



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

ELISNEYVA DO CARMO E SILVA

**O ABANDONO DAS FUNÇÕES PARENTAIS COMO PROCEDIMENTO INDIGNO
EM ALIMENTOS**

FORTALEZA

2018

ELISNEYVA DO CARMO E SILVA

O ABANDONO DAS FUNÇÕES PARENTAIS COMO PROCEDIMENTO INDIGNO EM
ALIMENTOS

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial para a
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dra. Márcia Correia Chagas.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

S579a Silva, Elisneyva do Carmo e.
O abandono das funções parentais como procedimento indigno em alimentos / Elisneyva do Carmo e Silva. – 2018.
72 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.
Orientação: Prof. Dr. Márcia Correia Chagas.

1. Abandono. 2. Procedimento Indigno. 3. Alimentos. I. Título.

CDD 340

ELISNEYVA DO CARMO E SILVA

O ABANDONO DAS FUNÇÕES PARENTAIS COMO PROCEDIMENTO INDIGNO EM
ALIMENTOS

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial para a
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___ / ___ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Márcia Correia Chagas (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestra Mariana Urano de Carvalho Caldas
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestra Vanessa de Lima Marques Santiago
Universidade Federal do Ceará (UFC)

“Há mais coragem em ser justo, parecendo ser injusto, do que ser injusto para salvaguardar as aparências da justiça” (Piero Calamandrei)

RESUMO

O abandono das funções parentais é uma prática social presente no histórico da sociedade brasileira, capaz de configurar procedimento indigno em alimentos, forma especial de exoneração da obrigação alimentar. O presente estudo objetiva analisar o abandono em perspectiva histórico-social, atrelado à evolução da família e seus institutos jurídicos, bem como o ordenamento jurídico pune essa prática, por meio de sanções previstas nos Direitos Penal e Civil. Analisa-se também o que o ordenamento entende por função parental, indignidade, conduta indigna e procedimento indigno em alimentos, cláusula geral no direito. A partir dessas análises, estuda-se as possibilidades para interpretação do procedimento indigno em alimentos. Aproxima-se o abandono das funções parentais à conduta indigna, como potencial procedimento indigno. Utiliza-se pesquisa descritiva, bibliográfica, com método hipotético-dedutivo, de abordagem qualitativa dos resultados. Conclui-se que o abandono das funções parentais, no caso específico da deserção imotivada da função parental, configura conduta indigna e procedimento indigno, caso haja pretensão alimentar, o que enseja a ilegitimidade para o pedido, minoração ou a exoneração da obrigação alimentar.

Palavras-chave: Abandono. Procedimento indigno. Alimentos.

ABSTRACT

The abandonment of parental functions is a social practice present in the history of Brazilian society, capable of setting up an unworthy procedure in alimony, a special form of exemption from alimony obligation. The present study aims to analyze abandonment in a historical-social perspective, linked to the evolution of the family and its legal institutes, as well as the legal system punishes this practice, through sanctions provided for in Criminal and Civil Rights. It is also analyzed what the ordering understands by parental function, indignity, unworthy conduct and unworthy procedure in alimony, general clause in the law. From these analyzes, the possibilities for interpretation of the unworthy procedure in alimony are studied. The abandonment of parental functions to unworthy conduct is approached as a potential unworthy procedure. Descriptive, bibliographic research using a hypothetical-deductive method is used, with a qualitative approach to the results. It is concluded that the abandonment of parental functions, in the specific case of the unmotivated desertion of the parental function, constitutes an unworthy conduct and an unworthy procedure, if there is a alimony claim, which leads to illegitimacy for the request, reduction or exoneration of the maintenance obligation.

Keywords: Abandonment. Unworthy Procedure. Alimony.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CNA	Cadastro Nacional de Adoção
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IBDFAm	Instituto Brasileiro de Direito de Família.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	DA FAMÍLIA INSTITUCIONALIZADA À INSTRUMENTALIZADA.....	11
2.1	A família institucionalizada.....	12
2.2	Das fissuras no modelo institucional à família instrumental.....	14
2.3	Constitucionalização e repersonalização.....	15
2.4	Princípios norteadores: dignidade da pessoa humana, afetividade, igualdade e solidariedade.....	16
2.5	Funções parentais na família instrumental.....	18
3	BREVE ANÁLISE SOBRE O ABANDONO	21
3.1	O abandono institucionalizado: dos filhos havidos fora do casamento.....	21
3.2	Breve apontamentos sobre o abandono de filho na sociedade brasileira atual.....	24
3.3	O abandono no Direito Civil Constitucional.....	26
3.4	Filhos como sujeitos de direitos e o Eca.....	28
3.5	Sanção ao abandono na seara criminal.....	29
3.6	Sanção ao abandono na seara cível e o abandono não tipificado: o abandono afetivo.....	32
4	ALIMENTOS.....	38
4.1	Conceito e natureza.....	38
4.2	Classificação.....	41
4.3	Pressupostos.....	43
4.4	Quem deve e quem recebe.....	46
4.5	Atualização, revisão, exoneração e extinção da obrigação alimentar....	50
5	O ABANDONO COMO PROCEDIMENTO INDIGNO EM ALIMENTOS.....	53
5.1	Indignidade: difícil conceituação.....	53

5.2	O procedimento indigno em alimentos	55
5.3	Indignidade no direito sucessório: possível analogia.....	55
5.4	O abandono das funções parentais como procedimento indigno em alimentos.....	57
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
	REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

O abandono das funções parentais é uma prática social histórica, a qual se entrelaça com a história das famílias ocidentais e, por lógica, das famílias brasileiras. É assunto extremamente complexo e delicado, que adentra sociedade, política, gênero, dentre outros, portanto, trata-se de algo muito além do que simples ato particular.

As condições sociais e históricas brasileiras e seus reflexos no ordenamento jurídico propiciaram a institucionalização do abandono de filhos, por proteger um único modelo familiar: o matrimonializado. O filho nascido de relações fora desse modelo era descartado pela sociedade, chamado de filho ilegítimo.

As revoluções sociais pressionaram modificações nas famílias e, por consequência, no Direito das Famílias, que teve como ponto fulcral a Constituição de 1988, a qual influenciou todo o ordenamento jurídico com a sua nova ordem principiológica, fundamentada na dignidade humana.

Mudanças de paradigmas na família brasileira ensejaram a promoção de novos valores em relação à proteção de crianças e adolescente, os quais passaram a figurar como sujeitos de direitos, além de ocuparem lugar central de proteção no seio das entidades familiares.

Nesse contexto, de proteção aos direitos das crianças e adolescentes, aos pais são impostos deveres, como a convivência e do sustento material e moral, protegendo, assim, os novos sujeitos de direitos do abandono e negligência, por meio do ordenamento jurídico, o qual impõe sanções aos descumprimento desses deveres, nas searas criminal e civil.

Os pais registrais que abandonam imotivadamente os filhos na mais tenra idade, valendo-se da condição de pais registrais e da solidariedade familiar, acionam o sistema judiciário em busca de amparo e crédito alimentar, no entanto, em matéria de alimentos no Direito das Famílias, o Código Civil (CC) de 2002 em seu Art. 1.708 permite a cessação da obrigação alimentar mediante procedimento indigno.

A possibilidade da configuração do abandono das funções parentais como procedimento indigno em alimentos é o objetivo geral desta monografia jurídica. Os objetivos específicos da pesquisa estão dispostos nos cinco capítulos, e são, respectivamente: demonstrar a evolução social das famílias e do Direito das Famílias, visto o abandono ocorrer à sua margem; breve abordagem do abandono na sociedade e no ordenamento jurídico, para sua melhor compreensão quanto fenômeno social e jurídico; definir o que são alimentos e obrigação alimentar no Direito das Famílias e, por fim, identificar a conduta

indigna e o procedimento indigno, para posterior verificação da possibilidade do abandono das funções parentais configurar o procedimento indigno em alimentos.

No segundo capítulo, discorre-se acerca da evolução dos institutos do direito e função da família, desde a família institucionalizada, mudanças de paradigmas até a família instrumentalizada.

No terceiro capítulo, analisa-se o fenômeno do abandono em breve perspectiva histórico-social e como ele é sancionado pelo ordenamento jurídico, por meio do Direito Penal, que tipifica os abandonos material e intelectual como crimes contra a assistência familiar, também por meio do Direito Civil Constitucional, com sanções que vão desde a prisão civil por dívida de alimentos até a perda do poder familiar, por abandono.

No quarto capítulo, estuda-se os alimentos, conceituando-os, classificando-os, explicitando os seus pressupostos, credores e devedores e suas formas de exoneração.

Por fim, no quinto capítulo, será feita uma análise do conceito de indignidade no ordenamento civil, em especial no Direito Sucessório, como forma de deserdação e exclusão sucessória de legatários, a fim de se verificar a abertura do sistema a uma possível analogia com a cláusula geral do procedimento indigno em alimentos, disposto no parágrafo único do Art. 1.708 do Código Civil de 2002, para posterior análise se o esvaziamento dos deveres protegidos e albergados pelo ordenamento, por meio do abandono das funções parentais, configura o procedimento indigno em alimentos.

A hipótese levantada é que o abandono de todas as funções parentais configura conduta indigna e, portanto, caso haja pretensão alimentar por parte dos pais registrais que abandonam as funções parentais, essa conduta pode ser utilizada para caracterizar procedimento indigno, para ilegitimidade, exoneração ou minoração da obrigação alimentar do descendente em face do ascendente.

A pesquisa foi realizada de maneira descritiva, por expor e interpretar os fenômenos do abandono e indignidade. O tema foi estudado por meio de pesquisa bibliográfica, com consulta em livros, artigos científicos, dissertações de mestrado e teses de doutorado, bem como pesquisa documental baseada em julgados, enunciados e jurisprudência dos tribunais brasileiros. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo de abordagem qualitativa.

2 DA FAMÍLIA INSTITUCIONALIZADA À INSTRUMENTALIZADA

A família, provavelmente, é o grupamento humano mais antigo em toda história da civilização (MACHADO NETO, 1987, p. 289). Seja em qualquer época, qualquer cultura e ela lá estará, claro que, diferenciando-se pelas peculiaridades dos costumes e tradições. É na família que o indivíduo nasce, se desenvolve, molda sua personalidade e se integra ao meio social (PEREIRA; SILVA, 2006, p. 672).

Primeiramente, pode-se pensar no vínculo meramente biológico, no entanto, a família engloba fenômenos mais amplos como os de esfera psicológica, filosófica e cultural (FARIAS; ROSENVAL, 2008, p. 03), ultrapassando essa qualidade meramente biológica, para o estado da cultura (LÈVI-STRAUSS, 1982, p. 41.) e desta para a esfera jurídica. O Estado, gradativamente, passa a prestar-lhe proteção e garantias.

Sendo a família fenômeno biológico, psicológico, filosófico, social é sujeita a mudanças, assim como mudam as sociedades. Paulo Lôbo (2010, p. 17) introduz seu estudo afirmando que “a família sofreu profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção.”

Passou de instituição pouco regulada, no Direito Romano, a posterior regulamentação mínima pelo Direito Canônico e também no Estado liberal, como formas de controle social, por isso tais sistemas regulamentarem apenas um modelo único de família: o matrimonializado, o patriarcal, o hierarquizado, o transpessoal, ou seja, seus membros exerciam papéis predeterminados dentro de uma estrutura rígida, sob a égide do matrimônio, única forma de compor uma entidade familiar, no intuito de manter e transmitir patrimônio. Essa era a família institucionalizada.

Da família institucionalizada, do período Romano ao Estado liberal, gradativamente, essa estrutura foi modificando-se, até chegar-se ao Estado Social. Ocorriam intensas transformações no seio da sociedade, que refletiram na instituição familiar, mudando-a completamente para um modelo plural, igualitário, democrático, como instrumento de desenvolvimento da pessoa humana, enfim: uma família instrumental.

2.1 A família institucionalizada

O modelo base de família no qual as sociedades ocidentais e, por lógica, a brasileira se espelharam foi o patriarcal, de origem Romana, desde a colônia, passando pelo império até boa parte do Século XX (LÔBO, 2010, p. 17). Sua origem etimológica: *famel*,

remonta a Roma e designa o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo dono (FARIAS; ROSENVALD, 2008. p. 8), que mais tarde veio a dar origem a um organismo social chefiado por um homem – O *paterfamilias*- com poderes sob sua esposa, filhos e escravos.

Segundo Abelardo Lobo (2006, p. 149) esses poderes eram absolutos: o poder *maritalis*, exercido sob a esposa e o *patria potestas*, origem do pátrio poder, que englobava o *jus vita ac necis* (o direito da vida e da morte); *Jus exponendi* (direito de abandono) e o *jus naxal dandi* (direito de dar prejuízo), exercido sob os filhos.

Nesse modelo, somente o *pater* poderia intitular-se pai de uma pessoa, aceitando-a ou negando-a, conseqüentemente, aquele filho não reconhecido era deixado à própria sorte, expressando o *jus exponendi*, ou direito de abandono. Poder-se-ia, até mesmo, reconhecer como seu filho alguém nascido fora da família, por adoção, o que demonstra que a filiação Romana poderia provir de vínculo não biológico.

Adiante, com o cristianismo, resgata-se a primazia da paternidade biológica, do princípio *pater is est*, fazendo legítimos todos os filhos nascidos na constância do matrimônio, matrimônio transformado em algo sacro, regulando a sexualidade feminina, pois só assim seria possível presumir a paternidade com segurança e a legitimidade dos filhos, que não mais dependia do ato de vontade do *pater*, mas da sacralidade do casamento (ROUDINESCO, 2003, p. 22). Aos filhos ilegítimos, nascidos fora da sacralidade do casamento, eram negados todos os direitos.

A família brasileira, como herdeira do legado Romano, introjetou alguns desses institutos, claro é que não espelhava em perfeição a família Romana, pois a história brasileira possui particularidade: durante a colônia estava sob julgo de Portugal e portanto seguindo as ordenações do reino (Afonsinas, Manuelinas e Fillipinas), que, por sua vez, seguiam o Direito Canônico, passando a ser reguladas pela Igreja Católica (LÔBO, 2010, p. 38).

Paulo Lôbo (2010, p. 18) discorre que aquele modelo de família possuía funções religiosa, política, econômica e procracional. Era um fim em si mesma, objeto central de proteção do *status quo*, em detrimento das pessoas, mantendo-se assim por longos séculos, da colônia ao império: uma regulamentação familiar pelo Direito Canônico e uma estruturação social patriarcal, tendo como perfil o matrimônio, única forma de compor um núcleo familiar reconhecido e capaz de transmitir legitimidade aos filhos (função procracional).

Os filhos, em uma sociedade predominantemente rural, garantiriam mão de obra e certa segurança econômica, por manter e transmitir patrimônios dentro da família. À mulher era garantido do berço ao túmulo dois papéis: mãe e esposa, por isso a preocupação

com o casamento, que também era visto como formas de alianças políticas entre famílias e de manutenção da posição social feminina, já que essa era a sua única fonte de renda e patrimônio, expressando as funções política e econômica da família daquele período.

O patriarcalismo herdado de Roma e mantido pela Igreja Católica garantia uma hierarquização estrutural, tendo na figura masculina o chefe da entidade familiar, portanto, soberano na vida privada e pública, traços até hoje presentes na sociedade brasileira. No entanto, a família do período colonial, notadamente mais próxima ao modelo Romano, por manter as velhas funções bem delimitadas, vai lentamente modificando-se até chegar à família imperial, devido mudanças sociais e econômicas substanciais, que alteraram profundamente o retrato da velha família colonial, com a superação do sistema escravista e imigração europeia (FACHIN, 2001, p. 49), passando, lentamente, de uma família escravocrata extensa a uma família nuclear.

Notadamente, não existiam apenas o modelo familiar extenso colonial escravocrata. Entre senhores e escravos havia uma infinidade de relações não reconhecidas social e legalmente, mas o modelo de família que desemboca no modelo prestigiado pelo Código Civil de 1916 retrata bem ainda aquele perfil da família e sociedade: patriarcal, matrimonial e hierarquizado.

Da passagem de um Estado Absolutista, regido por um Direito Canônico, a um Estado Liberal burguês, regido por um direito racionalista codificado, produtos da revolução francesa (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 4), não há uma mudança substancial no trato dado à família. Algumas funções da antiga família foram enfraquecendo, como, por exemplo, a função religiosa, que, com o surgimento do Estado Liberal e substituição do poder clerical pelo poder estatal, deixa de ter peso legal, muito embora ainda de grande importância social.

Igualdade e liberdade, ideais liberais, somente no trato econômico, pois ainda mantinha-se a velha estrutura familiar: a posição subalterna e servil de mulheres e a pouca ou nenhuma visibilidade dos filhos (hierarquização). Farias e Rosensvald (2008, p. 04) afirmam que a velha codificação protegia, prioritariamente, o instituto da família, portanto, protegia um modelo institucionalizado, em detrimento de seus membros, que ocupam apenas papéis predeterminados, sendo que a relevância jurídica se operava somente na medida em que se ocupava um desses papéis, desse fato decorrem regras discriminatórias da filiação e indissolubilidade do vínculo matrimonial.(RUZYK, 2005, p. 22).

Para Michelle Perrot (1993, p. 75) a história da família, na qual se encaixa a experiência brasileira, não é linear, comporta rupturas, o que fica claro da breve análise do

histórico em que a família brasileira se insere, desde da influência Romana e Católica, refletindo institutos jurídicos como o pátrio poder, poder marital, legitimidade, desigualdade entre os filhos e a indissolubilidade do matrimônio, além de um ambiente social notadamente patriarcal, fonte e espelho para a legislação de 1916; até as rupturas e concessões que o sistema vem conferir aos membros daquelas famílias, mudando-se lentamente as funções que a família assumia (religiosa, política, econômica e procracional), deixando o instituto família de ser o centro de proteção do Direito das Famílias, mudanças possíveis somente com as transformações sociais em marcha.

