou; que as visitas não eram realizadas regularmente porque a mãe dele impunha dificuldades, mas mesmo assim encontrava o filho em locais públicos; e que a instabilidade da ex gerou situação desagradável para ele e sua atual esposa. A juíza de 1ª Instância julgou procedente em parte o pedido indenizatório e arbitrou os danos morais em R\$ 50 mil. De acordo com a magistrada, nas relações familiares, o dano moral afetivo ganha contornos diferenciados, não se descuidando que sua existência deve ser exceção e somente se configura quando claramente são comprovados os elementos clássicos do dever de indenizar: a) dano; b) culpa e c) nexos de causalidade. Todavia, segundo ela, "não há danos morais diretamente decorrentes da falta de afeto, como parece pretender a expressão "danos morais por abandono afetivo". A simples falta de afeto, ou mesmo a falta de amor, não são puníveis pelo ordenamento jurídico, considerando que não há qualquer obrigação jurídica de dar afeto. Na realidade, para que se fale em danos morais, é necessário perquirir sobre a existência de responsabilidade, no caso, subjetiva, que gere o dever de indenizar". E, concluiu: "a falta de atenção e cuidado, que implica ausência de proteção, tem presumidamente o condão de ensejar danos em detrimento da esfera jurídico-moral do cidadão, o que se traduz pela configuração do dano moral subjetivo. Trata-se de dano que atinge a psique humana, provocando desconforto psicológico, sentimentos de ansiedade, frustração, profunda tristeza, baixa auto estima, dentre outros. Tem-se, pois, à toda evidência, que estão presentes os elementos ensejadores do dever de indenizar por danos morais decorrentes da violação dos deveres paternos". A sentença condenatória foi mantida, à unanimidade, pela 2ª Turma Cível, não cabendo mais recurso no âmbito do TJDFT. **Processo:** 2013.01.1.136720-0.

A responsabilidade dos pais consiste em dar oportunidade ao desenvolvimento do filho, ou seja, auxilia-los na construção da própria liberdade, uma inversão total, da ideia antiga patriarcal do pátrio poder, através das decisões, julgadas pelo Tribunal de Justiça, somente a suspensão do poder familiar não coíbe a inadimplência dos responsáveis<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2015

A jurisprudência tem associado a responsabilidade parental, nas situações que implicam suspensão ou perda do poder familiar, por conta da sanção mais adequada em cada hipótese, porém estas questões causalísticas, causam ao menor danos irreparáveis.

A legislação civil busca elencar as situações, em que o titular do poder familiar pode ser afastado, na falta ou falha da responsabilidade civil, por decorrência de abandono e atos contrários à moral ou aos bons costumes.

A responsabilidade objetiva não é o mesmo que reponsabilidade por risco integral, aplicando a premissa à reponsabilidade por abuso de direito, que irá dispensar a prova de culpa, porque esse elemento subjetivo está *in re ipsa* (o que surge de um fato da coisa, é presumido e inexoravelmente independe de comprovação). Devendo somente a culpa ficar evidente ou presumida, de modo que não há ônus de se provar mais nada<sup>44</sup>.

A natureza jurídica da proteção da pessoa dos filhos e guardar o menor em direito e deveres por parte daquele que detenha, ou seja, de um poder-dever de natureza jurídica ambivalente. Como concebe San Tiago Dantas.

*In verbis*: “O interesse do legislador é, antes de mais nada, atribuir aos pais uma função pública, é conferir-lhes um dever de educar e bem formar sua prole, com grande liberdade”<sup>45</sup>.

A formalidade contratual, pode gerar ato ilícito com danos, característicos de abandono afetivo, que por sua vez, confronta a Constituição Federal no *caput* do artº 226, que afirma: a família e base da sociedade, no gozo de especial proteção do Estado, combinado com seu §7º que descreve o *princípio de paternidade responsável*.

---

<sup>44</sup> MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

<sup>45</sup> SANTIAGO, Dantas. **Direito de Família e das Sucessões**, p.398 *apud* MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo Editora Atlas, 2015.

O artº227, também afirma as obrigações dos pais em relação à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligencia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Portanto o nexos causal, se torna fácil constatação em relação do abandono e os seus efeitos materiais a afetivos.

A relevância ao nexos causal da relação afetiva, e o surgimento da Síndrome da Alienação Parental, denominação criada por Richard Gardner (não inclusa no rol do DSM – Manual Diagnostico e Estatísticas dos Transtornos Mentais), não adotada na lei brasileira, por não constar na Classificação Internacional da Doenças (CID).

