



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
PALOMA CASAGRANDE VISENTIN

**ASPECTOS DESTACÁVEIS SOBRE A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO
ABANDONO AFETIVO PARENTAL**

Florianópolis
2015

PALOMA CASAGRANDE VISENTIN

**ASPECTOS DESTACÁVEIS SOBRE A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO
ABANDONO AFETIVO PARENTAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade do Sul de Santa Catarina, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel.

Orientador: Prof. Régis Schneider Ardenghi, Msc.

Florianópolis

2015

PALOMA CASAGRANDE VISENTIN

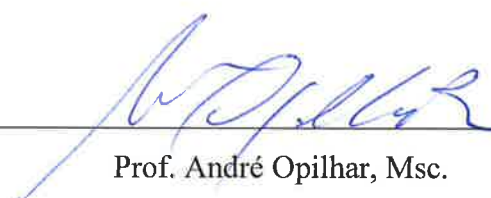
**ASPECTOS DESTACÁVEIS SOBRE A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL
NO ABANDONO AFETIVO PARENTAL**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, 01 de julho de 2015.



Prof. e orientador Régis Schneider Ardenghi, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. André Opilhar, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Rodrigo I. Vilela Veiga, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

ASPECTOS DESTACÁVEIS SOBRE A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO ABANDONO AFETIVO PARENTAL

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, 10 de junho de 2015.



PALOMA CASAGRANDE VISENTIN

Dedico este trabalho monográfico à minha mãe e à minha irmã por me fazerem sentir amada e por terem mostrado a importância da família como instrumento de formação da personalidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por me proporcionar a maior obra divina: a família.

Ao meu passado, minha mãe, pelo exemplo de força e determinação, mas, principalmente, por exercer seu papel duplamente em vida e permitir a concretização dos meus sonhos.

Ao meu presente, minha irmã, pelo exemplo de profissionalismo e sucesso a ser seguido, como também pelo apoio incondicional para que eu iniciasse e concluísse com êxito esta jornada.

Ao meu futuro, minha sobrinha, por trazer esperança e dias mais coloridos para minha família, impulsionando a paz e a harmonia entre todos.

Ao meu eterno Anjo, meu irmão, por estar sempre guiando meus passos e iluminando meu caminho para que eu alcance meus objetivos de vida com fé e dedicação.

Aos meus amigos, especialmente aos que conquistei na fase acadêmica, pela prestatividade e companheirismo ao longo destes cinco anos. Saibam que serei eternamente grata pela segunda família que construímos e pelos momentos que tivemos juntos!

Ao meu professor, Regis Schneider Ardenghi, pela contribuição e orientação dispensada no processo de elaboração desta monografia, bem como por compartilhar sua rica sabedoria jurídica na oportunidade em que fui sua aluna durante a graduação. Por este motivo entre tantos outros que és o professor mais adorado pela nossa turma!

Ao professor e diretor do Campus Unisul de Araranguá, Arnildo Steckert Jr., pelo incentivo e presteza no auxílio às atividades e discussões no âmbito jurídico.

Aos demais professores e todo o corpo docente da Unidade Unisul Trajano, pela assistência administrativa quando necessária e pelos ensinamentos diários que contribuíram para a minha formação.

A todos, os meus mais sinceros agradecimentos.

“Declare aos seus filhos que eles não estão no rodapé de sua vida, mas nas páginas centrais da sua história.” (Augusto Cury).

RESUMO

A presente monografia desenvolve a perspectiva de uma parentalidade responsável, em obediência aos princípios fundamentais referentes às crianças e aos adolescentes previstos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de assegurar o pleno desenvolvimento dos filhos menores e incapazes, coibindo qualquer forma de negligência, principalmente a afetiva. O foco primordial deste trabalho é o abandono afetivo e a responsabilização civil do genitor, desde que comprovado o dano à integridade psíquica e moral dos filhos. Com o objetivo de dissolver tal pesquisa, o estudo adota o uso da metodologia dedutiva e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, a partir da análise de informações contidas na legislação vigente, doutrinas, artigos e jurisprudências. O afeto conquistou posição de destaque ao ser reconhecido juridicamente no ordenamento jurídico brasileiro e consagrado como direito fundamental nas relações paterno-filiais. É, pois, no Direito de Família que a afetividade encontra espaço para prosperar, identificando-se no direito à convivência familiar como elemento essencial para a formação da personalidade da criança e do adolescente, consubstanciado no princípio da dignidade humana. Em que pese a falta de expressa previsão legal, a conduta omissa do genitor em cumprir o dever de assistência moral configura ato ilícito, sendo fundamento suficiente para ensejar, conforme as regras da responsabilidade civil, indenização a título de danos morais decorrentes do abandono afetivo, exigindo-se do julgador bom-senso ao proferir suas decisões.