Da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, houve avanços na intervenção das relações privadas, em defesa dos vulneráveis. A família passa a ser mais regulamentada em proteção não à entidade, mas aos seus membros, tendo a solidariedade social e familiar como valores (LÔBO, 2010, p. 20) mais importantes do que o patrimonial. Passa-se de uma igualdade formal, do Estado liberal, sem muitos reflexos sociais, para uma igualdade material e com isso há uma quebra do *status quo* e a estruturação de um Direito das Famílias que vem abranger novos modelos e novas concepções de entidade familiar, à luz de um constitucionalismo humanitário, que vem priorizar a dignidade humana.

2.2. Das fissuras no modelo institucional à família instrumental

À medida que se altera a dinâmica social, devido a fatores diversos como a emancipação feminina, a liberação sexual, os avanços científicos, dentre outras transformações sociais ocorridas na segunda metade do século XX, também se altera o ambiente normativo, que se tornar bem diverso do da codificação de 1916. Como aludido por Michelle Perrot (2005, p. 75), a história comporta rupturas que não ocorrem de imediato, mas que uma vez ocorridas, servem de catalisador para novas mudanças, numa marcha contínua.

Como sinais de rupturas do velho sistema institucional, temos diversas leis que pouco a pouco vinham abrandando a ilegitimidade filial, primeiramente em 1942 com o Decreto-Lei nº 4.373/42, o qual garante o reconhecimento dos filhos adulterinos, após o desquite; lei nº 883/49 que estende esse direito a todos os filhos adulterinos, em todos os casos de dissolução do matrimônio.

Outra grande transformação pela qual passa o ordenamento jurídico é a ruptura que a lei do divórcio (lei nº 6.515/77) inaugurou, ante a indissolubilidade do matrimônio,

pois no velho modelo era inadmissível a dissolução do vínculo entre cônjuges, podendo apenas a dissolução do vínculo conjugal pelo desquite, pouco importando a vontade dos ex-cônjuges, no entanto, como dito, a lei não veio transformar imediatamente a situação posta, sendo mantida uma situação de transição ante o divórcio, que era a separação judicial, um período de longos dois anos da separação de fato, ou de um ano da separação judicial, para, só então, uma possível dissolução, agora do próprio vínculo entre cônjuges, só modificada pela emenda constitucional nº 66 de 2010, que para alguns doutrinários, como Maria Berenice Dias (2013, p. 305), extinguiu o instituto da separação.

A Constituição de 1988 não foi fonte primária de mudanças no Direito das Famílias, desde da codificação civil de 1916 houve intensas mudanças que influenciaram sociedade e, por consequência, o direito, refletindo mudanças já preconizadas, tanto na história da família brasileira, quanto da nova ordem principiológica que vinha se instalando, até alcançar seu ponto de virada com a Carta de 1988.

Rompe-se com o racionalismo e o patrimonialismo com que eram tratados os vínculos familiares, abrangendo agora diversos modelos, já presentes na sociedade, aliviando o estigma da ilegitimidade filial e da desigualdade entre os gêneros, seja nos vínculos conjugais ou nas demais entidades, agora contemplados com o novo marco legal.

Muda-se substancialmente a concepção de família, que agora, plural, não mais matrimonializada, busca identificar-se na solidariedade e afetividade (LÔBO, 2010, p. 18) como *locus* de desenvolvimento de seus membros, protegidas na medida que os protege, e não na proteção de papéis predeterminados, transpessoais, não como fim em si mesma, mas como instrumento de proteção da pessoa humana, enfim: uma família instrumentalizada, com proteção constitucional.

2.3 Constitucionalização e repersonalização

As constituições passadas reconheciam apenas o matrimônio como entidade familiar, garantindo proteção enquanto instituto, invisibilizando todas as outras formas coexistente na sociedade, fato que repercutia na filiação (ilegítima, se fora do casamento).

Tanto as de caráter liberal, quanto as de caráter social, possuíam pouco peso normativo, devido à neutralidade e positivismo jurídico que preponderavam até então; peso normativo que encontrava centro nas normas gerais de direito e nas codificações existentes.

A Constituição de 1988 veio inaugurar um novo marco, pois foi posta ao centro do sistema jurídico, levando consigo seus princípios, os quais ganharam alto grau de

relevância, abandonando a feição puramente ética ou valorativa, alcançando, por fim, indiscutível força normativa (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 30).

Do centro do sistema fez-se irradiar princípios, guias para interpretação, integração e aplicação da ciência jurídica (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 31), como os da dignidade da pessoa humana (CF, art.1º, III), igualdade (CF, art. 5º), solidariedade (CF, art.3º), os quais transpassam todo o ordenamento jurídico, sepultando, por vez, um direito racionalista individualista, centrado na propriedade e patrimônio, dando lugar a um direito centrado na pessoa humana, fenômeno conhecido como repersonalização do Direito Civil, que veio atingir também, por óbvio, o Direito das Famílias, reestruturando institutos clássicos como o casamento e a filiação.

A Constituição de 1988, agora como topo da hierarquia normativa, e seus princípios, como reunificadores do sistema, vêm substituir a proteção à estrutura rígida matrimonializada pela interpretação extensiva propícias a englobar novos modelos na proteção estatal como a união estável e a entidade monoparental, além de estender tal reconhecimento aos demais arranjos familiares, como a união homoafetiva, prestigiando, nesse sentido, o afeto (DIAS, 2013, p. 72), que passa a ser o elemento de identificação de uma unidade familiar. Nesse contexto, surge um importante princípio norteador do Direito das Famílias: o princípio da afetividade (LÔBO, 2010, p. 64).

2.4 Princípios norteadores: dignidade da pessoa humana, afetividade, igualdade e solidariedade

O princípio da afetividade, apoiado pelos princípios da dignidade humana, solidariedade, insere-se no Direito das Famílias e dá ensejo a novos princípios como os da convivência familiar e igualdade entre cônjuge, companheiros e filhos (LÔBO, 2011, p.70), nestes últimos tem o efeito de quebrar o dogma do vínculo exclusivamente biológico na filiação e dissolver o estigma social dos filhos ilegítimos.

O Direito das Famílias tem na afetividade um dos seus princípios fundamentais, como estruturador de sua nova função: espaço de realização da afetividade humana, propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 11), uma família eudemonista, que busca a felicidade de seus componentes (DIAS, 2013, p. 58).

Ao satisfazer a nova função da família, locus de desenvolvimento da pessoa, a afetividade dá ensejo à proteção máxima do ordenamento jurídico: A dignidade humana, o

epicentro axiológico da Constituição, que encontra em Kant (2013, p. 208) seu expoente moderno, ao afirmar que o homem é um fim em si mesmo, não sendo nem meio, nem coisa, dotado não de preço, mas de dignidade, conceito reafirmado após os horrores da segunda guerra mundial.

Moraes (2003, p. 85) afirma que a dignidade humana é princípio matriz dos princípios da igualdade, liberdade e solidariedade, pois liberdade, igualdade e fraternidade já eram bandeiras do pensamento liberal individualista, no entanto, desprovidos de conformação à dignidade humana, não supriam os fins a que aspiravam.

O princípio da igualdade no pensamento liberal, uma igualdade formal, fundamentado na ideia de um indivíduo abstrato dotado de autonomia por quase absoluta, levava a uma supervalorização da propriedade de bens, em detrimento do ser. Embora fundamental para a obtenção de demais direitos, não é o suficiente para a efetivação da igualdade, possível somente à luz da dignidade da pessoa humana, tomando por parâmetro não um indivíduo abstrato, mas um indivíduo e suas condições, concretizando uma igualdade material, substancial, capaz de igualar não só em direitos, mas também em condições. Comportando em si também o respeito à diferença, pois a igualdade não significa padronização ou descaracterização, como ocorrera com a família, mas liberdade de se autodeterminar sem ser inferiorizado.

Adentrando a família, o princípio da igualdade faz nascer a liberdade de se autodeterminar com base na afetividade, desfazendo o modelo único matrimonializado, passando agora a ser plural e afetiva, além da igualdade entre seus próprios membros. Aniquila-se do sistema o instituto da ilegitimidade e diferenciação entre filhos (CF, § 6º, Art. 227)¹, não importando mais sua origem: se biológica ou adotiva, se matrimonial, natural ou incestuosa.

Não se sustenta a velha hierarquização (CF, § 5º, Art. 226)², que detinha na figura masculina a chefia do núcleo familiar, o que reflete nos demais institutos, em especial o pátrio poder, em alusão ao poder paterno, que modifica-se substancialmente e vem a dar origem ao poder familiar, em alusão à família (nesse caso, pai e mãe), que não remete a um poder absoluto sobre os filhos e nem tem como único titular o pai, mas como um verdadeiro

1 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.

2 Art.226, § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

poder-dever, um múnus público imposto a ambos os pais, sendo gerido por ambos os cônjuges-³ ou companheiros (LÔBO, 2010. p. 292).

O princípio da solidariedade, sob a bandeira da fraternidade, tem longo histórico com os gregos, quando diziam que o homem é um “animal social” (ARISTÓTELES, 2001, p. 12), os iluministas apregoando a fraternidade, os cristãos denominando-se irmãos, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens, 1948, conclamando à fraternidade entre os humanos,. No entanto, essa fraternidade era baseada numa comunidade de interesses, ou seja, defendiam-se os iguais em interesses, no intuito de defender a si mesmo, acepção eminentemente individualista (MORAES, 2005, p. 172).

Ocorria certa contradição na ideia de família, visto ser o indivíduo e a liberdade balizadores do sistema, no entanto, o instituto família se sobrepunha às individualidades e liberdades. Embora contraditório, a evolução histórica desses conceitos ajudou a construir a consciência social do valor da pessoa.

À luz da dignidade da pessoa humana, a fraternidade vem a se transformar em solidariedade e reciprocidade, aplacando o individualismo racionalista, fazendo preponderar não o interesse do grupo, mas o respeito à pessoa, fim em si mesma, não o indivíduo abstrato, não o mítico *homo clausus* (MORAES, 2005, p. 17), o homem ilha, ou o *homo economicus*, mas o *homo sapiens sapiens* em todas as suas dimensões (culturais, sociais, filosóficas etc) e por isso o homem inserido em seu meio, coexistindo, solidário.

A fraternidade e a solidariedade, conjuntamente com a afetividade fazem nascer princípios outros no Direito das Famílias, como o da convivência familiar e o melhor (ou maior) interesse da criança e a parentalidade responsável.

2.5 Funções parentais na família instrumental

As transformações na seara reprodutiva, baseadas na nova principiologia constitucional, instauraram o princípio da parentalidade responsável, inscrito na Constituição de 1988, art.226, § 7º, o qual reclama à paternidade e à maternidade uma readequação à nova função familiar, ao desenvolvimento da personalidade do filho, principalmente crianças e adolescentes, atrelados à afetividade e solidariedade familiar, pois se por um lado há a liberdade reprodutiva, por outro, há a responsabilização pela prole que dela decorrer.

³ 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:

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 impôs deveres àqueles que exercem as funções parentais, inscritos no Art. 229, que são os deveres de assistência, criação e educação dos filhos, reafirmados no Código Civil de 2002, no Art.1634, e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Art.22, como deveres inerentes ao poder familiar: dever de sustento, guarda, educação e companhia.

Paralelo à mudança normativa, as transformações nas famílias, assim como na sociedade, as novas tecnologias em reprodução e contracepção humana, tornaram possíveis separar a atividade sexual do fenômeno reprodutivo (VILELLA, 1979 , p. 413). Assim, a liberdade reprodutiva e a parentalidade responsável ganham nunces muito mais definidas, pois se do ato sexual não decorre necessariamente prole, a responsabilidade sob a prole que decorrer de ato sexual é muito maior, visto ser evitável e questão de escolha. O ordenamento jurídico, nesse sentido, tutelou a liberdade reprodutiva e instituiu regramentos sobre o planejamento familiar.

Vencelau (2004, p. 03) afirma que são três os critérios para se estabelecer o vínculo filial: o jurídico, o biológico e o afetivo, embora o ideal seja que essas três dimensões se sobreponham. Todavia, isso nem sempre ocorre, por isso Paulo Lôbo (2011, p. 31) declara que a origem genética, direito da personalidade, nem sempre se confunde com filiação:

Fazer coincidir a filiação necessariamente com a origem genética é transformar aquela, de fato cultural e social em determinismo biológico, o que não contempla suas dimensões existenciais, podendo ser a solução pior. A origem biológica era indispensável à família patriarcal e exclusivamente matrimonial, para cumprir suas funções tradicionais e para separar os filhos legítimos dos filhos ilegítimos. A família atual é tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo.

Para ele a família é sempre socioafetiva (2010, p. 02), portanto a parentalidade está muito mais relacionada à convivência e ao afeto (DIAS, 2013, p. 381) do que à origem biológica, corroborando com a desvinculação ao mero vínculo genético, hoje manipuláveis pela ciência sem maiores problemas, com a filiação, que é função e que se constrói no convívio cotidiano.

A paternidade e a maternidade, diferente do passado, não estão engessados em papéis fixados hierarquicamente, em benefício do instituto e sacrifício de direitos, pelo contrário, são funções em benefícios das pessoas nas relações, principalmente filhos. Quando a esfera biológica não se entrelaça com a socioafetiva, não se pode falar em pai ou mãe, apenas em genitores. A parentalidade não é um fato da natureza, mas um fato cultural, uma

função exercida, ou um lugar ocupado por alguém que não necessariamente o genitor (PEREIRA, 1999, p. 03), como salienta João Batista Vilella: “quem de nós, por exemplo consideraria pai das crianças nascidas por fecundação artificial o remunerado fornecedor de esperma, longo tempo estocado em bases de inseminação?”(1979, p. 413)

Também há casos em que as esferas biológicas e jurídicas coincidem, mas não há nenhum vínculo formado entre genitores e filhos. O genitor, apesar de constar no registro civil do filho, não exerce a função parental, deserta de seus deveres abandonando a prole. Nesse caso, embora exista filiação registral, não há o exercício da função parental, sendo necessário analisar como o ordenamento jurídico lida com a delicada questão do abandono de prole e como esse fato repercute na obrigação alimentar.

3 BREVE ANÁLISE SOBRE O ABANDONO

O abandono da prole é fenômeno extremamente complexo, por envolver questões socioeconômicas, históricas, antropológicas, jurídicas, dentre outras. O escopo deste trabalho é tratar a questão no âmbito jurídico, restritamente nos casos de deserção da parentalidade, quando existe filiação jurídica, com o registro civil, mas não há o exercício de nenhum dever inerente à função parental, sem, no entanto, deixar de tangenciar questões sociais e históricas inerentes, sem as quais se torna difícil compreender o fenômeno na seara jurídica e ética.

Assim, este capítulo propõe-se a levantar breves apontamentos sobre o abandono nas suas dimensões histórica e social, bem como a prática é penalizada pelo ordenamento jurídico, por meio de sanções impostas pelo Direito Penal e Direito Civil.

3.1 O abandono institucionalizado: os filhos havidos fora do casamento

Há hodiernamente uma certa propagação de uma suposta crise da família-família tradicional, especificamente- haja vista a polêmica que se instalou no país quando da discussão sobre um estatuto específico para regular o Direito das Famílias. De uma lado há o estatuto da família (PL n. 6.583/2013), no singular, que pretende restringir o conceito de família aos casamentos e às uniões estáveis entre homens e mulheres e seus filhos, excluindo uniões homoafetiva, famílias monoparentais e demais arranjos familiares. Do outro há o Estatuto das famílias (PL n. 470/2013), no plural, que expande o conceito de família, abrangendo uniões homoafetivas, entidade monoparentais, dentre outras. Ambos projetos ainda em trâmite no congresso.

Caio Mário (2007, p. 5) afirma que tal crise é mais aparente que real, pois o que há, na verdade, é uma mutação natural, conforme mudam-se as sociedades. Roudinesco (2003, p. 19) afirma que a família possui três fases evolutivas: a tradicional, a qual preocupava-se primordialmente com a transmissão de patrimônio; a moderna, com lógica afetiva e romântica e a contemporânea, que acarretou certa complexidade na transmissão de autoridade, visto o aumento de divórcios, recomposições e novos reajustes, o que consolida a visão de que há uma mutação natural e não uma crise.

Dentro do cerne da suposta crise, há o fenômeno do abandono que acompanhou as famílias, visto que só recentemente os filhos, em especial os filhos menores, passaram a

constituir sujeitos de direitos. Para Giddens (2007, p. 70) isso reflete as expectativas mais elevadas que se tem em relação aos cuidados com as crianças.

Em Roma, o *paterfamilias* detinha o *jus exponendi*, o poder de abandono, como uma das características do *pater potestas*, o germe do poder familiar. Segundo Coulanges (2007, p. 72) na organização familiar romana, o filho era o continuador do culto doméstico aos antepassados, devendo manter aceso o fogo sagrado, no entanto, somente o varão, o filho homem nascido do casamento, poderia continuar essa tradição, constituindo o laço físico, pois as mulheres, com o casamento, pertenceriam ao culto da família do marido e não do pai. Esse laço não era o suficiente, o *pater*, como dono do fogo sagrado e representante dos antepassados, deveria reconhecê-lo como filho, como futuro mantedor do culto familiar, finalizando o laço moral e religioso.