Síndrome que está associada na Alienação Parental, por conduta geradas a partir da separação de um casal, e a consequente disputa judicial pela guarda dos filhos e alimentos, e na nova constituição familiar contraída por este casal, que uma vez, separados afloram sentimentos adversos do original da personalidade do indivíduo, na constância daquele relacionamento dissolvido<sup>46</sup>.

A negligencia parental, observada na visão de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, diz que o entrelace do Direito de Família, cabe a teoria da perda de uma chance.

*In verbis:*

Como efeito, no campo das relações afetivas e patrimoniais de família é possível a pratica de determinadas condutas, comissivas ou omissivas, que implique em subtrair de alguém oportunidades futuras e concretas de obter situações favoráveis.<sup>47</sup>

Fato que enseja ao Estado a aplicabilidade jurídica maior, ao direito do menor envolvido, nesta relação contratual, uma vez que, se

---

<sup>46</sup> FILIGRANA, Tatiana C. dos Reis. **Responsabilidade Civil em casos de Alienação Parental**. Curitiba: Protexoto, 2014 *apud* MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo Editora Atlas, 2015.

<sup>47</sup> CHAVES de Farias, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 *apud* MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo Editora Atlas, 2015.

constate a inadimplência das partes, que serão devidamente punidos, no que tange a formação e no desenvolvimento do infante, assegurando-lhe a melhor reparação do dano causado. <sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

## 8 MULTIPARENTALIDADE

A formação dos novos vínculos familiares no direito contemporâneo, inclui pessoas do mesmo sexo, e goza de proteção especial e preconiza a valorização do afeto a sua composição, e conseguiu conciliar as vantagens da solidariedade individual da sociedade em sua formação.

A homossexualidade, em conjunto com qualquer outro gênero de transgenia, modificará o seu comportamento social, relacionado com destaque à personalidade do indivíduo na sociedade, que exige um caminhar muito particular, no desenvolvimento da personalidade, por uma construção social que se estabelece em virtude de um processo interativo de classificação social e auto identificação, com mais igualdade nas relações de sexo, menos sujeitas a regras e a imposições<sup>49</sup>.

Não obstante, a lei de registros públicos não prever a mudança de nome, em razão da vontade do indivíduo de se apresentar socialmente, como se de outro sexo fosse, distinto do que consta no seu registro de nascimento, o Tribunal do Rio Grande Sul, em recurso de apelação, no ano de 2014, autorizou a mudança de nome e de sexo, ainda que o titular do direito não tenha se submetido à cirurgia de transgenitalização.

O fundamento para a referida decisão é que o sexo civil ou jurídico deve coincidir com o sexo social, como se verifica a seguir,

*In verbis:*

**APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSGENÊRO. MUDANÇA DE NOME E DE SEXO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO.** *Constatada e provada a condição de transgênero da autora, é dispensável a cirurgia de transgenitalização para efeitos de alteração de seu nome e designativo de gênero no seu registro civil de nascimento. A condição de transgênero, por si só, já*

---

<sup>49</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva - 2016.

*evidencia que a pessoa não se enquadra no gênero de nascimento, sendo de rigor, que a sua real condição seja descrita em seu registro civil, tal como ela se apresenta socialmente DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70057414971, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 05/06/2014)*

Do primeiro julgado acima referido, transcrevo, por oportuno, parte do voto lançado pelo eminente Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, acompanhando o ilustre Relator, Des. Rui Portanova, ao mencionar que: “a Procuradoria-Geral da República, ainda no ano de 2009, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade objetivando a interpretação conforme a Constituição do art. 58 da Lei n.º 6.015/73, na redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 9.708/98, para que se reconheça o direito dos transexuais, que assim o desejarem, à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização (feito ainda pendente de julgamento), sustentando o pedido na existência do direito fundamental à identidade de gênero, inferido dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, IV), da liberdade (art. 5º, caput), e da privacidade (art. 5º, X).”

Diante do exposto, voto pelo provimento ao apelo, para que seja procedida à retificação do registro civil do apelante, fazendo constar, além do prenome Thays, o sexo/gênero feminino.

Em que pese já tenha acompanhado entendimento desta Câmara, no sentido da inviabilidade da mudança de sexo sem que tenha sido feita prévia cirurgia, inclusive, como relator, já votei com esta orientação, estou em acompanhar o percuciente voto da eminente Relatora.