Palavras-chave: Convivência familiar. Responsabilidade civil. Abandono afetivo. Dano moral.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 A FAMÍLIA E A FILIAÇÃO	14
2.1 BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA BRASILEIRA: DO PATRIARCALISMO À AFETIVIDADE	14
2.2 DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR	19
2.2.1 Titularidade e exercício do poder familiar	20
2.2.2 Extinção do poder familiar.....	22
2.2.3 Suspensão do poder familiar	23
2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	23
2.3.1 Princípio da função social da família.....	24
2.3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	25
2.3.3 Princípio da afetividade	26
2.3.4 Princípio do melhor interesse do menor	27
2.3.5 Princípio da convivência familiar	28
3 A PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE	30
3.1 NOÇÕES PRELIMINARES: DA SITUAÇÃO IRREGULAR À PROTEÇÃO INTEGRAL	30
3.2 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR.....	33
3.3 DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CONVIVÊNCIA	35
3.4 MEDIDAS TENDENTES A RESGUARDAR A CONVIVÊNCIA FAMILIAR	37
3.4.1 Guarda Compartilhada	39
3.4.2 Regulamentação do direito de visitas	42
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES PELO ABANDONO AFETIVO	46
4.1 CONCEITO E ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	46
4.2 PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR.....	48
4.2.1 Ação ou omissão do agente	49
4.2.2 Culpa do agente	50
4.2.3 Dano.....	50
4.2.4 Nexo de causalidade	52
4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA	52

4.4	ABANDONO AFETIVO PARENTAL: A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE AFETO	55
4.5	VISÃO DOS TRIBUNAIS ACERCA DO ABANDONO AFETIVO	58
4.5.1	O atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.....	63
4.5.2	A possibilidade de supressão do sobrenome derivado do nome do pai	64
5	CONCLUSÃO	67
	REFERÊNCIAS	70
	ANEXOS	75
	ANEXO A – PROJETO DE LEI Nº 700/2007	76

1 INTRODUÇÃO

O ramo do Direito de Família passou por alterações relevantes ao longo dos tempos, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, que deu uma nova roupagem ao conceito de família, estabelecendo a igualdade de direitos e obrigações entre o homem e a mulher, garantindo inclusive os mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos ou não na constância do casamento. Atualmente, em consideração aos pilares da repersonalização das relações civis, o elemento distintivo que identifica a família e a coloca sob o manto da juridicidade é a identificação do vínculo de afetividade.

O instituto da responsabilidade civil adentra-se no âmbito do Direito de Família para impedir a impunidade frente aos atos considerados ilícitos nas relações familiares. Nesta seara, o Poder Judiciário vem enfrentando a problemática de demandas nas quais filhos pleiteiam a indenização por danos morais em face do descumprimento do dever de assistência moral do genitor.

Diante dessa nova realidade de abandono afetivo, a presente pesquisa tem por escopo verificar se é possível apurar a responsabilidade civil de uma conduta omissiva que causou lesão a um bem protegido, a dignidade da pessoa humana, trazendo sucessivamente argumentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

Assim, o problema de pesquisa deste estudo traz o seguinte questionamento: É possível a aplicação de indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo parental do menor?

Pois bem, o objetivo geral a ser desenvolvido versa sobre a aplicabilidade da responsabilidade civil na seara familiar, com enfoque nas relações paterno-filiais, haja vista que atualmente a afetividade ganha relevante importância na vida da criança e do adolescente.

Para que a pesquisa alcance seus objetivos, torna-se necessário deixar clara a forma de sua consecução. Diante disso, adotar-se-á o método de abordagem dedutivo que partirá de uma premissa geral para uma premissa específica, com o intuito de averiguar a incidência da responsabilidade civil nas relações familiares em decorrência do abandono afetivo.