O filho *spurius*, assim denominado, nascido fora do casamento, ou mesmo o filho nascido no matrimônio que sofrera o abandono, pelo *jus exponendi*, não poderiam participar do culto doméstico e até a época de Constantino, os filhos *spurius* não detinham direitos aos alimentos e à sucessão paterna. Pereira, C. (1999, p. 189) assim dispõe:

somente mais tarde, já ao tempo da codificação justinianéia (novela 89, cao.xii. *De successione omnium naturalium filiorum*), foram estatuidos princípios relativos à sua sucessão, e os *liberi naturales stricto sensu* passaram a ter, posto que limitado, direito à sucessão ab intestato do pai. (grifo nosso)

A situação do filho adúltero era até pior que a dos *spurius*, pois o adultério perturbava mortalmente a ordem e o culto familiar e o filho não tendo o laço físico não teria reconhecido o laço moral e, principalmente, o religioso, pondo fim ao culto e à linhagem da família (COULANGENS, 2007, p. 145), por isso, não poderiam nem mesmo ser enterrados no túmulo familiar.

O Direito Canônico, ameniza a severidade de trato aos filhos naturais, no entanto, pune severamente o filho de relações concubinárias (entendidas aqui como a relação entre pessoas impedidas de casar), denominados adúlteros, quando o impedimento advinha pelo casamento de um ou de ambos os pais, ou incestuosos, quando o impedimento advinha devido o parentesco dos pais. Existiam também os filhos sacrílegos, filhos de sacerdote ou religioso que tinham feito voto de castidade.

A preocupação com a reputação familiar, já na era moderna, na metade do século XVIII, levou a necessidade de criação da roda dos enjeitados, mais tarde denominada de roda dos expostos, dispositivo que permitia às mães abandonar seus filhos em instituições de caridade, sem o risco de morte para a criança. Nas palavras de Donzelot (1980, p. 29):

É esse o objetivo: romper, sem alarde e sem escândalo, o vínculo de origem desses produtos de alianças não desejáveis, depurar as relações sociais das progenituras não conformes à lei familiar, às suas ambições, à sua reputação.

A grande preocupação do Estado pairava em manter a ordem familiar e a paz social, sacrificando os direitos dos mais vulneráveis, transferindo a estes a culpa, consequências dos erros alheios, devido ao fato de não os reconhecer como sujeitos de direitos, relegando a uma massa de excluídos a dignidade necessária, premiando aqueles que agiam em desacordo com a moral vigente, pois os livravam de encargos face ao filho ilegítimo, que sofriam o desprestígio social, reconhecidos como bastardos, enjeitados ou expostos.

No Brasil, segundo a historiadora Maria Luíza Marcílio (1998, p. 52): “o fenômeno de abandonar os filhos é tão antigo como a história da colonização brasileira”, a roda é copiada do modelo europeu, ainda no período colonial e transpassa a história desde o império até a república, desaparecendo somente na década de 50. A roda foi durante um século e meio praticamente a única instituição de assistência à criança abandonada no Brasil, segundo a historiadora.

O Código Civil de 1916, liberal, prestigiava o modelo matrimonializado de família, portanto, os filhos havidos fora do casamento-os ilegítimos-em primeiro momento, não possuíam direitos pessoais (nome, filiação, alimentos) e nem patrimoniais (herança), somente aos legítimos recaiam os direitos que defluíam do pátrio poder. Segundo Pereira, R. C. (2006, p. 3): “na verdade, uma hipocrisia jurídica que sempre esteve a serviço de ocultar uma realidade e uma falsa moralidade. O filho existia no mundo real, mas não existia no mundo jurídico”.

Mesmo entre o ilegítimos fazia-se distinções, os subdividindo, conforme sua origem, em naturais e espúrios, esses últimos dividiam-se em adulterinos e incestuosos. Segundo Rodrigues (2004, p. 288), os filhos naturais seriam aqueles que, à época da concepção, ambos os pais não encontravam impedimento matrimonial. Gomes (2001, p. 339), ao tratar de filiação natural também assim os compreendiam: “filhos nascidos de pessoas não impedidas para casar.”. Os filhos naturais recebiam certa vantagem em relação aos espúrios, pois o Código Civil de 1916, conferiam-lhes a possibilidade de reconhecimento, no título V, capítulo IV.

Os espúrios, os adulterinos ou incestuosos; entendido por Orlando Gomes (2001, p. 341) como adulterinos “os nascidos fora de casamento válido, os incestuosos nascidos de

genitores impedidos de casar por motivo de parentesco ou afinidade”, recebiam tratamento pior que os filhos naturais, pois o art. 358⁴ era claro ante a impossibilidade do reconhecimento voluntário, até mesmo os filhos nascidos de pessoas desquitadas eram considerados adúlteros, pois o desquite não rompia o dever de fidelidade, situação que só veio a se modificar com a Lei nº 4.307, que garantia a esses filhos direitos similares aos dos filhos naturais. A lei nº 883 de 1949, estendeu aos filhos adúlteros, além dos advindos de pais desquitados, o reconhecimento, dissolvendo a sociedade conjugal dos genitores.

Giselda Hironaka (2000, p. 02) assim enumera as principais modificações em matéria de filiação no país:

Decreto lei 4.737/42, que possibilitou o reconhecimento, voluntário ou forçado, dos filhos havidos fora do matrimônio, após o desquite.

Lei 883/49, que modificou o artigo 358 CC, para permitir o reconhecimento em todos os casos de dissolução da sociedade conjugal.

Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio), que alterou a Lei 883/49, pela inclusão de parágrafo único ao seu artigo 1º, possibilitando que qualquer dos genitores, ainda que casado com outrem e na constância deste casamento, pudesse reconhecer filho extraconjugal, desde que por testamento cerrado; no artigo 2º, igualou-se o direito à herança dos filhos consangüíneos de qualquer natureza.

Lei 7.250/84, que transformou o parágrafo único do artigo 1º da Lei 883/49 em parágrafo primeiro e acrescentou-lhe um parágrafo segundo, possibilitando o reconhecimento judicial do filho extramatrimonial pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos ininterruptos

Somente com a Constituição de 1988, em seu art.227, §6º,⁵ extinguiu-se a discriminação de filiação, como expoente do princípio da igualdade, refletidos na igualdade entre filhos, sem adjetivações vexatórias, assegurando direitos aos filhos e deveres aos pais. No entanto o quadro social não mudou tão rapidamente como se propusera na Constituição de 1988, persistindo a enraizada herança de séculos de prática de abandono de filhos e discriminações.

3.2 Breve apontamento sobre o abandono de filho na sociedade brasileira atual

Segundo Dados do Conselho Nacional de Justiça (2015, p. 10), com base no Censo Escolar de 2011, havia cerca de 5,5 milhões de crianças brasileiras sem o nome do pai registral. Esses dados apontam que o abandono paterno é um fenômeno social de grandes proporções, supera exponencialmente o número de crianças e adolescentes que, por exemplo, aguardam adoção: 8.713, segundo dados do Cadastro Nacional de Adoção (2018). Levando-

4 Art. 358. Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos.

5 §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.

se em consideração que essa pesquisa considerou apenas crianças em idade escolar, pode-se supor que o real número de brasileiros sem o nome do pai no registro de nascimento é ainda maior, uma calamidade social. Torna-se necessário identificar em linhas gerais os mecanismos que levam a esse massivo abandono.

Estudos sobre as possíveis causas do abandono paterno no Brasil, como os conduzidos pelas pesquisadoras Sabrina Cúnico e Dorian Arpini (2014, 2013, p. 226-241, p. 295-304), apontam que os pais, principalmente após dissolução da relação com a mãe, tendem a afastar-se da prole, embora, às vezes, continuem a provendo materialmente e estejam cientes que a paternidade também significa envolvimento afetivo, reproduzindo, na maior parte dos casos, o abandono ou indiferença experimentada por eles com seus próprios genitores, o que evidencia um certo ciclo de abandonos e demonstra a dificuldade masculina de apreensão da função paterna.

A tese levantada pelas pesquisadoras corrobora com a análise de autores como, Badinter (1985, p. 281), Giddens (2007, p. 72) e Roudinesco (2003, p. 38), que apontam uma tendência geral de remodelagem da função paterna, de soberano em sua função patriarcal para um papel descentralizado, devido maior destaque da mãe e intervenção do estado nas relações familiares, visto por muitos como um declínio no papel do pai, atravessado por uma crise de readequação do homem a essa remodelada paternidade.

A socióloga Ana Liési Thurler (2006, p. 682), no entanto, afirma que “o pai desertor, com suas práticas, não elimina ou encerra a era do patriarcado. Somente promove sua reconfiguração”, devido ao fato do abandono paterno ser naturalizado e suportado socialmente, enquanto que o abandono materno ser exposto e condenado ferozmente por essa mesma sociedade, fato que se explica pelos padrões imposto de feminino e masculinos, frutos de construção patriarcal, que atrela à mulher uma maternidade compulsória (BADINTER, 1980, p. 10) e ao homem uma paternidade distante, por vezes desertora (THURLER, 2006, p. 682), evidenciando também um recorte de gênero na questão do abandono filial.

O abandono materno carece de estatísticas sólidas, mas é fenômeno que apresenta consideráveis estudos quanto suas causas, como exemplo, o das psicólogas Carolina Soejima e Lídia Weber (2008, p. 353-370), o qual conclui que para mulheres brasileiras há uma conjugação dos fatores econômico (pobreza, baixa escolarização) com o fator familiar (pouca ou nenhuma rede de apoio, ausência do companheiro). Outra conclusão é que mulheres que experienciaram abandono parental em suas vidas, tendem a reproduzi-los, gerando um ciclo de abandonos intergeracional, assim como os homens.

Para o filho é certo que o abandono traz danos e traumas diversos, tanto o abandono material, haja vista a impossibilidade física e legal para o trabalho, além da condição especial de pessoa em desenvolvimento, quanto o intelectual e afetivo, haja vista ser na família que o indivíduo encontra amparo para sua sobrevivência, formação e estruturação psíquica (PEREIRA; SILVA, 2006, p. 672), por isso a absoluta prioridade em questões que envolvam interesses de crianças e adolescente.

Na sociedade como um todo os efeitos do abandono são também perceptíveis. Alguns estudos sociais, por exemplo, os das pesquisadoras Maria Feijó e Simone de Assis (2004, p. 60) sobre jovens infratores, apontam uma relação da estrutura familiar, abandono e delinquência juvenil, como é visto na conclusão:

pôde-se constatar que a grande maioria dos entrevistados provém de famílias divididas, em que os pais se separaram, os genitores muitas vezes abandonaram os filhos e suas mães ou morreram, ou formaram outras famílias, com novo companheiro e novos filhos advindos desta união. Em 21,3% dos casos os pais vivem juntos. São famílias em que a infra-estrutura é prejudicada, quer seja em termos financeiros, emocionais ou domiciliares. Muitas vezes, pela falta do pai, a mãe tem que ir em busca de um trabalho, deixando, assim, as crianças aos cuidados de outros, quando não de si próprias. A figura do pai é ausente em 37,7% destas famílias, quer seja porque ele tenha morrido e o jovem nem sequer o conheceu; quer seja porque ele tenha abandonado a família.

Das análises expostas apreende-se que o abandono parental possui componentes psicológicos, culturais, socioeconômicos atrelados, portanto, um fenômeno social bastante complexo tendente à reprodução por aqueles que já o vivenciaram, danoso não somente para o filho objeto do abandono, mas para a sociedade como um todo, já que a família é preconizada como sua base.

Inferre-se, portanto, que, enquanto fenômeno social, existem motivos para além da simples vontade dos pais que desencadeia a prática. Resta saber como o ordenamento jurídico lida com a questão, enquanto fenômeno jurídico, o que configura abandono e como isso pode afetar a questão alimentar.

3.3 O abandono no Direito Civil Constitucional

Com a leitura da lei civil conforme a Constituição e a conseqüente repersonalização do Direito das Famílias, houve a devida mudança de paradigma, que trouxe ao centro de toda proteção a dignidade humana. Princípios antes conhecidos, como a igualdade, liberdade e fraternidade, são reestruturados e, especificamente, no Direito das Famílias são reescritos, transformados em afetividade, igualdade e solidariedade.

A partir desses princípios basilares, novos princípios emergem para proteção específica dos membros que a compõe, pois embora o princípio da igualdade enalteça a igualdade entre todos, não o faz sem observar a condição peculiar de cada indivíduo, imprescindível para efetivação da igualdade, a igualdade material, portanto, também respeitando a diferença.

Sabemos que homens, mulheres, crianças são diferentes biológica e psicologicamente e a constituição, assim compreendendo, vai proteger aqueles historicamente e socialmente desfavorecidos, fazendo surgir subprincípios como a igualdade entre os gêneros, a igualdade de filiação, dentre outros.

Em defesa dos filhos surgem os princípios da igualdade filial, inscrita na Constituição de 1988 em seu artigo 227, §6^o, o que dissipa a discriminação e o desamparo contra o filho, no ordenamento jurídico. Esse princípio, conjuntamente com o da igualdade entre cônjuges e companheiros, extinguiu a hierarquização nas famílias, redesenhando-a de pirâmide, na qual o homem ocupava o ápice e o filho a base, não reconhecido como sujeito de direitos, para uma unidade circular, democrática, emergindo o filho da base da pirâmide, para o centro do novo desenho familiar.

Essa nova concepção do filho, de objeto de direito pra sujeito de direito, que reconhece sua dignidade, reverberou na Constituição de 1988 com o princípio do melhor interesse da criança, inscrito no artigo 227⁷, o qual mudou substancialmente o antigo instituto do pátrio poder (exercido apenas pelo homem e como um direito a ser exercido sobre os filhos) para o poder familiar, inserido no Código Civil de 2002 do Art.1.630 a 1.638, principalmente no Art. 1.634.

Muito mais um dever que um poder propriamente dito, pois não está sob o julgo dos interesses dos pais, mas do menor, fazendo com que leis e julgados deem prioridade à condição de pessoa em desenvolvimento, efetivando na prática a dignidade humana aplicada aos menores.

O artigo 227 da Constituição de 1988 também dita a obrigatoriedade da convivência familiar, portanto, sociedade e estado devem articular esforços para garantir esse direito constitucionalmente instituído, pois, como pessoa em desenvolvimento, o filho

6 § 6^o 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.

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

necessita não só de amparo material, mas também moral e afetivo, para que esse desenvolvimento seja sadio.

Estado e sociedade devem proteger interesses do menor, mas é na família que se concentra em primeiro lugar essa responsabilidade, mesmo porque o Estado não poderia suprir, por exemplo, o desenvolvimento afetivo, construído na convivência, solidariedade e cuidados das relações familiares, podendo garantir apenas instrumentos para essa realização, como o Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.4 Filhos como sujeitos de direito e o ECA.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.069 de 1990, é o principal instrumento de proteção dessas garantias constitucionais, por isso as reproduz e as especifica, possuindo tríplice base principiológica: Doutrina da proteção integral⁸, princípio do melhor interesse⁹ e Absoluta prioridade¹⁰.

A doutrina da proteção integral estabelece que crianças e adolescentes não são considerados, como outrora, apenas objetos de direito, mas sujeitos de direitos, revogada a doutrina da lei anterior (lei nº 6697/79), não só abrangendo crianças em situação irregular, mas toda e qualquer criança independentemente da situação em que ela se encontre, garantido não somente a proteção contra abusos, mas também promovendo-lhes direitos.

O princípio do melhor interesse, princípio constitucional, inscrito no artigo 227 da Constituição de 1988, é anterior a ela, adotado pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil, introjetado no texto constitucional e refletido em todo o ECA, podendo ser visto substancialmente nos artigos 3º, a saber:

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.

Nos artigos 4º e 5º:

8 Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

9 Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

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

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

A absoluta prioridade, expressão colhida do próprio texto constitucional, art.227, e repetida no ECA, art.4º, que o detalha, garante o tratamento prioritário perante o Estado em suas políticas, recursos e serviços públicos, perante a sociedade e perante a família.

Além dos princípios voltados à proteção dos filhos como sujeitos de direito, voltados para todos os atores envolvidos: Família, Estado e sociedade, há princípios específicos voltados aos pais, tais como o planejamento familiar, art.226 §7º¹¹, regulado pela lei nº 9.263/96¹², livre decisão do casal, do homem e da mulher, visando minimizar a formação de núcleos disfuncionais, fundando na parentalidade responsável, como norteador de escolhas quanto à prole, sendo o Estado um garantidor dessas escolhas por meio de políticas públicas que garantam métodos contraceptivos, além de ações preventivas e educativas, mas nunca impositivas, sendo uma das primeiras formas de se combater o abandono de menores.

O abandono, o total, o que abrange as várias modalidades, diante o exposto, fere o princípio basilar constitucional: a dignidade humana do filho, pois o priva do amparo material, moral, afetivo e por ferir o centro axiológico do direito, fere todos os que dele deriva e se relaciona: a afetividade, a solidariedade familiar, a igualdade, a reciprocidade, o melhor interesse da criança, a convivência familiar, a paternidade responsável, a proteção integral e a absoluta prioridade, mas além disso, há disposições específicas no ordenamento que penalizam aqueles que desertam da função parental, mediante sanções civis ou penais.

3.5 Sanção ao abandono na seara criminal.

No Estado Democrático de direito, o Direito Penal também deve atentar-se para o princípio base da Constituição de 1988: a dignidade da pessoa humana. A própria

11 §7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

12 Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de Constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão¹³, de 1789, em seu art. 8º, determinou que a lei só deve prescrever penas estritamente necessárias. Segundo Bittercourt (2012, p. 59), o Direito Penal, como controle social exercido pelo Estado, regula as relações dos indivíduos com a sociedade e da sociedade para com os indivíduos, por isso o bem da vida protegido na seara criminal interessa não somente ao indivíduo, mas a toda a coletividade, bem como somente ao Estado cabe o *ius puniendi* (direito de punir) pois o controle social interessa a toda a sociedade, e não somente a um particular.