Não bastassem as judiciosas razões apresentadas pela culta Relatora, o tema tem merecido atenção por parte não só dos tribunais como da ciência médica. Sempre preocupados com a saúde física e mental dos postulantes à alteração de sexo. Louis Goren, da Universidade de Amsterdam, em revista científica de grande circulação entre os médicos, The New England Journal of Medicine, identifica a identidade de gênero como a característica segundo a qual cada pessoa se identifica como homem ou mulher. E acrescenta que a incongruência entre identidade de gênero e fenótipo físico recebe o nome de distúrbio de identidade de gênero; e, o que reclama atenção, a meu juízo, pondera que viver *esse estado é fonte de sofrimento crônico*. Na espécie, tratando-se de transexualismo, além dos arestos mencionados pela preclara Revisora, tribunais de outros estados têm entendido não constituir, a cirurgia de transgenitalização, requisito para a retificação do registro civil, pois que a identificação pelo gênero não é morfológica, mas, sim, psicológica. “O critério que leva em consideração o sexo morfológico do indivíduo, apesar de satisfazer, deu um modo geral, à determinação do sexo, mostra-se, muitas vezes, insuficiente e equívoco. Em virtude deste fato, todos os elementos caracterizadores da sexualidade humana devem ser considerados na determinação do sexo, e não somente o sexo biológico. A mera utilização do critério do sexo morfológico, com o desprezo dos demais critérios de verificação do sexo, das características secundárias e terciárias da sexualidade da pessoa, não possibilita à mesma descartar as eventuais ambigüidades sexuais. O sexo civil ou jurídico deve espelhar e coincidir com o sexo vivido socialmente pela pessoa, e por isso não admite ambigüidades”.

**DES. JORGE LUÍS DALL'AGNOL (PRESIDENTE E REVISOR)**

Evolução de costumes que levou ao entendimento que a convivência *more uxório* (de costume do matrimônio), independe da orientação sexual das partes para se configurar e demonstra-se a

*affectio maritalis* (a vontade dos cônjuges), fundamental no sentido de estabelecer a comunhão de vida em toda plenitude.

A analogia que atingiu a configuração familiar na atualidade, com novos valores afirmados na valorização da dignidade da pessoa humana, a igualdade entre os gêneros, a liberdade individual, a afetividade, ensejando as relações familiares.

Em face de uma lacuna legislativa, a analogia e equidade na formação destas famílias, ainda estabelecem alguns parâmetros na sociedade civil, à união formada para criar e gerar filhos. Formando o estado intersexuais, ou seja, famílias constituídas por indivíduos transexuais e pelos intersexuais.

O indivíduo transexual é entendido, como aquele que apresenta um desvio psicológico, que o faz acreditar pertencer ao sexo oposto ao seu sexo originário – biológico. O indivíduo intersexual é definido na doutrina, por sua diferenciação sexual anômala, ou seja, e a existência da preponderância de um sexo, de outro ou, em casos extremos, a coexistência de ambos (sujeito híbrido – gênese de um comportamento diferenciado do transexual e do homossexual).

A formação das famílias homoafetivas e as dos estados intersexuais em outros sistemas, ocorre do próprio casamento civil, ou por parcerias civil registradas entre pessoas do mesmo sexo, que permite o direito de consagrar a natureza jurídica do pacto civil de solidariedade, que na realidade, trata-se de um contrato civil de uma espécie nova, uma vez que, o contrato é próprio das pessoas físicas, firmado para organizar a vida em comum dos casais, independentemente da sua opção sexual, apresentada por um íntimo acento social<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> HUBRECHT, Georges; VERMELLE, Georges. **Droit Civil**, p. 38 *apud* MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva - 2016.

Configurando para as famílias do direito contemporâneo o direito de associação de parentesco, por meio socioafetivos, uma vez que, quando se faz inexistente a afetividade nas relações de parentesco, não pode haver parentesco biológico.

Hipótese de parentalidade que pode ser gerada, por diversas composições de família, que não possuem previsões no nosso ordenamento jurídico, porém a proteção do Estado ao direito familiar imputa que as consequências de atos praticados pelos genitores, não pode se refletir aos filhos.

No que tange, este momento é o melhor meio de busca de uma razoabilidade que defenda os interesses da criança, estabelecendo para a sociedade que está análise não foi feita, para cumprir o Direito, e sim que o Direito foi feito para regulamentar a sociedade com o interesse majoritário de proteger seus cidadãos<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> SARMENTO, Eduardo. Parcerias de Família. In: **Tribuna do Advogado**. Rio de Janeiro, Dez 2016/Jan 2017, p. 23.