Espera-se que a problemática em questão seja esclarecida no percurso desta monografia, a partir da busca às bases bibliográficas e documentais, empregando-se para tanto a legislação vigente, doutrinas, artigos e jurisprudências referentes ao tema proposto, o qual pretende demonstrar um posicionamento coerente e adequado a ser adotado no caso concreto.

Para a compreensão do assunto, o primeiro capítulo teórico (capítulo 2) apresenta um breve histórico da estrutura familiar, demonstrando as modificações da visão constitucional de família operada ao longo dos tempos. Ademais, tratar-se-á sobre o preceito jurídico referente ao poder familiar e suas peculiaridades, como também os princípios fundamentais que regem o Direito de Família.

Na sequência, o segundo capítulo teórico (capítulo 3) trata da proteção à criança e ao adolescente, abordando, preliminarmente, noções acerca da proteção integral ao menor, garantido tanto pela Constituição Federal quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que consagraram o reconhecimento dos menores incapazes como sujeitos de direitos fundamentais. Estuda-se, ainda, o direito à convivência familiar, a importância da presença dos genitores no desenvolvimento da prole, bem como as consequências que o seu descumprimento pode acarretar, identificando medidas alternativas para resguardá-la.

O terceiro e último capítulo teórico (capítulo 4) realiza uma análise aprofundada sobre o instituto da responsabilidade civil, destacando-se as espécies, os pressupostos de admissibilidade do dever de indenizar e a sua aplicabilidade no âmbito familiar. Encerra-se o capítulo com a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de sua incidência nas relações de afeto. Para tanto, apresenta-se a visão dos tribunais brasileiros acerca do tema, demonstrando posições favoráveis e desfavoráveis à aplicação da responsabilidade civil pelo abandono afetivo parental, inclusive a possibilidade de supressão do sobrenome derivado do nome pai, a qual é novidade para o ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, a conclusão encerrará o trabalho, demonstrando os pontos abordados ao longo do desenvolvimento para o alcance da dissolução do problema de pesquisa.

2 A FAMÍLIA E A FILIAÇÃO

O conceito de família evoluiu ao longo da história, em consonância com o desenvolvimento social e econômico de cada época. Foi, pois, com a promulgação da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CRFB) que todo o ordenamento jurídico brasileiro passou por uma profunda releitura de seus institutos e princípios, imprimindo um novo tratamento jurídico, principalmente no âmbito familiar.

À vista de tantas alterações, doutrinadores como Arnaldo Rizzardo, Caio Mário da Silva Pereira, Carlos Roberto Gonçalves, Cristiano Chaves de Farias, Flávio Tartuce, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Nelson Rosenvald, Pablo Stolze Gagliano, Paulo Lôbo, Paulo Nader, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo da Cunha Pereira e Rolf Madaleno serão fundamentais para a compreensão do presente capítulo, o qual irá demonstrar a evolução da concepção do instituto família, a identificação do poder familiar no Código Civil de 2002 (CC), bem como os princípios norteadores do Direito de Família.

2.1 BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA BRASILEIRA: DO PATRIARCALISMO À AFETIVIDADE

Nos dias atuais, não se vislumbra a ideologia da família como uma entidade matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica e indissolúvel ao tempo do Código Civil de 1916, pois a multiplicidade e variedade de fatores sociais que ocorreram não permitem mais estabelecer um modelo familiar uniforme, ao passo que é necessário compreender a família de acordo com as mudanças operadas nas relações sociais ao longo do tempo. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 39).

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, o sistema jurídico brasileiro reconhecia apenas a legitimidade da família quando oriunda do casamento civil, com o nítido interesse na procriação, bem como na preservação do patrimônio, que posteriormente seria herdado pela prole, pouco importando os laços afetivos nessa época. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 40).

Assim era padronizada:

O antigo Código Civil, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo **matrimônio**. Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua **dissolução**, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos **extramatrimoniais** e aos **filhos**

ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação do casamento. (DIAS, 2013, p.30, grifo da autora).

Historicamente, convém salientar que no Direito Romano a família se comportava em observância ao princípio da autoridade, sob o caráter patriarcal. O *pater familias* simbolizava uma soberania doméstica, cuja conseqüência era a inevitável dependência dos demais integrantes para com ele, exercendo total poder em relação à administração familiar. Tinha poder de vida e de morte sobre aqueles que estavam sob seu domínio, além de seu poder irrestrito sobre o patrimônio desses. Assentado na premissa de superioridade, o *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz, sendo sua função primordial a preservação do *status* social consubstanciado no poder econômico, político e religioso. (GONÇALVES, 2013, p. 31).