Por aplicar as leis estritamente necessárias, o Direito Penal experimenta uma característica exclusiva: a fragmentariedade, a qual significa que ele só atua nas raras hipóteses típicas em que a lei descreve uma conduta como crime, por isso haver uma intervenção mínima do ramo penal no sistema jurídico. Ao legislador, quando da eleição da conduta tipificada, cabe observar a regra da intervenção mínima, assim como ao operador, quando do enquadramento de condutas, se de possível resolução por outros ramos do direito.

O Direito Penal por ser fragmentário e por intervir minimamente possui um caráter subsidiário, que para Fernando Capez (2012, p. 35) se traduz pela intervenção penal somente quando fracassam todas as demais tentativas dos demais ramos do direito, usado, portanto, como último recurso, como *ultima ratio*.

Bitencourt (2012, p. 60) ensina que o Direito penal também caracteriza-se pela finalidade preventiva, tem o objetivo de produzir efeitos tanto sobre aquele que delinque como sobre a sociedade que representa. Para a sociedade demonstrando o despreço por aquela conduta, para que dela se afaste, e com isso desestimulando, por meio das sanções, a prática para os sujeitos que a compõe.

Nesse cenário, insere-se no Código Penal, atual, no Título VII, dos crimes contra a família o Capítulo III, dos crimes contra a assistência familiar, ante o fato do Estado delegar à família a obrigação de solidariedade, mas de uma solidariedade recíproca, como prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art. 229, a saber: “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 e enfermidade”.

Regra expressa também no Código Civil de 2002, no capítulo V, quando trata do poder familiar e no ECA nos Art. 21 a 24, também sobre o poder familiar. Por meio do

¹³ Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Direito Penal, portanto, demonstra-se o desprezo do legislador e da sociedade como um todo pela conduta do abandono no seio da família.

Os abandonos tipificados pelo Código Penal são: o abandono material, art.244, o abandono intelectual, art. 246, e o abandono moral, art.247, dos quais aqui se abordam somente os abandonos material e intelectual, estritamente em relação ao filho.

O abandono Material está tipificado no art.244 e assim prescreve:

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena- detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único- Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

No polo ativo, via de regra, figuram os cônjuges, pais, ascendentes ou descendentes, importando para o estudo a conduta dos pais que, sem justa causa, deixam de prover a subsistência do filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho. Note-se que o sujeito ativo no caso específico somente pode ser o pai ou a mãe, e não os demais ascendentes, pois não há expressão “ascendente”, somente para os casos em que o filho sofrer de enfermidade grave, nesse sentido Capez (2012, p. 282):

Sujeito ativo, no caso, o ascendente, isto é, o pai ou a mãe, não se incluindo o avô, bisavô etc. Assim, o avô que não presta alimentos ao neto menor de 18 anos não tem sua conduta enquadrada nessa modalidade típica. Conforme assinala Romão C.Lacerda, “o Código não fala do *descendente* (salvo o filho) com o sujeito passivo do crime”. Caso, no entanto, ele seja portador de alguma enfermidade grave, o avô poderá ter sua conduta enquadrada na modalidade deixar de socorrer descendente gravemente enfermo.

São três figuras previstas no tipo.

A primeira é : deixar, sem justa causa, de prover a subsistência de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, não lhes proporcionando os recursos necessários. Saliente-se a expressão “sem justa causa”, do que infere-se que havendo um causa que justifique a conduta, como por exemplo o desemprego ou a miserabilidade, esta passa a ser atípica, não punível, portanto,é necessário que haja o dolo, a intenção de propositalmente negar o amparo material ao filho, quando se pode provê-lo.

A segunda conduta é faltar ao “pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada”, portanto deve haver sentença judicial homologando acordo entre as partes ou determinando pagamento ou majoração. A prisão por abandono material, inscrita nessa conduta, necessita de um processo-crime, não se encerra pelo simples pagamento do débito e diz respeito somente àquilo estritamente necessário à sobrevivência, o que difere dos alimentos, mais abrangentes.

A terceira e última conduta é deixar de socorrer ascendente ou descendente gravemente enfermo (física ou mentalmente). Estranhamente o legislador não incluiu cônjuge ou companheiro nessa figura.

No art.246 o legislador prescreveu um outro tipo de abandono, o abandono intelectual, a saber:

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

O bem jurídico protegido nesse artigo é a instrução primária de filho em idade escolar. Para Nucci (2014, p. 1001) idade escolar é o período de vida que abrange a pessoa dos quatro aos dezessete anos completos. Da expressão “sem justa causa” infere-se que há causas que justifiquem a não promoção da instrução, como a dificuldade de acesso a escolas, falta de escolas ou, até mesmo, a baixa instrução dos pais, que são os sujeitos ativos do crime, portanto, os pais devem agir com dolo, ou seja, com intenção de abandonar intelectualmente o filho, sem causa que os eximam da tipicidade da conduta.

Ante o exposto, o abandono material e intelectual são figuras combatidas pelo mais subsidiário dos ramos do direito, que além de subsidiário também tem um caráter preventivo, assinalando a repulsa do sistema pelo não cumprimento das obrigações ético-sociais inerentes à família. Nos casos em que há o afastamento dos pais, o abandono de todas as funções parentais, não há como não reconhecer a maior gravidade da conduta, entendida da leitura do Código Penal, atual.

3.6 Sanção ao abandono na seara cível e o abandono não tipificado: o abandono afetivo

O ato de abandonar o filho também sofre sérias sanções na esfera cível, claro que não com os rigores próprios da esfera criminal, mas também com o intuito de

desestimular a prática. O art. 5º, LXVII, da Constituição Federal de 1988, institui a prisão civil por dívida de alimento, único tipo de prisão civil por dívida¹⁴:

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:

LXVII-não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Regulada pelo art. 528, § 3º, do CPC e o art. 19 da lei nº n. 5.478/68 (Lei de Alimentos), a prisão civil por dívida de alimentos não se confunde com a prisão por abandono material (CP, art.244), muito embora tenham por base o mesmo objeto: proteção à assistência familiar, visto que aquela está inserida na esfera penal e, portanto, requer um processo, além do pagamento não implicar em soltura do inadimplente, e esta não implica em uma pena, apenas em meio coercitivo para o adimplemento da obrigação alimentar. Segundo Gonçalves (2012, p. 479):

A prisão civil por alimentos não tem caráter punitivo, não constitui propriamente pena, mas meio de *coerção*, expediente destinado a forçar o devedor a cumprir a obrigação alimentar. Por essa razão, será imediatamente revogada se o débito for pago.

O abandono intelectual é tratado no ECA, no art.249, como infração administrativa:

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Como visto, o dispositivo sanciona o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, que engloba dirigir a educação. Além dessa sanção, o poder familiar pode ser suspenso caso não se cumpram com os seus deveres inerentes, também pode ser perdido, no caso de abandono, penalidade gravíssima no cerne do Direito das Famílias, é o que se apreende do parágrafo II do Art. 1.638: “Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: (...) II- deixar o filho em abandono”.

¹⁴ A súmula vinculante nº 25 do STF extingui a prisão civil do depositário infiel em qualquer modalidade, restando apenas a prisão civil por dívida de alimentos.

Os abandonos material e intelectual possuem sanções claras no Direito Civil e no Direito Penal, no entanto existe um tipo de abandono não regulado diretamente por esses sistemas: o abandono afetivo.

Muito embora se fale bastante, hodiernamente, sobre o abandono afetivo, relacionado ao dano moral, essa forma não é definida por lei civil, muito menos tipificada pelo Direito Penal, encontra-se sua definição em trabalhos especializados no tema, como nos de Hironaka (2005, p. 10), que assim define o abandono afetivo: “A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana”, a mesma autora (2005, p. 10): “O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo”, no mesmo sentido Madaleno (2013, p. 382) dispõe:

Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante à interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados, ou nas hipóteses de famílias monoparentais, em que um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o dever de cuidado que tem em relação à sua prole.

Das definições, infere-se que o abandono afetivo é uma omissão do cumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, disposto no art. 1634, incisos I¹⁵ e art.1.589¹⁶ do Código Civil (2002), também encerra descumprimento do que se insere no art. 227¹⁷ da Constituição Federal de 1988, do dever de convivência e do primado da dignidade humana do filho.

Não basta apenas o suprimento material, o dever de sustento, mas também o suprimento moral, o dever de cuidado, pois sabe-se que a presença dos pais é essencial na formação psíquicossocial do indivíduo, nas palavras de Pereira e Silva (2006, p. 674): “A supressão dessa função causa ao filho, especialmente na infância, prejuízos psíquicos, morais

15 I- dirigir-lhes a criação e a educação;

16 Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

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

e afetivos, que, só com dificuldades e sofrimentos, poderão ser reparados no futuro.” No mesmo sentido, Paulo Lôbo (2011, p. 310-311) identifica também:

Sob esta expressão, a doutrina e a jurisprudência brasileiras atentaram para o fato de o pai, que não convive com a mãe, contentar-se em pagar alimentos ao filho, privando-o de sua companhia. A questão é relevante, tendo em conta a natureza dos deveres jurídicos do pai para com o filho, o alcance do princípio jurídico da afetividade e a natureza laica do Estado de Direito, que não pode obrigar o amor ou afeto às pessoas.

Lôbo introduz a dificuldade inerente de se configurar dano afetivo - interessante observar a peculiar incidência desse tipo de abandono majoritariamente nas relações paterno-filiais- pois o princípio da afetividade está implícito na Constituição Federal de 1988, sendo a principal função da família atual, baseada no afeto, mudança louvável do sistema antes matrimonialista para o afetivo, o que possibilitou a elevação ao *status* de família a entidades familiares antes postas à margem, no entanto, não se pode obrigar à afetividade, visto ser de caráter voluntário, esse é o principal argumento de antagonistas da teoria do desamor: que não se pode obrigar ninguém a amar.

Sobre o dificultoso tema assim disserta Tartuce (2017, p. 21):

A questão do abandono afetivo é uma das mais controvertidas do Direito das Famílias Contemporâneo. O argumento favorável à indenização está amparado na dignidade humana. Ademais, sustenta-se que o pai tem o dever de gerir a educação do filho, conforme o art. 229 da Constituição Federal e o art. 1.634 do Código Civil. A violação desse dever pode gerar um ato ilícito, nos termos do art. 186 da codificação material privada. O entendimento contrário ampara-se substancialmente na afirmação de que o amor e o afeto não se impõem; bem como em uma suposta monetarização do afeto na admissão da reparação imaterial. A questão é realmente muito controvertida.

Moraes (2003, p. 180), ao discorrer sobre o dano à pessoa humana alerta que:

Estando a pessoa humana posta na cimeira do sistema, que a vítima suporte agressões antes que causadas sem intenção nem culpa, isto é, sem negligência, imperícia ou imprudência, o que impede que se proteja o autor do dano em detrimento da vítima, como se fazia outrora, ou, melhor, o que torna hoje preferível proteger a vítima em lugar do lesante, é justamente o entendimento (ou, talvez, o sentimento) da consciência de nossa coletividade de que a vítima sofreu injustamente, por isso, merece ser reparada”

Portanto, se a ninguém é possível impor o dever de amar (impossível impor sentimentos), também não se torna justo-ante os deveres constitucionais atrelados à dignidade humana, ao dever de convivência, à paternidade (e maternidade) responsável-impor-se àqueles, que com prioridade absoluta deveriam ser protegidos, que arquem sozinhos com as consequências do abandono. Se a convivência, o acompanhamento fossem opcionais, não estariam estabelecidos em lei (PEREIRA; SILVA, 2006, p. 676). Deve-se

colocar em evidência o filho, a vítima, e não o lesante, nessa esteira o julgado de relatoria da ministra Nancy Andrigi:

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 conseqüente 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. (STJ, REsp 1.159.242/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrigi, j. 24.04.2012, DJe 10.05.2012).

A responsabilidade civil, na qual estão inseridos os danos morais, alberga a teoria dos “Punitives Damages” ou Teoria do Valor do Desestímulo, portanto, a indenização além de um caráter indenizatório, ganha também um caráter punitivo e pedagógico, com fito de desestimular condutas semelhantes, haja vista a epidemia social de abandonos de menores, principalmente o afetivo cometido nas relações paterno filiais, quase que naturalizado no seio da sociedade.

Há, no entanto, causas que podem excluir ou minorar a responsabilização civil por abandono afetivo, como, por exemplo, quando o pai desconhece a existência do filho, por óbvio, nesse caso não há como imputar sanções, pois não há núcleo familiar anteriormente formado. Também nos casos de alienação parental praticada por terceiros, pois o distanciamento é criado por outra pessoa e não pelo genitor e demais situações que fujam da vontade daquele que é distanciado.

Do exposto, conclui-se que o ordenamento jurídico prescreve princípios e condutas a serem observadas, aplicando sanções em caso de descumprimento. Evidencia-se, por meio do Direito Penal, por meio do dolo, que os pais devem ter a vontade de abandonar seus filhos, material e moralmente, sem causa diversa que justifique. Por meio do Direito Civil também evidencia que a displicência dos pais é punida quando deliberadamente não

exercem os deveres inerentes ao poder familiar, bem como quando não suprem seus filhos com o dever de cuidado, prejudicando a boa formação psicoemocional da prole.

Em todos os casos, pode haver situações que não partem da vontade dos pais. Muito embora não haja o suporte aos filhos, não se pode denominá-las como abandono se não partir de uma vontade deliberada de negligenciar a prole.

Apesar de toda proteção estruturada no ordenamento contra a negligência das funções parentais, há o silêncio em algumas questões que tangenciam a questão, como a alimentar. Antes de adentrar a questão do abandono em matéria alimentar, é necessário que se compreenda o que significa alimentos para o ordenamento jurídico e sua transformação em obrigação alimentar.

4 ALIMENTOS

Neste capítulo se explana sobre o conceito de alimentos no âmbito jurídico, sua classificação doutrinária, os pressupostos da obrigação alimentar, titulares e devedores, bem como as formas de revisão e exoneração.

4.1 Conceito e natureza

Como condição natural para a manutenção da vida é necessário alimentar-se, regra inquebrantável para qualquer ser vivo. Na linguagem comum, alimentos podem ser considerados como tudo aquilo que é necessário à conservação do ser humano com vida (CAHALLI, 2002, p. 15), o que serve para subsistência animal. O primeiro direito fundamental do ser humano é sobreviver (RODRIGUES, 2004, p. 373), claro está, no entanto, como ser humano-não somente como simples organismo animal- há o direito à vida, e vida com dignidade (DIAS, 2013, p. 531), por isso o conceito de alimentos não se limita somente à concepção vulgar, indo além para o Direito das Famílias.

Orlando Gomes (2001, p. 427) ensina que a palavra alimentos, usada para designar uma pretensão ou uma obrigação, significa tudo aquilo que é necessário para satisfazer as necessidades vitais. No plano jurídico, alimentos passam a constituir uma obrigação ou pretensão.

Rodrigues (2004, p. 374) explana que o conceito é muito mais amplo do que o da linguagem vulgar, não somente o necessário ao sustento mas também aquilo que garanta o vestuário, habitação, assistência médica e instrução, ampliando o tipo de cobertura para os alimentos.

Cahali (2002, p. 16) também assim discorre ao afirmar que a palavra alimentos tem uma acepção plúrima e, por fim, Farias e Rosenvald (2008, p. 587) afirmam que “é possível entender por alimentos o conjunto de meios materiais necessários para a existência das pessoas, sob ponto de vista físico, psíquico e intelectual”.

Portanto, os alimentos, dentro do plano jurídico, devem garantir não somente a alimentação (tema por si só de extrema relevância, o qual passou a figurar entre os direitos sociais pela Emenda Constitucional n.64 de 2010), mas tudo aquilo que é indispensável para uma vida com dignidade, como instrumento que assegure o direito à vida, à integridade física e por isso mesmo integrado aos direitos da personalidade (DIAS, 2013, p. 531 e FARIAS; ROSENVAL, 2008, p. 588).

No entanto, há autores que enxergam os alimentos não exatamente como um direito da personalidade, mas um direito misto, como relação patrimonial de crédito e débito (DINIZ, 2013, p. 556), o que caracteriza uma relação obrigacional, muito embora não se possa confinar exatamente em uma categoria: caráter patrimonial ou pessoal (CAHALI, 2002, p. 37), há de se notar, por suas peculiaridades, a predominância do último aspecto.

Presentes os elementos pessoal, manifestação do direito à vida, e patrimonial, como relação obrigacional, como já aludido, Gomes (2001, p. 428) explica que no plano jurídico os alimentos passam a constituir uma pretensão ou uma obrigação, Rodrigues (2004, p. 375) também alude ao fato dos alimentos serem direito de alguém os exigir e obrigação de alguém prestá-los, assinalando não só o caráter obrigacional mas também assistencial do instituto, pois, em regra, o indivíduo adulto deveria conservar sua própria existência, no entanto, por circunstâncias diversas, momentâneas ou permanentes, existem situações que o pode deixar vulnerável socialmente (idade avançada, incapacidade para o trabalho, doenças etc), fazendo com que necessite do amparo de outrem.