## 9 CONCLUSÃO

Por força do princípio da Dignidade da Pessoa humana, onde está ínsito o direito de autodeterminação, cada vez mais, as pessoas buscam forma de serem felizes, ainda que na contra-mão dos costumes.

Com a liberdade feminina, a inserção da mulher no mercado de trabalho, o que lhe propicia independência financeira, verifica-se uma autonomia da vontade efetiva, que por vezes, leva a mulher a escolher ser mãe, independentemente de ter encontrado o par ideal para a constituição de uma família nos moldes tradicionais.

Esta autonomia e liberdade de escolha, autoriza a mulher a ter um filho com um homem, cuja relação se limita a pontos de afinidade, não havendo, necessariamente qualquer afeto entre o casal.

A relação é inteiramente destituída de atos carnis, apenas para gerar um filho, por intermédio de uma combinação amigável de uma única vontade. Com isso, verifica-se o fenômeno da coparentalidade, em que as pessoas respaldam-se em contratos, para decidir forma de visita, alimentos, companhia nas férias, feriados, sem com isso, haver qualquer outra relação, senão a contratual entre os contratantes, homem e mulher, futuros pai e mãe.

Como se trata de fato social, relativamente novo, o presente trabalho se justifica para se pesquisar a validade deste contrato e os efeitos dele, na vida dos contratantes e filho (a).

Hodiernamente, é possível desvincular a filiação afetiva da ascendência genética, em prol do princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, para que o contratante ao se obrigar mediante um contrato, à guarda, visita, alimentos e direitos sucessórios, entenda que o inadimplemento daquele dará ensejo à

responsabilidade por ilícito contratual, tendo em vista, que os interesses do menor devem ser protegidos.

Há que se ressaltar, que até o presente momento os Tribunais Superiores, ainda não enfrentaram nenhuma questão relacionada ao inadimplemento deste contrato, e como a nossa doutrina ainda não se debruçou sobre essa questão, não se pode neste momento afirmar como seria a sanção por inadimplemento contratual.

## 10 REFERÊNCIAS

ARAUJO JUNIOR, Gediel Claudino. **Prática no Direito de Família**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - Ministro Joaquim Barbosa, Portal CNJ - Atos Administrativos. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Data de Acesso: 09/08/2017.

DALL'AGNOL DES, Jorge Luís - Presidente - Apelação Cível nº 70061053880, Comarca de Panambi. Decisão: 23/09/2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204410928/apelacao-civel-ac-70061053880-rs/inteiro-teor-204410934?ref=juris-tabs#>> Data de Acesso: 09/08/2017.

FIUZA, Cesar. **Direito Civil - Curso Completo**. 15ª Edição. São Paulo: Editora Del Rey, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 3**. 13ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

HOLANDA, Buarque Sergio 1902-1982. **Raízes do Brasil - Homem Cordial Visão do Paraíso**, Sergio Buarque de Holanda; 26ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Multiparentalidade preserva interesse do menor**. 2014. Disponível em: <<https://ibdfamilia.jusbrasil.com.br/noticias/226009175/multiparentalidade-preserva-interesse-do-menor>> Data do Acesso: 09/08/2017.

LENZA, Pedro; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado – V.3**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

LISBOA, Sesine Roberto. **Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões**, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.

MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas. São Paulo.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 29ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

SAJ ADV – Software Jurídico. **Conceito de parentalidade Socioafetivas e Multiparentalidade**. Disponível em: <<https://sajadv.jusbrasil.com.br/artigos/437271882/conceito-de-parentalidade-socioafetiva-e-multiparentalidade>> Data de Acesso: 03/07/2017.

SARMENTO, Eduardo. Parcerias de Família. In: **Tribuna do Advogado**. Rio de Janeiro, Dez 2016/Jan 2017.

STRAUSS, Levi Claude. **As estruturas elementares do parentesco**, 4ª Edição. São Paulo: Impetus. Disponível em: <<https://classicos12011.files.wordpress.com/2011/03/lc3a9vi-strauss-claude-as-estruturas-elementares-do-parentesco.pdf>>. Data de Acesso: 10/07/2017.

TJDFT - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território. **PAI É CONDENADO A INDENIZAR FILHO POR ABANDONO AFETIVO**, 21/06/2016. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/impressao/noticias/2016/junho/pai-e-condenado-a-indenizar-filho-por-abandono-afetivo>> Data de Acesso: 03/07/2017.

TORRES, Cláudio; NEIVA, Rabelo Elaine. **Psicologia Social**. Porto Alegre: Editora Artmed, 2011.