Para Dias (2013, p. 531) o Estado é o primeiro obrigado na prestação alimentar. Para Farias e Rosenthal (2008, p. 587) o dever de prestar assistência a quem necessita deveria ser primordialmente do Poder Público, uma tendência em ordenamentos mais sólidos e com maior cobertura social, por meio da política do seguro social de assistência aos necessitados, no entanto, na impossibilidade de socorrer a todos, devido a crises no sistema econômico, o que vem acarretar comprometimento da cobertura social (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 587) transfere-se tal incumbência aos mais próximos do necessitado, nesse caso, aos familiares, transformando em dever familiar a obrigação assistencial (DIAS, 2013, p. 531).

O Estado assim o faz aludindo à solidariedade -que deve permear toda a sociedade (CF, art. 3º) e, claro, também a família, sua base - convertendo o dever moral de amparo aos necessitados, que em Roma chamavam *officium pietatis*: o que demonstra sua origem na caridade (RODRIGUES, 2008, p. 375), em dever civil, nascendo assim, a obrigação alimentar, em proteção a um necessitado, para aquele que pode provê-la, ligados por vínculos familiares. Na lição de Sílvio Rodrigues (2008, p. 375): “desde o instante em que o legislador deu ação ao alimentário para exigir socorro, surgiu para o alimentante uma obrigação de caráter estritamente jurídico, e não apenas moral, acompanhado por Cahalli (2002, p. 30):

Assistir o próximo na necessidade é um dever vulgar, caridade é uma simples virtude, inserida no dever moral(...) porém, um *minimum* que é convertido por lei em dever civil, por cuja execução o direito vela, e isto representa a obrigação

alimentar(...) que transforma o dever moral de assistência em obrigação jurídica de alimentos.

Tamanha importância da matéria, que possui, como assinala Cahali (2002, p. 33), um caráter publicístico, por justamente resguardar a integridade da pessoa, sua sobrevivência e o direito à vida, este último como emanção do próprio direito de personalidade, justificando a necessidade do Estado em disciplinar sua regulamentação, inclusive assegurando meios para proteção do crédito alimentar, como a prisão civil do devedor (CF 5º LXVII) e a tipificação do inadimplemento não justificado como crime de abandono material (CP, Art. 244).

É necessário deixar claro que muito embora esteja ligado, predominantemente, ao Direito das Famílias, a obrigação alimentar também pode ter causa jurídica por ato de vontade, em razão de contrato ou disposição de última vontade, recaindo no Direito das Obrigações ou das Sucessões (e não no das Famílias), ou mesmo surgir como consequência de prática de ato ilícito, portanto de caráter indenizatório.

Muitas regras do Direito das Famílias podem ser utilizadas em relação às obrigações de origem diversas das relações familiares e vice-versa. Essas formas dizem respeito à natureza jurídica dos alimentos, importando para esse estudo apenas aquelas advindas das relações familiares e, portanto, enquadradas dentro do Direito das Famílias.

A obrigação alimentar, no Direito das Famílias, vai encontrar guarida no Código Civil de 2002 entre os art.1.694 e 1710, que expressa o alcance da obrigação alimentar no art. 1694, ao afirmar que devem suprir aquilo necessário para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive necessidades de educação, no entanto, não define claramente o seu conteúdo, que só se pode inferir em partes quando se lê os art.1920, o qual disserta sobre legados de alimentos: sustento, cura, vestuário e casa, além da educação, se o legatário for menor (DIAS, 2013 p. 509).

A obrigação alimentar tem como base principiológica a solidariedade, transformada em solidariedade familiar pelo Estado. Ao contrário do período anterior, no qual havia distintos diplomas legais a regulando – lei do divórcio, legislação da união estável etc- (DIAS, 2013, p 530), o Código Civil atual aglomerou sem especificar a origem da obrigação alimentar: se decorrente do poder familiar, do parentesco, do rompimento do casamento ou da união estável (DIAS, 2013, p. 531), além disso, a obrigação alimentar possui classificação própria.

4.2 Classificação

Existem alguns critérios para a classificação da obrigação alimentar, no entanto os pontos comuns utilizados pela doutrina de Tartuce, Maria Berenice Dias, Sílvio Rodrigues e Cahalli são as classificações quanto à natureza, quanto à causa jurídica, quanto à finalidade, quanto ao momento da prestação e quanto à modalidade, a seguir, analisa-se cada uma delas.

Quando se fala de tudo aquilo que é necessário à subsistência das pessoas, como alimentação, vestuário, habitação etc, *o necessarium vitae* (CAHALI, 2002, p. 18), está-se diante dos alimentos naturais; quando além da subsistência os alimentos cobrem gastos com necessidades morais, intelectuais *o necessarium personae* (CAHALI, 2002, p. 18), está-se diante de alimentos civis. Os alimentos civis são aqueles que garantem a condição social do alimentado e são os, geralmente, estabelecidos para os filhos menores. Os alimentos naturais são os devidos a aquele que por culpa própria entrou em estado de necessidade (art. 1.694, § 2.º, do CC).

Quanto à causa jurídica, são dois tipos: os que resultam de lei ou de atividade humana (CAHALI, 2002, p. 22). Resultam da lei, e por isso chamados legítimos ou legais, aqueles oriundos do Direito das Famílias, advindos como consequência de vínculos familiares como o parentesco, matrimônio e união estável. Os resultantes da ação humana são aqueles oriundos de atos de liberalidade, por isso chamados voluntários ou convencionais (TARTUCE, 2017, p. 337), por força de contrato, testamento ou legado, nos quais o alimentado pode ser tanto o instituidor da obrigação, quanto terceiros, recaindo tal obrigação em campo diferente do Direito das Famílias (Direito das Obrigações em caso de contrato ou Direito das Sucessões em caso de testamento ou legado) muito embora possam ser revestidos por regras do Direito das Famílias.

Também quanto os resultantes da ação humana existem as obrigações alimentares oriundas da prática de ato ilícito, de caráter indenizatório ou ressarcitório. Segundo Tartuce (2017, p. 337), são aqueles devidos em virtude da “prática de um ato ilícito como, por exemplo, o homicídio, hipótese em que as pessoas que do morto dependiam podem pleiteá-los.”

Quanto à finalidade, diz-se que existem os alimentos definitivos ou regulares, que são aqueles estabelecidos em sentença definitiva, ou por meio de acordo entre as partes,

prestados periodicamente e permanentemente, enquanto existir a obrigação, podendo ser alvo de exoneração, redução ou majoração (TARTUCE, 2017, p. 338).

Provisórios, ou *in litem*, são aqueles concedidos na pendência do processo, podendo cumular com ação de divórcio, anulação do casamento, reconhecimento de união estável, investigação de paternidade ou mesmo na ação de alimentos (DIAS, 2013, p. 589), frutos da cognição sumária do juiz por prova pré-constituída de parentesco, casamento ou união estável, antes até de ouvir o réu, seguindo o rito especial previsto na Lei de alimentos (Lei nº 5.478/1968).

Provisionais eram uma espécie de tutela cautelar, preparatória ou incidental, na vigência do Código de Processo Civil (CPC) de 1973. Não seguia o rito especial das ações de alimentos, sendo necessários para manter uma das partes na ação, por isso chamados de *ad litem*, não necessitavam de prova pré-constituída, mas eram necessários os elementos das cautelares: *fumus boni juris e o periculum in mora*.

Assim reza o Código Civil 2002, art. 1.706: “os alimentos provisionais serão fixados pelo juiz, nos termos da lei processual”, no entanto o CPC de 2015 faz menção apenas, em seu art. 531, aos alimentos provisórios, não reproduzindo regra relativa aos alimentos provisionais, como fazia o antigo CPC em seus arts. 852 e 854, deixando em dúvida quanto à situação dos alimentos provisionais (TARTUCE, 2017, p. 338).

Os alimentos transitórios são os instituídos em favor de ex-cônjuges ou ex-companheiro, por um determinado período de tempo, até que este consiga se inserir no mercado de trabalho. O STJ assim entende em sede de julgamento da questão:

A obrigação de prestar alimentos transitórios – a tempo certo – é cabível, em regra, quando o alimentando é pessoa com idade, condições e formação profissional compatíveis com uma provável inserção no mercado de trabalho, necessitando dos alimentos apenas até que atinja sua autonomia financeira, momento em que se emancipará da tutela do alimentante – outrora provedor do lar –, que será então liberado da obrigação, a qual se extinguirá automaticamente” (STJ, REsp 1.025.769/MG, 3.^a Turma, Rel.Min. Nancy Andrichi, j. 24.08.2010, DJe 01.09.2010).

Quanto ao momento da prestação, tem-se os alimentos pretéritos, presentes e futuros (TARTUCE, 2017, p. 338). Os alimentos pretéritos são alimentos passados, não cobertos por sentença, ou seja, quando havia a possibilidade de cobrança, mas assim não foi procedido. Como o dever alimentar é regido pelo princípio da atualidade, o ordenamento jurídico não permite tal cobrança. Os alimentos presentes são aqueles regidos pelo princípio da atualidade e, portanto, passíveis de serem recebidos. Os alimentos futuros são os pendentes, os vincendos, que vão alcançando a atualidade da prestação.

Quanto à forma de pagamento existem os próprios ou *in natura*, são os pagos por meios de artigos alimentares, sustento, hospedagem, o que é diretamente necessário à manutenção da pessoa (CAHALI, 2002, p. 28). Os alimentos impróprios são os fornecidos mediante pensão (TARTUCE, 2017, p. 338), asseguram ao alimentante um direito de crédito, evidenciando o caráter misto da obrigação alimentar: pessoal e patrimonial.

4.3 Pressupostos

Assim dispões os art. 1.694 § 1o e 1.695 do Código Civil de 2002:

Art. 1.694 § 1o Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

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.

Nota-se, da própria definição do instituto, que alimentos possuem dois pressupostos básicos: a necessidade de quem os pretende e a possibilidade de quem os fornece, o que a doutrina dominante costuma chamar de binômio necessidade-possibilidade. No entanto, é preciso ressaltar que essa necessidade não coincide exatamente com a subsistência, muito embora Cahalli (2002, p. 717) afirme que não é toda necessidade a ser protegida, para que não se premie a ociosidade ou o parasitismo.

O necessitado não deve ter bens o suficiente que garantam sua manutenção, isso não significa que o necessitado não possa ser proprietário de bens, mas apenas que não detenha bens suficientes para garantir sua condição social. Também, ao necessitado, é necessário comprovar não poder prover, por seu próprio esforço, sua manutenção, pois regra básica é que cada pessoa possa manter-se por seu próprio trabalho ou rendimento, sendo a obrigação alimentar meramente subsidiária, porém podem surgir situações, devido a contingências da vida, em que o indivíduo se encontra impossibilitado de manter a si próprio, seja por incapacidade física ou mental, doença, idade avançada e demais situações que fogem ao seu controle, necessitando da ajuda de outrem.

Não se justifica, no entanto, a pretensão alimentar nos casos de necessidades prolongadas, prêmios à ociosidade, como exemplo, quando a pessoa apresenta condições para exercer atividade laboral, ou mesmo já a exerce, no entendimento do TJ-MG:

APELAÇÃO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA - ALIMENTOS - EXONERAÇÃO - EX. MULHER - CAPACIDADE LABORATIVA COMPROVADA - POSSIBILIDADE. - É cabível o pagamento de alimentos entre ex-cônjuges, em

virtude do dever de mútua assistência, bem como do Princípio da Solidariedade, balizador da obrigação alimentar entre os cônjuges. Todavia, o instituto dos alimentos visa proteger os necessitados, e não fomentar a ociosidade. Por tal razão, somente fará jus ao seu recebimento quem demonstrar efetivamente a necessidade de perceber auxílio para sobreviver.(TJ-MG - AC: 10194130010284001 MG, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 10/07/2014, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/07/2014)

Como esclarece a ministra Nancy Andrigi “não se podendo albergar, sob o manto da Justiça, a inércia laboral de uns, em detrimento da sobrecarga de outros” STJ - REsp: 1653149 SP 2016/0301348-3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI.

O art. 1.694 também dispõe, em seu parágrafo 2º que os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia, o que corrobora com a tese da subsidiariedade da obrigação alimentar.

Esse dispositivo trouxe para a lei civil a distinção entre alimentos naturais e civis, pois aos culpados pelo estado de necessidade somente são devidos os alimentos naturais, necessários a sua subsistência, inovando, pois antes do Código Civil de 2002 apenas se perquiria culpa na separação, assim, os alimentos ganhavam uma característica punitiva, o cônjuge culpado devia alimentos ao cônjuge inocente, no entanto, com constitucionalização do Direito das Famílias e sua readequação às mudanças sociais, como a caracterização da união estável como entidade familiar, mudanças também foram necessárias no tocante às relações matrimoniais, pois sendo a culpa pela separação não investigada na união estável, também não caberia a investigação na dissolução do casamento, sob pena de ferir a isonomia ao privilegiar um tipo de Constituição familiar, além do que, com o fim do instituto da separação e a facilitação do divórcio, já não se cabia mais tal questionamento.

A investigação da culpa pela necessidade, portanto, difere-se da investigação da culpa pela separação, muito embora possam ter o mesmo efeito de minoração do valor alimentar (DIAS, 2013 p. 548).

Quanto aos filhos menores, presume-se a necessidade, haja vista a situação especial de pessoa em desenvolvimento e, portanto, a proibição do trabalho de menores, excepcionalmente na condição de aprendiz depois dos quatorze anos, sendo a obrigação alimentar decorrente do dever de sustento, muito embora com ele não se confunda, que deriva do poder familiar.

Quanto à possibilidade, o art. 1.695 do Código Civil de 2002 também deixa claro que, haja vista a necessidade de quem pede alimentos, é necessário também que se observe se a quem se reclama é possível fornecê-los sem privação do necessário ao seu próprio

sustento. Seria injusto o sacrifício do alimentante em detrimento do alimentado. Na fixação desse requisito deve ser levado em consideração os rendimentos do alimentante e não os bens.

Em caso de constituição de nova família, decréscimo ou crescimento de renda, qualquer situação que possa modificar a possibilidade do alimentante, há instrumentos processuais para a revisão ou exoneração de pensão.

É consagrado pelo Código Civil de 2002, no art. 1694, parágrafo 1º, o binômio necessidade-possibilidade, mas, como já explicitado, tanto a doutrina quanto a jurisprudência tratam a questão de forma aberta, sem a fixação de critérios matemáticos rígidos, de acordo com as circunstâncias e formas como são apresentados as situações fáticas, como bem exemplifica Sílvio Rodrigues (2008, p. 384):

São dois vetores a serem analisados: necessidade e possibilidade, devendo ser encontrado um equilíbrio entre eles. A regra é vaga e representa apenas um *stardad* jurídico. Assim, abre ao juiz um extenso campo de ação, capaz de possibilitar o enquadramento dos mais variados casos individuais

Para se definir o valor, o critério que mais resguarda a proporcionalidade é a vinculação aos rendimentos dos alimentantes, pois assim os reajustes da pensão seguem os possíveis reajustes nos rendimentos, além de guardar relação com a capacidade econômica do alimentante (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 636).

O problema surge quando o alimentante é profissional liberal, autônomo ou empresário, pois torna-se difícil mensurar os rendimentos, além de nesse caso ser muito mais fácil ao alimentante tentar dificultar a aferição de seus rendimentos. O juiz pode utilizar-se da teoria da aparência, ou seja, atentar para os sinais externos de riqueza e também a regra do *disregard*, ou despersonalização da pessoa jurídica (DIAS, 2013, p. 580), desvendar entes societários no intuito de descobrir a real participação de determinado sócio na empresa, para se aproximar, o máximo possível, à real situação dos rendimentos do alimentante e assim obter uma quantificação justa e equilibrada.

A inteligência do art. 1694 contém a expressão: “na proporção” expressão proposital e acertadamente vaga, pois somente ao juiz cabe estimar o *quantum* da obrigação alimentar, pelo critério da proporcionalidade, levando em consideração diversos critérios como idade, formação, saúde, capacidade laborativa etc.

Tendo em vista que o critério necessidade não diz respeito apenas à subsistência do alimentando, a jurisprudência e a doutrina vem afirmando que a proporcionalidade é princípio que norteia a aproximação da realidade econômica do alimentado a do alimentante, muito embora se saiba que não se igualam, nas palavras de Cahalli (2002, p. 727):

Assim, na fixação de alimentos, deve o magistrado, em examinando as possibilidades financeiras do alimentante, não se ater apenas ao rendimento admitido pelo profissional liberal, mas levar em conta também, os “sinais exteriores de riqueza”.

Paulo Lôbo (2010, p. 379) acrescenta: “A proporção não é mera operação matemática, pois tanto o credor quanto o devedor de alimentos devem ter assegurada a possibilidade de ‘viver de modo compatível com a sua condição social.’”

Segundo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

ALIMENTOS. REVISÃO. INDISPENSÁVEL VERIFICAÇÃO DO BINÔMIO "POSSIBILIDADE-NECESSIDADE" PROPORCIONALIDADE. ALIMENTOS. PROPORCIONALIDADE. Cuidando-se de pretensão revisional de alimentos (mediante exoneração e/ou redução da verba), é indispensável a verificação do binômio "possibilidade-necessidade", a teor do disposto no § 1º do artigo 1.694 do Código Civil. O juiz, guiando-se pela prudência e pelo bom senso, deve considerar a situação econômica das partes, de forma a averiguar a real possibilidade do alimentante e a necessidade do alimentando, bem como se houve alteração na fortuna dos litigantes, observando, sempre, o princípio da proporcionalidade como critério para tal aferição. Pretensão de redução da verba alimentar de três para um salário mínimo. Sentença de procedência parcial do pedido, fixando o pensionamento em 175% (cento e setenta e cinco por cento) do salário mínimo. Inconformismo do alimentante. Alegações de problemas financeiros da empresa da qual é sócio, existência de execuções do débito alimentar, nascimento de um segundo filho e diminuição das necessidades da alimentada. Insurgência que não comporta acolhimento. Embora seja caso de revisão dos alimentos para adequação à nova realidade econômica do apelante, não se mostra viável a redução ao patamar por este pretendido, pois tal configuraria extrema restrição ao padrão de vida da apelada, cujas necessidades persistem e estão, por igual, devidamente comprovadas. Destarte, tendo em conta as particularidades do caso concreto e sopesadas todas as circunstâncias, a verba alimentar estabelecida em primeiro grau afigura-se razoável, equilibrada e consentânea com os elementos trazidos aos autos, devendo ser mantida. Desprovisionamento do recurso. (TJ-RJ - APL: 00209078420078190021 RIO DE JANEIRO DUQUE DE CAXIAS 2 VARA DE FAMÍLIA, Relator: SUIMEI MEIRA CAVALIERI, Data de Julgamento: 10/12/2008, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/01/2009).

Farias e Rosenvald (2008, p. 636) e Maria Berenice Dias (2013 p. 579) afirmam que a proporcionalidade chega a formar um verdadeiro trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade, sendo portanto um vetor inseparável para fixação do *quantum* alimentar.

4.4 Quem deve e quem recebe

Como visto, para que nasça a obrigação alimentar é necessário observar-se o binômio necessidade-possibilidade e a proporcionalidade na aplicação. Além disso, claro

parece, é necessário também que haja a titularidade do direito por parte daqueles que o pleiteiam. As pessoas físicas ligadas por relações de parentesco, de casamento e de união estável que não possam se sustentar podem solicitar alimentos aos seus parentes, é isso que se conclui da leitura do art. 1.694 do Código Civil atual:

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.

No entanto, não são todos os parentes que podem pedir alimentos uns aos outros, na linha reta de parentesco, a obrigação não se limita, sendo, no entanto, preferível os mais próximos aos mais remotos (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 621) e também valendo-se da reciprocidade (CC, art.1.696), caso não haja parentes em linha reta, ou em havendo, estes não puderem suprir a obrigação parcial ou totalmente, o dever será imposto aos parentes em linha colateral até segundo grau (irmãos). Pouco interessa ao direito a origem do parentesco: se biológica ou adotiva, ou até de origem afetiva (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 620), não se reconhecendo ainda direito aos parentes por afinidade.

Na medida em que existem aqueles que podem ser titulares da obrigação alimentar, existem também aqueles que são obrigados a prestar alimentos, pois os alimentos configuram um direito misto com predominância do caráter pessoal, mas também com uma relação patrimonial de crédito e débito embutida.

Como trata-se de uma obrigação recíproca, aqueles que podem solicitar alimentos também podem prover os alimentos, sendo assim, os potenciais devedores da obrigação alimentar são um reflexo dos potenciais credores da obrigação alimentar: os parentes em linha reta, sem limites de grau, e na falta ou na impossibilidade destes primeiros obrigados, os parentes em linha colateral até o segundo grau (irmãos) e os ex-cônjuges ou ex-companheiros.

Há autores como Dias (2013, p. 566), Farias e Rosenvald (2008, p. 631) que defendem a abrangência da obrigação alimentar aos parentes colaterais até o quarto grau, tendo em vista que esses parentes podem arrecadar a herança deixada na ausência de parentes de grau mais próximo ao *de cuius*, defendem também o cabimento da obrigação alimentar entre os parentes por afinidade, mas representam ponto isolado nesse entendimento.

A obrigação alimentar dos pais em relação aos filhos menores, por decorrer do poder familiar, perdura até os dezoito anos do filho, sendo a necessidade do filho presumida.

Após os dezoito anos, cessa o poder familiar e por consequência o dever de sustento, que dá base à obrigação alimentar (CC, art.1.635, III), no entanto, a obrigação alimentar não cessa automaticamente (súmula 358 STJ¹⁸), devendo nesse caso o filho comprovar a necessidade, seja por motivo de estudo ou incapacidade física ou intelectual para o trabalho, portanto, a necessidade deixa de ser presumida como outrora. Nas palavras do ministro Marco Aurélio Bellize :

A obrigação alimentar devida aos filhos “transmuda-se do dever de sustento inerente ao poder familiar, com previsão legal no artigo 1.566, inciso IV, do Código Civil (CC), para o dever de solidariedade resultante da relação de parentesco, que tem como causa jurídica o vínculo ascendente-descendente e previsão expressa no art1696 do CC” AgRgnos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº791.322 -SP (2015/0247311-8)

Ao nascituro é salvaguardado o direito à vida. Os alimentos, neste caso, são prestados de forma distinta do usual, pois não suprem o sustento, vestuário, moradia, educação e demais encargos, mas sim a subsistência da mãe, caso não possa se manter enquanto durar a gestação e demais despesas próprias do período, da concepção ao parto, segundo a lei nº 11.804/2008 que instituiu os alimentos gravídicos.

Maria Berenice Dias (2013, p. 560) nega a natureza de obrigação alimentar, para ela seria melhor chamá-los de subsídios gestacionais. O titular desses alimentos, portanto, não é o nascituro, mas sim a mulher grávida. Caso nasça com vida, a criança passa a ser a credora da obrigação alimentar, transmudando-se a natureza de subsídios para alimentos propriamente dito. (PAULO, 2011, p. 383).

Dentre os vários efeitos pessoais e patrimoniais do casamento está a assistência recíproca, extensível à união estável. Durante a constância do casamento ou da união estável, a mútua assistência se dá pela colaboração de cada consorte para a manutenção da vida em comum, na medida de suas possibilidades (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 611), portanto, não há que se falar em obrigação alimentar propriamente dita ainda na constância das núpcias ou união estável, apenas com a dissolução do vínculo, baseados no princípio da solidariedade, há a projeção do dever de assistência aos ex-cônjuges ou companheiros, nascendo a obrigação alimentar.

18 “O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.” (Súmula 358, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/08/2008, DJe 08/09/2008, REPDJe 24/09/2008)

Devido às mudanças sofridas no perfil da sociedade brasileira, principalmente em relação à igualdade dos gêneros consagrados pelo princípio da isonomia, inscrito na Constituição de 1988 (art.226, § 5º), há uma tendência da jurisprudência em considerar a obrigação alimentar entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, geralmente devidos à ex-esposa ou ex-companheira, como restritos aos casos em que realmente não se possa prover sua própria subsistência, seja por motivo de incapacidade física ou intelectual, seja pela idade avançada e pouca formação para o mercado de trabalho, ou imposição do ex-cônjuge à vida doméstica.

Estabelecidos excepcionalmente nos casos em que o ex-cônjuge é jovem e saudável, mas sem preparo para o mercado, assim a obrigação alimentar é mantida por período transitório, até que consiga manter-se por si mesmo (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 614). Cabe ao juiz avaliar as peculiaridades do caso concreto e aplicar o binômio necessidade-possibilidade na conveniência dos fatos trazidos a juízo.

A obrigação alimentar não é solidária, exceto nos casos em que o titular é idoso, devido às disposições contida no Estatuto do Idoso, portanto, divide-se o encargo alimentar proporcionalmente às condições econômicas de cada obrigado.

Necessário alertar que a solidariedade que aqui se explicita não é aquela decorrente do princípio da solidariedade, -a solidariedade ampla, solidariedade social e familiar de cunho constitucional (CF Art.3º)- mas a solidariedade da obrigação alimentar, quando há uma pluralidade de credores ou de devedores que podem tanto receber ou cobrar a dívida integralmente, respectivamente.

Nas palavras de Paulo Lôbo (2011, p. 379): “assim, os alimentos constituem obrigação derivada do princípio da solidariedade, mas não é ‘obrigação solidária”, haja vista que o credor não pode cobrar livremente a dívida de qualquer obrigado, devendo atentar-se para a ordem de graus em linha reta e colateral. Existe uma única exceção a essa regra, tratada no art.12 do Estatuto do Idoso, a qual dita que o idoso pode optar entre os prestadores, sendo, portanto, excepcionalmente quando o titular dos alimentos é o idoso, possível se dizer que a obrigação alimentar é solidária entre os devedores

Importante frisar que a obrigação alimentar dos de grau mais afastado do credor além de subsidiária, também pode ser complementar, ou seja, mesmo que o primeiro obrigado possa arcar com parcela da obrigação, caso haja necessidade que justifique, pode ser chamado o parente de grau mais afastado para complementar tal obrigação, também na medida da sua possibilidade. Caso não seja possível a complementação, procede-se pela atualização, revisão ou até mesmo a exoneração do *quantum* alimentar.

4.5 Atualização, revisão, exoneração e extinção da obrigação alimentar.

Por ser dotada da característica da periodicidade, a obrigação alimentar está exposta às variações do custo de vida: aumento ou diminuição dos ganhos, inflação e demais contingências comuns à vida moderna, portanto, diferentemente de uma dívida de dinheiro, imodificável no tempo, ela representa uma dívida de valor, ou seja, não é expressa em valor nominal de moeda, mas de acordo com o valor atual do *quantum* devido, pois este é dotado da mutabilidade, de acordo com binômio necessidade-possibilidade.

Cahali (2002, p. 887), relaciona essa característica com a cláusula *rebus sic stantibus* na qual há o reajuste da prestação à realidade e não uma modificação obrigacional de fato. O art. 1.699 do Código Civil (2002), por sua vez, dispõe:

Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

A obrigação alimentar, portanto, é caracterizada pela mutabilidade em seu *quantum*. O art.15 da lei nº 5.478/68, lei de alimentos, afirma que a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado, suscitando dúvida se a sentença que fixa o *quantum* alimentar é dotada ou não de coisa julgada, formal ou material, no entanto, a doutrina majoritária vem afirmando que o que não forma coisa julgada é o *quantum* alimentar, visto que mutável, de acordo com o art.1.699 do Código Civil de 2002, mas que a decisão que faz nascer a obrigação alimentar é revestida da coisa julgada (LÔBO, 2010, p. 388), na mesma linha Cahali afirma:

Em outros termos, o citado art.15 não pode ser interpretado na sua literalidade, pois, conforme foi visto anteriormente, para além do trânsito em julgado formal, a que se sujeita a sentença, também certos efeitos que dela dimanam expõem-se ao trânsito julgado material, de modo a torná-la passível de juízo de rescindibilidade (...) o efeito preclusivo de que se cogita restringe-se ao conteúdo do provimento concernente ao quantum da pensão que, segundo os princípios, pode ser revisto a qualquer tempo, em razão do caráter continuativo da obrigação (2002, p. 890).

Mudanças no binômio necessidade-possibilidade podem levar à revisão do quantum alimentar, tanto para majoração, quanto para minoração, fazendo-a, às vezes, cessar, quando, por exemplo, o obrigado encontra-se impossibilitado de adimplir com o encargo, nesses casos a obrigação ainda persiste, não sendo possível somente sua cobrança. Existem situações, no entanto, que fazem desaparecer a própria obrigação alimentar, nesses casos fala-se da extinção da relação jurídica de direito material (DIAS, 2013, p. 600).

O desaparecimento da necessidade faz cessar a obrigação alimentar e a morte do credor, a extingui. A morte do alimentando extingui a obrigação alimentar, por perda do objeto, já que alberga o direito à vida, personalíssimo. A morte do alimentante pode ensejar a transmissão da obrigação de prestá-los a seus herdeiros, segundo art.1.700 do Código Civil atual, somente até as forças da herança (CC, art.1.792).

A maioridade, o casamento, a emancipação, a união estável ou concubinato do credor podem extinguir a obrigação alimentar. A impossibilidade do devedor pode fazer cessar o encargo alimentar, mas para além dessas hipóteses propostas no Código Civil de 2002, podem haver causas especiais de cessação da obrigação alimentar, como por exemplo, a inércia do credor que por longo tempo deixou de exigir-los. Cahali (2002, p. 948) entende apenas que há a cessação temporária, devido a característica da atualidade não possibilitar cobranças de parcelas não exigidas, podendo, no entanto, ser exigidos posteriormente, visto a irrenunciabilidade da obrigação alimentar.

O encargo legal, decorrente do poder familiar - o dever de sustento - difere da obrigação alimentar devido ao parentesco, pois diz respeito ao filho menor e é unilateral, ou seja: se exaure na relação paterno-filial (CAHALI, 2002, p. 658), além de não contar com a reciprocidade e compreender a educação, elemento estranho à obrigação alimentar (CAHALI, 2002, p. 659). Assemelha-se mais a uma obrigação de fazer do que de dar, encontrando guarida na Constituição Federal de 1988, art. 229 e Código Civil de 2002 nos art. 1.566, IV, e art.1.568.

O dever de sustento cessa com a maioridade do filho, pois é devido ao poder familiar, o qual também cessa chegada a maioridade, no entanto, a obrigação alimentar não cessa automaticamente, sendo necessária uma decisão judicial que venha garantir a manifestação do filho, de acordo com a súmula 358 do STJ: “O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos”, reforçada pelo Enunciado nº 344 da IV Jornada de Direito Civil: “A obrigação alimentar originada do poder familiar, especialmente para atender às necessidades educacionais, pode não cessar com a maioridade.”.

Nos casos em que os filhos são estudantes (universitários ou de cursos profissionalizantes) ou deficientes, a obrigação alimentar transmuda-se do dever de sustento, calçada pelo poder familiar, que é unilateral, similar a uma obrigação de fazer, para uma obrigação alimentar devido ao parentesco, que é recíproca, assemelhada a uma obrigação de dar e que não engloba o necessário à educação, segundo entendimento construído pela jurisprudência.

O Código Civil atual não enumera as possibilidades de cessação ou extinção da obrigação, no entanto explicita em artigos esparsos algumas formas de cessação da obrigação alimentar, como, por exemplo, o art. 1.708 que dita “Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimento”, pois nesses casos o dever de mútua assistência inerentes ao casamento e união estável no novo vínculo faz cessar a solidariedade familiar devida ao ex-cônjuge ou companheiro.

Maria Berenice Dias (2013, p. 601) discorda do fato do concubinato desonerar o ex-cônjuge ou companheiro, pois o art. 1.727, do Código Civil de 2002, veta efeitos ao concubinato, por não configurar unidade familiar e por isso mesmo não fazer nascer entre os concubinos o dever de mútua assistência, capaz de cessar o vínculo anterior.

O Enunciado nº 265 da III Jornada de Direito Civil, que assim preconiza: “Na hipótese de concubinato, haverá necessidade de demonstração da assistência material prestada pelo concubino a quem o credor de alimentos se uniu”, surgiu no intuito de dirimir a questão, no mesmo sentido discorre Tartuce (2017, p. 349) ante o fato de ser necessária a prova do sustento por parte do concubino para que seja possível a extinção do dever de alimentar, pois relações momentâneas, efêmeras, sem o condão da estabilidade não poderiam ensejar a extinção do dever alimentar, como ocorrera no passado em que se perquiria se o alimentando possuía uma conduta “honesta”, principalmente a mulher, numa posição preconceituosa e discriminatória.

O parágrafo único do art. 1.708 também explicita que o procedimento indigno do credor em relação ao devedor faz cessar a obrigação alimentar, mas o Código Civil atual não especificou quais são as hipóteses de procedimento indigno, sendo necessário investigar o que o ordenamento jurídico entende por indignidade e procedimento indigno.

5 O ABANDONO DAS FUNÇÕES PARENTAIS COMO PROCEDIMENTO INDIGNO EM ALIMENTOS

O Código Civil de 2002 insere, explicitamente, a indignidade no sistema jurídico, por meio do Direito Sucessório, nos Art.1814, que trata da indignidade de herdeiro e legatário para suceder, art.1962 e 1963, implicitamente, que tratam da deserdação dos descendentes pelos ascendentes e dos ascendentes pelos descendentes, respectivamente. Todos eles em rol taxativo.

Insere matéria de indignidade no Direito das Famílias, no art.1708, parágrafo único, o qual trata da indignidade do credor de alimentos em face do devedor, como forma de exoneração da obrigação alimentar, mas ao contrário do que ocorre no Direito Sucessório, não há elucidação do que seria a indignidade em alimentos, o que torna problemático a aplicação desse artigo em relação ao parágrafo único.

5.1 Indignidade: difícil conceituação.

A indignidade, embora inserida no sistema jurídico, é questão pouco debatida, talvez, pela preferência em se debater sobre a dignidade da pessoa humana, de grande relevância, é claro, visto ser o modulador de inumeráveis direitos, o que tornaria a indignidade um assunto desagradável, como uma negação da dignidade.

Sua origem semântica vem da palavra latina *indignus*, o contrário de *dignus* (SAXONIS, p. 149), equivalente à honra, mérito. Indignidade, ao contrário, seria algo como desonra, desmerecimento. O *dignus* latino é uma qualificação, uma distinção, atrelada à valoração e não a uma característica intrínseca humana, portanto, não seria o princípio da dignidade humana, conceito moderno, desconhecido dos romanos. O *Indignus* sendo seu oposto, encerra uma desvalorização, demérito, Indignidade, portanto, não é o oposto de dignidade humana, não significa negar a alguém o seu valor intrínseco como ser humano, não significa negar-lhe direitos, mas apenas valorar sua conduta.

Analisando como a indignidade é inserida no Direito Sucessório, claramente se vê que a indignidade significa exatamente a valoração da conduta e consequente desmerecimento por parte daquele que, conscientemente, atentou contra o *de cuius* instituidor da herança, portanto, a indignidade encerra uma valoração de caráter ético, visto

que permitir àquele que atenta contra outrem, obter vantagens do mesmo, seria premiar o ofensor.

Nessa linha Sílvia Venosa (2001, p. 62): “é moral e lógico que quem pratica atos de desdouro contra quem lhe vai transmitir uma herança, torna-se indigno de recebê-la, daí porque a lei traz descritos os casos de indignidade, isto é, fato típico que, se praticados, excluem o herdeiro da herança”, acompanha-o Arnaldo Rizzardo (2014, p. 84): “a compreensão do que seja indignidade não oferece dificuldades. O conceito envolve a ideia de atos ofensivos praticados contra a pessoa, a honra e os interesses do autor da herança.”, complementa Maria Helena Diniz(2013, p. 65):

A indignidade vem a ser uma pena civil que priva do direito de herança não só o herdeiro, bem como o legatário que cometeu os atos criminosos, ofensivos e reprováveis, taxativamente enumerados em lei, contra a vida, a honra e a liberdade do *de cuius* ou de seus familiares.

A indignidade seria, portanto, uma pena civil, para o Direito Sucessório, próxima à incapacidade para suceder, portanto, de caráter personalíssimo, baseado em comportamento violento que visa atingir a dignidade do outro.

Do disposto, infere-se o que é a indignidade : não é um princípio, como o é a dignidade humana, por isso não pode ser invocada deliberadamente para afastar direitos de qualquer indivíduo e nem está presente em todo o sistema, somente nos direitos que permitem relações existenciais entre os indivíduos; no Direito Sucessório confunde-se com uma pena civil, baseada em comportamento prévio manifestadamente violento, em ataque à dignidade do outro; no Direito das Famílias dificultosa é sua definição, pois o art. 1.708 encerra a expressão “procedimento indigno”, capaz de fazer cessar a obrigação alimentar, mas, ao contrário do sucessório, não apresenta um rol do que possa ser considerado.

Gisela Hironaka (2008,p. 05) assim discorre sobre o assunto:

Parece ser justo afirmar: enquanto a dignidade é um valor (e um valor intrínseco e imutável), a indignidade é uma prática (e uma prática aviltante e violenta). Logo: dignidade e indignidade não são concepções contrárias, porque não são congêneres. Se assim é, eis uma tentativa de conceito jurídico do que seja indignidade, se me permitem intentá-lo, ao menos para deixar registro, neste formidável VI Congresso do IBDFAM: no Direito de Família, a indignidade é uma ofensa violenta que deliberadamente visa destruir a relação familiar a partir da destruição do outro nesta relação.

A autora insere a indignidade no Direito das Famílias, como uma prática de violência, portanto um atentando à dignidade do outro, o que leva a crer que em relação à

obrigação alimentar, tal procedimento seja muito mais amplo e passível de interpretações diversas.

5.2 O procedimento indigno em alimentos

O procedimento indigno é uma causa especial de cessação da obrigação alimentar. O Código Civil de 1916 não fazia menção a tal instituto em alimentos, muito embora fosse prática corriqueira anterior a ele, inclusive exposta na lição histórica de Lafayette Rodrigues (2004, p. 281), ao descrever que o filho que cometeu ingratidão pela qual pudesse ser deserdado, tinha simultaneamente cessado seu direito a alimentos devido pelos pais.

Também em lição histórica se posicionava Gomes (2001, p. 448), ante o silêncio do Código Civil de 1916: “repugna admitir que o alimentante seja obrigado a manter a quem, por exemplo, atentou contra a sua vida”, Cahali (2002, p. 950) elucida que a Lei de dezenove de junho de mil novecentos e setenta e cinco, §4º, fazia cessar o direito a alimentos para a mulher tutelada em caso de “deixar-se corromper”.

Embora Lafayette fizesse uma aproximação das hipóteses da deserdação por ingratidão e cessação da obrigação alimentar, hodiernamente, diferem-se, pois naquele encerra um rol taxativo previsto na lei, visto ser uma sanção restritiva de direitos, e neste trata-se de um *standard* jurídico, uma cláusula geral que encerra conceito aberto (TARTUCE, 2017, p. 349), a ser preenchido pelo aplicador do direito, embora também restrinja direitos.

Por ser conceito indeterminado e restritivo de direito, necessário se faz uma interpretação cuidadosa, para que não se incorra em exageros interpretativos como aludem Maria Berenice Dias (2013, p. 548), Tartuce (2017, p. 345), Madaleno (2013, p. 403) e Lôbo (2010, p. 392) sobre a possibilidade, por exemplo, da invasão da vida privada de ex-cônjuge, em uma censura a liberdade afetiva e sexual do alimentando, fazendo-se surgir um dever de fidelidade injustificável (MADALENO, 2013, p. 403), levando-se a um julgamento moral digno de 1775 para a mulher que “deixa-se corromper”, em um anacronismo grotesco.

5.3 Indignidade no direito sucessório: possível analogia

Pelegrine, Rangel e Dinarmarco (2007, p. 108) assim dissertam sobre analogia;

Consiste a analogia em resolver um caso não previsto em lei, mediante a utilização de regra jurídica relativa a hipótese semelhante. Fundamenta-se o método analógico na idéia de que, num ordenamento jurídico, a coerência leva à formulação de regras idênticas onde se verifica a identidade da razão jurídica

A matéria da indignidade é muito mais clara no Direito Sucessório, portanto, para interpretação e restrição do conceito de procedimento indigno em alimentos, natural que essa seja a primeira fonte de analogia. Historicamente, era essa aproximação que se fazia, no entanto, como os Direito Sucessório e Direito das Famílias possuem bases jurídicas e finalidades diversas (CAHALI, 2002, p. 949) e também porque o Código Civil de 1916 não contemplava a indignidade em matéria de alimentos, os dois sistemas se distanciaram.

O Código Civil de 2002, no entanto, trouxe uma inovação no parágrafo único do art.1708, reinserindo a indignidade na seara familiar, já presentes em doutrinadores da estirpe de Lafayette e Orlando Gomes, novamente torna-se possível uma analogia entre os dois sistemas.

Para restringir juízos subjetivos ou valores morais dos magistrados e aplicadores do direito em relação ao conceito aberto, foi aprovado o Enunciado n.264, que assim dispõe: “Na interpretação do que seja procedimento indigno do credor, apto a fazer cessar o direito a alimentos, aplicam-se, por analogia, as hipóteses dos incisos I e II do art. 1.814 do Civil”, essas hipóteses são:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

Portanto, o alimentando que atenta contra a vida, calunia ou atinge a honra do alimentante, poderá ter seu direito alimentar cessado ante esse procedimento. Gisele Hironaka (2008, p. 4) inclui as hipóteses da deserção (art.1962 e 1963) e o inciso III do art. 1.814, como ensejadores da cessação da obrigação alimentar:

os casos de indignidade são, portanto e no conjunto dos dispositivos mencionados, divididos em cinco categorias: a) ofensa física (Art. 1.962, I; Art. 1.963, I), tentativa de homicídio ou homicídio consumado (Art. 1.814, I); b) calúnia (Art.1.814, II) ou injúria (Art.1.962, II; Art. 1.963, II); c) violência ou fraude contra ato de última vontade (Art. 1.814, III); d) relações ilícitas com cônjuge do prestador de alimentos (Art. 1.962, III; Art. 1.963, III); e) desamparo (Art. 1.962, IV; Art. 1.963, IV).

Maria Berenice Dias (2013, p. 601) expande a possibilidade para alcançar também as hipóteses da revogação da doação, Art.557do Código Civil (2002):

Art. 557. Podem ser revogadas por ingratidão as doações:

- I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele;
- II - se cometeu contra ele ofensa física;
- III - se o injuriou gravemente ou o caluniou;
- IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.

Dessa hipótese, somente o inciso IV acrescenta ao já disposto. Tartuce (2017, p. 350) alarga as possibilidades para o procedimento indigno, fazendo alusão à boa-fé objetiva:

Com todo o respeito, seguindo outra corrente doutrinária, entendemos que em alguns casos deve-se ampliar a concepção de procedimento indigno de forma extensiva, principalmente em hipóteses de notória gravidade (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Civil...*, 2005, p. 874). Para tanto, entra em cena a boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva aludida por Tartuce (2017, p. 350) diz respeito basicamente à obrigação alimentar entre ex-cônjuges ou companheiros:

Para a caracterização desse procedimento desrespeitoso, entrará em cena a tese dos deveres anexos, a qual se relaciona com a boa-fé objetiva, particularmente no que toca ao dever de respeito, que igualmente deve estar presente após a dissolução da união estável, da sociedade conjugal ou mesmo do casamento.

O seguinte julgado assim dispõem:

O conjunto probatório deixa claro que a autora, se aproveitando da grave crise psiquiátrica vivida pelo réu, o induziu a um casamento em regime de comunhão universal de bens e, logo depois das núpcias, provocou o rompimento da relação, com vistas a ficar com metade do milionário patrimônio de seu cônjuge. Mais que isso, durante todo o tempo manteve relação adulterina, violando o dever de fidelidade conjugal" (fl. 3272). Com efeito, à luz das circunstâncias do caso concreto, restou detectado o procedimento indigno.(TJ-DF - APC: 20090110844256 DF 0107538-56.2009.8.07.0001, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 24/07/2014, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 04/08/2014 . Pág.: 161, p. 9)

Nada impede que também seja aplicada na obrigação alimentar que envolva pais e filhos a observação do caráter ético de conduta, principalmente na obrigação alimentar, que é recíproca e, portanto, requer um procedimento digno antes e durante a prestação.

5.4 O abandono das funções parentais como procedimento indigno em alimentos.

O procedimento indigno, para além das hipóteses de indignidade na sucessão, deserdação e ingratidão(nas doações), também pode abranger novas hipóteses graves, como afirma Tartuce (2017, p. 350) e Alves (2006, p. 20), portanto, deve abranger o caso

específico de pais que abandonam os seus filhos registrais, pois, como visto no capítulo específico, o abandono nesse caso poderia tipificar os abandonos material e intelectual, além do afetivo, nos dois primeiros tipos a gravidade é bastante clara, pois inseridos em sede do Direito Penal, fragmentário e *ultima ratio* dos direitos, o que dissipa qualquer dúvida sobre a indignidade da conduta, aliados ao abandono afetivo, ainda que controverso nos tribunais, demonstra o ataque à dignidade do filho abandonado, que sofre danos de origem material, psicológico, moral e social.

Além dos danos provocados aos filhos, o abandono fere direitos básicos dos mesmos. Direitos constitucionais, expressos nos art. 227 da Constituição Federal:

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

E art. 229: “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”, reafirmados pela lei nº 8.069/1990 (ECA), que especializa as disposições constitucionais, principalmente no art.3º:

Art. 3º **A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana**, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.(grifo nosso)

Também reforçados pelo Código Civil de 2002, art.1634, que assegura os direitos advindos do poder familiar: sustento, guarda, educação, companhia; capítulo XI, (art.1.583 a 1.569), que trata da proteção dos filhos.

A cada direito assegurado pelo sistema, equivale a um dever dos pais, albergado pelos princípios do sistema, que esvaziados configuram conduta indigna perpetrado pelo pai ou mãe que abandona.

Alguns julgados têm buscado interpretar essa questão em dispositivos contidos no próprio Código Civil atual, fazendo analogia com a hipótese da perda do poder familiar,

uma sanção civil, como visto, por abandono, inciso II do art.1.638. Interessante notar que essa é a hipótese usada pelos contrários à indenização por abandono afetivo, que ditam que a única sanção aplicável ao abandono afetivo seria a perda do poder familiar, como se pode observar no seguinte julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1.A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.2. Recurso especial conhecido e provido. [...] Colhe-se do corpo do acórdão que, “como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada” (BRASIL, 2005). **De acordo com o entendimento do relator, já existe sanção prevista em lei para a hipótese de abandono moral: a perda do poder familiar.** Ainda segundo o julgador, acolher a tese de responsabilização civil enterraria definitivamente a possibilidade de restabelecimento da relação paterno-filial entre os envolvidos. (STJ - REsp: 757411 MG 2005/0085464-3, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 29/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/03/2006, grifo nosso)

Se o abandono é capaz de ensejar sanção gravíssima no Direito das Famílias (perda do poder familiar) logo, é capaz de configurar procedimento indigno:

APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS REQUERIDOS ÀS FILHAS COM BASE NO PARENTESCO. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE paternidade(e maternidade) responsável, dever de convívio, solidariedade familiar, afetividade, dignidade humana. REQUERIMENTO PARA APRECIÇÃO EM CONTRARRAZÕES. PRESSUPOSTO FORMAL DESCUMPRIDO. ART. 523, § 1º, DO CPC. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. - Para o conhecimento do agravo retido necessário requerimento expresso na apelação, ou, não tendo sido interposta pelo recorrente, na oportunidade das contrarrazões recursais, por se tratar de requisito de admissibilidade previsto no art. 523, § 1.º do Código de Processo Civil – CPC. Ausente esse requerimento, não é possível conhecer da irresignação. MÉRITO. I - **ABANDONO DAS FILHAS. PROCEDIMENTO INDIGNO. ART. 1.708, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC. ANALOGIA COM ART. 1.638, II, DO CC.** CONDUTA MITIGADA DIANTE DAS PARTICULARIDADES DO CASO. PRESSUPOSTO SUBJETIVO CARACTERIZADO, MAS COM ALIMENTOS LIMITADOS AO ESTRITAMENTE NECESSÁRIO. II - DERRAME CEREBRAL E INCAPACIDADE PARA O TRABALHO. NECESSIDADES MINIMAMENTE DEMONSTRADAS. CONSIDERÁVEL O PROVENTOS PREVIDENCIÁRIO DAS ALIMENTANTES. POSSIBILIDADES CARACTERIZADAS. FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS EM 7% DO BENEFÍCIO PARA CADA ALIMENTANTE. PROPORCIONALIDADE ATENDIDA. III - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, SEM EQUIVALÊNCIA DE DERROTAS. REDISTRIBUIÇÃO. GRATUIDADE. SUSPENSÃO. ART. 12. DA LEI N. 1.050/60. IV - SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO EM PARTE. I - Não obstante o abandono material e moral da prole possa caracterizar o "procedimento indigno" a que alude o parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, por analogia ao art. 1.638, II, também do Diploma Civil, não há falar na cessação da obrigação alimentar das filhas aos pais quando as particularidades do caso mitigam tal ausência, recomendando no caso apenas a limitação aos alimentos necessários, a teor do enunciado n. 345 das Jornadas de

Direito Civil. II - Demonstradas, ainda que minimamente, as necessidades do alimentando em razão da incapacidade laboral decorrente dos sérios problemas de saúde por que pas [...] (TJ-SC - AC: 20100467098 SC 2010.046709-8 (Acórdão), Relator: Henry Petry Junior, Data de Julgamento: 15/08/2012, Quinta Câmara de Direito Civil Julgado, grifo nosso)

O julgado mitigou o descumprimento dos deveres da parentalidade, de acordo com o caso, fazendo alusão ao enunciado n.345, que limita o *quantum* alimentar ao necessário à subsistência, em casos de culpa do alimentando pela situação de necessidade. Outros julgados enfatizam o caráter solidário da prestação alimentar e relativizam esse conceito em caso de abandono, mas também evidenciando o descumprimento do poder familiar:

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, grifo nosso).

Ementa:APELAÇÃO CÍVEL. ALIMENTOS. FIXAÇÃO. O pedido de alimentos repousa aqui no dever de solidariedade entre os parentes, previsto no art. 1.694 do CCB, visto que a demandada é sua filha. Contudo, para a fixação de alimentos mister prova da necessidade de quem pede e da possibilidade da demandada, nos termos do parágrafo primeiro do referido dispositivo legal. Considerando que a apelante mora em imóvel cedido por um filho, possui plano de saúde pago por outra

filha, recebe benefício do INSS no valor de R\$ 1.200,00, além de viver em união estável, descaracterizada está sua necessidade ao recebimento de socorro alimentar por parte da apelada. Mesmo que caracterizada a necessidade da autora/apelante ao recebimento de alimentos, não subsiste, na excepcionalidade do caso, **há mais de 40 anos, diante do comportamento reprovável da própria apelante (que é mãe da apelada e a abandonou) qualquer vínculo afetivo para amparar o dever de solidariedade entre as litigantes, de forma que descabida seria a condenação da apelada ao pagamento de pensão em prol da apelante.** NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível N°70059917898, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 21/08/2014)

Alimentos. Solidariedade familiar. Descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. **E descabido o pedido de alimentos, com fundamento no dever de solidariedade, pelo genitor que nunca cumpriu com os deveres inerentes ao poder familiar**, deixando de pagar alimentos e prestar aos filhos os cuidados e o afeto de que necessitavam em fase precoce do seu desenvolvimento. Negado provimento ao apelo" (TJ/RS. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n. 70.013.502.331.Relatora: Des.^a Maria Berenice Dias. Julgado em 15.02.2006, grifo nosso)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. PEDIDO DE ASCENDENTE EM FACE DO DESCENDENTE. BINÔMIO NECESSIDADEPOSSIBILIDADE. 1) A obrigação dos filhos perante os pais idosos está alicerçada nos princípios constitucionais do Direito de Família e nos demais diplomas legais, sendo que a obrigação de prestar alimentos tem como fundamento o vínculo de solidariedade humana que une os membros de um mesmo grupo familiar, os quais têm o dever recíproco de uns para com os outros de prestar assistência aos que necessitam, norteando-se, ainda, pelo binômio necessidade-capacidade (artigo 1694, § 1º, do CC). 2) As partes não mantiveram ao longo de suas vidas estreitos laços de convivência e afeto, sendo evidente a mágoa e sentimento de rejeição cultivado pelo réu em relação a sua genitora, os quais remontam aos fatos 50 passados, quando esta dele se afastou ainda na sua tenra infância, deixando o lar conjugal para viver em união estável com outra pessoa. 3) O conjunto probatório carreado para os autos revela que a autora pouco ou nada sabe sobre a vida pregressa do réu, seu filho, nada referindo a respeito de fatos relacionados a sua infância ou mesmo evolução escolar, apenas destacando seu recente êxito profissional como alicerce para acolhimento de sua pretensão. 4) **Resta evidente que a autora jamais se dispôs a cuidar do réu, tendo abdicado da convivência com o filho ainda pequeno para constituir outra família, desprovendo o infante do salutar amparo afetivo materno, conduta esta que, a nosso ver, caracteriza procedimento indigno, a atrair a incidência do disposto no art. 1.708, parágrafo único, do Código Civil, o qual desonera o devedor do encargo alimentar que, em princípio, teria em relação a sua genitora [...].** 8) Provimento do recurso. (TJRJ - APL: 00007931820118190205 RJ 0000793-18.2011.8.19.0205, Relator: DES. HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES, Data de Julgamento: 05/11/2013, QUINTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 19/12/2013). (RIO DE JANEIRO, TJRJ, 2013, grifo nosso)

Maria Berenice Dias (2013, p. 536). é clara quanto ao assunto:

Ainda que exista o dever de solidariedade da obrigação alimentar, a reciprocidade só é invocável respeitando um aspecto **ético**. Assim, o pai que deixou de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar não pode invocar a reciprocidade da obrigação alimentar para pleitear alimentos dos filhos quando eles atingirem a maioridade. Expressamente a lei autoriza a cessação do direito a alimentos quando o credor tem um **procedimento indigno** para com o devedor (CC 1.708, parágrafo único). Às claras que o dispositivo não diz somente com o agir indevido dos filhos. Também o pai que age indignamente – por abandono ou por abusar dos filhos – **não tem legitimidade para pedir alimentos.**(grifo nosso)

Para a autora, não só é possível exonerar a prestação alimentar do descendente em relação ao ascendente, como é ilegítimo ao pai (ou mãe) o pedido de alimentos em face do filho que negligenciou. Rolf Madaleno (2013, p. 1027) assim também compreende:

Por último, cabe mais uma reflexão, no sentido de ser considerado **como indigno igualmente o comportamento daquele genitor que durante a infância e adolescência de seus filhos sempre se manteve alheio, distante, indiferente e**

até mesmo hostil, como acontece, por exemplo, quando uma mãe destaca com seu agir familiar que realmente não tem nenhum apreço por seus filhos, que é capaz de expor sua prole aos riscos inerentes à sua própria vulnerabilidade, podendo sua negligência ou o seu dolo resultar na dependência de drogas ou prostituição de um filho ou uma filha e mesmo depois de todo este escárnio para com sua prole, porque agora adulta e provendo rendas, este genitor busca de seus filhos que nunca amou um vínculo judicial de alimentos que assegurem sua velhice e indigência, mas que certamente não são devidos por todo seu histórico de uma conduta desordenada e reprovável, indigna de qualquer liame alimentar.(...) não havendo necessidade alguma da preexistência de uma ação judicial comprovando o abandono material do passado, bastando uma reclamação ou atitude extrajudicial de negativa injustificada de dar alimentos a um filho que o pai abandonou ou ao ascendente que o filho ignorou, não eximindo o indigno o fato de um terceiro ter prestado o auxílio alimentar em seu lugar. **Em realidade estas são causas que servem para evitar o nascimento do direito alimentar.** (grifo nosso)

Para o autor, o comportamento do genitor (ou genitora) que abandona sua prole configura um comportamento indigno (uma conduta indigna, portanto) que, pura e simplesmente, evita o nascimento do direito alimentar, ou seja, que ilegítima o demandante-genitor- ante a obrigação alimentar em face do filho, tornando o pedido improcedente, como se vê nos julgados supracitados, por essa conduta indigna refletir no procedimento indigno. Alves (2006, p. 21), nesse sentido preleciona:

Questão interessante aqui se coloca, no caso do pai indigno que abandonou o filho, no berço das origens de sua existência e ao, depois, quando o filho alcança notoriedade pessoal e riqueza, reclama para si a assistência material que ele, a seu turno, negou ao infante infortunado. Jurisprudência mais remota, citada por Yussef Said Cahali, à falta de disposição expressa, admitia tal pretensão, certo que a inexigibilidade, em casos que tais, apenas seria circunscrita no âmbito moral, quando, apesar de tudo, doutrina alienígena já repudiava o direito alimentar daquele que, faltando aos deveres da paternidade, ou da filiação, cometesse contra o outro, ofensa grave, como é a do abandono material e afetivo paterno. Agora, a dicção legal mais recente do parágrafo único do art. 1.708, torna ineficaz o vínculo parental, sempre que privado esteja o credor dos alimentos, por indignidade, de reclamá-los ou merecê-los prestados.

Portanto, há indignidade da conduta no caso de pais que abandonam as funções parentais deliberadamente, negligenciando sua prole, visto a indignidade ser prática contra a dignidade do outro e a obrigação alimentar obedecer a um caráter ético nas relações familiares, bem como todo o ordenamento jurídico, desde o seu topo, com a Constituição Federal de 1988, até os ramos do Direito Penal e Direito Civil, prescrever deveres aos pais em relação a seus filhos, nesse sentido, penalizando condutas de abandono imotivado desses deveres.

A deserção das funções parentais, o esvaziamento de direitos da prole, é conduta indigna, portanto, sendo possível essa interpretação como procedimento indigno em alimentos, caso haja a pretensão por parte dos pais desertores, capaz de exonerar a obrigação

alimentar, ou minorá-la, a depender do caso e até mesmo ilegitimar o pedido, extinguindo o próprio direito material, como interpretam alguns julgadores, diante do caso concreto.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sociedade e direito estão em constante inter-relação, sendo o direito uma tentativa de regulação da sociedade, por isso espelhar concepções da época a qual se insere.

O Direito Civil, especificamente o Direito das Famílias, reproduziu injustiças e discriminações em seu histórico, como as discriminações perpetradas contra os filhos nascidos fora do modelo então protegido.

A sociedade de 1916, e sua codificação civil, albergavam institutos seculares como o pátrio poder, o poder marital, a indissolubilidade do matrimônio, originários do Direito Romano e Canônico. A família era, portanto, matrimonializada, hierarquizada, patriarcal, patrimonialista, transpessoal, protegia o instituto da família, a conservação e transmissão do patrimônio e os papéis pré estabelecidos, em detrimento das pessoas.

No cerne da questão estava o abandono de filhos, questão complexa que englobava diversos aspectos, dentre eles o fato dos filhos não figurarem como sujeitos de direitos e também o ordenamento proteger apenas o modelo matrimonializado de família, o que fazia com que todas as crianças fruto de relações fora desse modelo fossem discriminadas socio e juridicamente, denominadas de filhos ilegítimos, dando ensejo ao abandono institucionalizado, como a adoção da roda dos expostos, na tentativa de evitar escândalos nas famílias.

Situação superada somente com as modificações sociais ocorridas, como a luta pela igualdade de gênero, liberação sexual, inovações tecnológicas de contracepção e de reprodução humana e, principalmente, a mudança normativa promovida pela Constituição de 1988, voltada à proteção da pessoa humana, o que possibilitou a ruptura com o velho sistema dentro do Direito das Famílias e deu ensejo a novos paradigmas para a entidade familiar, que passou a ocupar-se com a dignidade de seus membros, repersonalizando-se.

A família, então, passou a ser o *locus* de desenvolvimento da personalidade e dignidade de todos os membros, em especial das crianças e adolescentes, os quais agora são vistos como sujeitos de direito e, além disso, o centro de proteção nas entidades familiares.

Nesse contexto, surgem princípios e garantias em proteção aos filhos, como o princípio da convivência, melhor e maior interesse, proteção integral, além dos preconizados pela Constituição de 1988: afetividade, solidariedade, liberdade, igualdade, dignidade,

culminando com a criação de codificação específica de proteção: o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Aos filhos é conferida a igualdade de tratamento, não importando a origem: se adotiva, biológica, até mesmo afetiva, pouco importando também o vínculo entre os pais. Aos pais é conferido o direito ao planejamento familiar, efetivada pelo Poder Público, baseado na parentalidade responsável, incumbindo-os, também, de deveres inerentes a essa parentalidade.

O abandono, nesse contexto, passa a ser um abuso, frente a liberdade sexual e planejamento familiar facultada às pessoas e os direitos adquiridos pelos filhos. Não se nega as complexas questões socioeconômicas inerentes ao fenômeno, como a pobreza, pouca rede de apoio, distanciamento familiar e do parceiro, no caso de mulheres, e a remodelação da paternidade e naturalização do abandono paterno na sociedade, no entanto, maior é a nocividade da prática para o bem-estar sociopsicológico daquele ainda em desenvolvimento.

O abandono na esfera jurídica é combatido por meio de sanções na seara criminal, de caráter mais grave, com a tipificação dos abandonos material e intelectual como crimes contra a assistência familiar, e também na seara cível, com sanções pelo descumprimento de deveres inerentes ao poder familiar e também com o enquadramento do abandono afetivo na responsabilidade civil, embora ainda seja assunto não pacificado pelos tribunais.

O caso específico dos pais, constantes no registro de nascimento dos filhos, que se afastam imotivadamente de seus filhos na mais tenra idade, que deserdam da parentalidade, negando-lhes assistência material e moral, deixando-os em completa vulnerabilidade social, reflete o descumprimento dos deveres inerentes à parentalidade e ao poder familiar, pela prática cumulada dos tipos distintos de abandono: afetivo, intelectual e material, sendo estes dois últimos crimes, bem como o abandono afetivo, que pode ensejar indenização por dano moral, portanto, condutas indignas em essência, demonstrando a indignidade do abandono das funções parentais.

A indignidade no sistema jurídico é conduta que fere a dignidade do outro. No Direito Sucessório é clara sua aplicação para os casos de indignidade e deserdação na sucessão, pois restrita a um rol taxativo. No Direito das Famílias, na obrigação alimentar, não é claro o que configura procedimento indigno, visto ser uma cláusula aberta a interpretações, mas que tem por fonte natural de analogia a conduta indigna no Direito

Sucessório, o que expande as possibilidades de interpretação, visto ser a conduta indigna mais ampla do que o rol restritivo do Direito Sucessório.

Apesar de escassos e também por ser um tema bastante restrito e pouco estudado, fato que dificultou a pesquisa, há julgados que tratam do tema procedimento indigno em alimentos, fazendo analogia com o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, portanto, das funções da parentalidade.

De todo o exposto, o abandono das funções parentais é conduta indigna e portanto, por analogia, caso haja pretensão alimentar dos pais que desertam da parentalidade, configura também o procedimento indigno, por ferir a dignidade do filho e a proteção dada pelo ordenamento jurídico à assistência familiar, ensejando a extinção, minoração ou mesmo a não legitimação do pedido na obrigação do descendente em face do ascendente.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de direito no direito de família. In: **V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Dignidade Humana**. Belo Horizonte: IOB Thomson, 2006. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/22.pdf>. Acesso em: 19 de maio 2018.

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret. 2001.

BADINTER, Elisabeth. **Um Amor conquistado: o mito do amor materno**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4: parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n° 264. In: **III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/397> >. Acesso em: 16 de maio. 2018

_____. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n° 265. In: **III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/522> >. Acesso em: 16 de maio. 2018

_____. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n° 344. In: **IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/394> >. Acesso em: 16 de maio. 2018

_____. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n° 345. In: **IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/519> >. Acesso em: 16 de maio. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sumula n° 358. In: _____. **Súmulas**. Brasília. https://www2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_31_capSumula35 >. Acesso em: 23 de març. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Senado Federal. 1988.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan 2002.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL N° 791.322 - SP (2015/0247311-8). Relator: MARCO AURÉLIO BELLIZZE. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 12 jan. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 757411 MG 2005/0085464-3,. Relator: Ministr FERNANDO GONÇALVES. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 29 nov. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial 1.025.769/MG. Relator: Ministro. Nancy Andrighi. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 24 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial 1653149 SP2016/0301348-3. Relator: Ministra NANCY ANDRIGH. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 16 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança nº 3902. Relator: Ministro. Ayres Britto. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 03 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança nº 3902. Relator: Ministro. Nancy Andrighi. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 24 abri. 2012.

CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. **Relatórios de crianças cadastrados**. 2018. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf> >. Acesso em: 05 de abr. 2018.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**.4. ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial. Vol.03. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pai Presente e Certidões**. 2 ed. Brasília, 2015. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/04/b550153d316d6948b61dfbf7c07f13ea.pdf> > Acesso em: 05 de abr. 2018.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

CUNICO, Sabrina Daiana; ARPINI, Dorian Mônica; CANTELE, Juliana. **A impossibilidade no exercício da paternidade: algumas reflexões**. Psicol. rev. (Belo Horizonte), Belo Horizonte , v. 19, n. 3, p.353-370, 2013 . Disponível em < http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-11682013000300003&lng=pt&nrm=iso >. Acessos em 20 maio. 2018.

CUNICO, Sabrina Daiana; ARPINI, Dorian Mônica. **Não basta gerar, tem que participar?: um estudo sobre a ausência paterna**. Psicol. cienc. prof., Brasília , v. 34, n. 1, p. 226-241, Mar. 2014 . Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932014000100016&lng=en&nrm=iso >. Acesso em : 20 de maio de 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. Vol. 6. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Civil 20090110844256 DF 0107538-56.2009.8.07.0001,. Relator:FLAVIO ROSTIROLA . **Diário da Justiça Eletrônico**. DF, 24 jul. 2014.

Donzelot, Jacques. **A Polícia das famílias**. Tradução de M. T. da Costa Albuquerque ; Revisão técnica de J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Direito das Famílias**. 1. ed..Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio – uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Renovar, 2001.

FEIJO, Maria Cristina; ASSIS, Simone Gonçalves de. **O contexto de exclusão social e de vulnerabilidades de jovens infratores e de suas famílias**. Estud. psicol. (Natal), Natal , v. 9, n.1, p. 157-166, Apr.2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294X2004000100017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 05 de maio 2018.

GIDDENS, Anthony. **O mundo em descontrolado**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. ed. rev. e atual. Por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Vol. 6. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, A indignidade como causa de escusabilidade do dever de alimentar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha(coord.).**Família e Solidariedade: teoria e prática do direito de família**. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008. p. 155-166.

_____. **Dos filhos havidos fora do casamento**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina,ano 5,n. 40,1 mar 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/528>> . Acesso em: 20 abr. de 2018.

_____. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos- além da obrigação legal de caráter material. In: **A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Tradução (da primeira parte)de Clélia Aparecida MARTINS. Tradução (segunda parte) Bruno Nadai, Diego Kosbiau e

Monique Hulshof. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013.

LÈVI-STRAUSS, C.(1982).**As estruturas elementares de parentesco**. Petrópolis, RJ: Vozes.1982.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano: história, sujeito e objeto do direito: Instituições jurídicas**. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2006.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia Jurídica**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro:Forense, 2013.

_____. **Manual de Direito de Família**.. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARCÍLIO, Maria Luiza. A roda dos exposto e a criança abandonada no Brasil 1726-1950, In: **História social da criança abandonada**. São Paulo: Hucitec. 1998. p. 51-76.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Civil 10194130010284001. Relator: Dárcio Lopardi Mendes. **Diário da Justiça Eletrônico**. Belo Horizonte, 16 jul. 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **O princípio da solidariedade**, In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (coord.), Os princípios da Constituição de 1988. p. 167-190.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**.14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Jornal Estado de Minas, Editora Renovar, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. **Nem só de pão vive o homem**. Soc. estado., Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, Dec.2006. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922006000300006&lng=en&nrm=iso>. acessos em 10 maio. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. V. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PERROT, Michelle. **O nó e o ninho**, in *Veja* 25: reflexões para o futuro, São Paulo: Abril, 1993.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação 00209078420078190021. SUIMEI MEIRA CAVALIERI. **Diário da Justiça Eletrônico**. Rio de Janeiro, 10 dez. 2008.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Civil n.00007931820118190205 RJ 0000793-18.2011.8.19.0205. Relator: DES. HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES **Diário da Justiça Eletrônico**. Rio de Janeiro, 05 out. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça . Apelação Civil 70.013.502.331. Relator: Ministro. Ayres Britto. **Diário da Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 15 fev. 2006

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Civil n. 70.013.502.331. Relator: Des.^a Maria Berenice Dias. **Diário da Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 15 fev. 2006

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Civil n. 70052315843. Relator:Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves . **Diário da Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 17 dez. 2012

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Civil n. N°70059917898. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. **Diário da Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 21 out. 2014

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 6. 28. ed. rev. e atual. Por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianoviski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. pelação Civil 20100467098 SC 2010.046709-8 (Acórdão). Relator: Des.^a Maria Berenice Dias. **Diário da Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 15 out. 2012.

SAXONIS, **Vade mecum in opus**. disponível em <<http://www.usp.br/gmhp/dic/latim.pdf>> aceso em : 25 de maio 2018.

SOEJIMA, Carolina Santos; WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **O que leva uma mãe a abandonar um filho?**. *Aletheia, Canoas* , n. 28, p. 174-187, dez. 2008 .

Disponível em < http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942008000200014>. acessos em 04 maio. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito de Família**. v. 5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THURLER, Ana Liési. **Outros horizontes para a paternidade brasileira no século XXI?**. Soc. Estado., Brasília ,v. 21, n. 3, p. 681-707, Dec. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922006000300007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 de maio 2018.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio Sávio. **Direito das Sucessões**. Vol. 6. ed São Paulo: Atlas, 2001.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da Paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, nº 21, maio, 1979, p. 401-419.