A mulher casada era relativamente incapaz, necessitando da outorga marital para determinados atos da vida civil. Não exercia autoridade sobre os filhos, haja vista que o pátrio poder era de exercício exclusivo da figura paterna, a quem cabia o poder de decisão, somente outorgando à mãe na ausência do patriarca. (ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2010, p. 11).

Aos filhos legítimos, frutos do matrimônio, cabiam somente se subjugarem aos poderes do pai. As proles havidas de relações extrapatrimoniais não tinham reconhecimento jurídico, sendo consideradas ilegítimas, dividindo-se em naturais (concubinato) ou espúrios (adulterinos e incestuosos). Eram-lhes negado qualquer proteção jurídica e até mesmo o reconhecimento da paternidade enquanto o genitor fosse casado. “Assim, filhos ilegítimos, naturais, espúrios, bastardos, nenhum direito possuíam, sendo condenados à invisibilidade”. (DIAS, 2013, p. 45).

A propósito, Maria Berenice Dias (2013, p. 28, grifo da autora) afirma que:

A família tinha uma **formação extensiva**, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à **procriação**. Como era entidade **patrimonializada**, seus membros representavam força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil **hierarquizado e patriarcal**.

Todavia, esse modelo não resistiu ao período da Revolução Industrial. A passagem da economia rural à economia industrial atingiu inevitavelmente o núcleo familiar, reduzindo numericamente o grupo. A família migrou dos campos para os centros urbanos e com o aumento da necessidade de mão de obra, a mulher foi introduzida no mercado de

trabalho. Além disso, os filhos deixaram de serem vistos como força de trabalho para a aquisição de propriedade, pois a partir dos avanços industriais e tecnológicos percebeu-se que o casamento não era a melhor forma de adquirir riquezas. (VENOSA, 2014, p. 6).

Com a industrialização, a organização patriarcal romana, que vigorou no Brasil ao longo do século XX, perdeu sua característica de unidade de produção, desaparecendo gradativamente. A estrutura familiar se alterou, tornando-se nuclear, restrita ao casal e sua prole, inclusive desenvolvendo valores de afetividade devido à aproximação de seus componentes pela convivência em espaços menores. Nesse contexto, as alterações sofridas pela sociedade com a urbanização acelerada contribuíram para uma nova arquitetura familiar. (DIAS, 2013, p. 28).

A quebra da ideologia patriarcal, a emancipação feminina, principalmente econômica e profissional, a redivisão sexual do trabalho e o desenvolvimento científico, foram os principais fatores que desencadearam importantes alterações legislativas, passando a vigor novos valores introduzidos na CRFB. No dizer de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 40), “ruiu o império do ter, sobressaindo a tutela do ser”.

Ante essa nova perspectiva, a visão conservadora de família estagnada na composição marido, mulher e sua prole, em decorrência do cenário contemporâneo, sofre consideráveis mitigações e enseja a um poliformismo familiar.

Com a promulgação da CRFB e, posteriormente, o advento do novo Código Civil de 2002, muitos paradigmas decorrentes do conceito anterior foram quebrados, culminando em alterações relevantes para o Direito de Família, a partir de três eixos básicos: o reconhecimento de outras entidades familiares não só oriundas de casamento, como também a união estável e a comunidade monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes; a igualdade entre o homem e a mulher, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros; e por fim, consagrou-se a equiparação dos filhos havidos ou não na constância do casamento, ou por adoção, antes eivada de preconceitos, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. (DIAS, 2001 apud MADALENO, 2011, p. 4).

Em sede de comentários inaugurais, é notório o fenômeno da repersonalização das relações familiares que, na concepção de Paulo Lôbo (2011, p. 22), “valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais”.

Sob a ótica do art. 226 da CRFB, rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, desencadeando uma nova concepção de estrutura e formatação familiar, abrindo-se espaço para as categorias até então não incluídas no ordenamento jurídico.

De acordo com Lôbo (2011, p.17), faz-se necessário observar que “no plano constitucional, o Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais”, ampliando a proteção estatal para outros dignificantes modelos de núcleos familiares que teriam sido negligenciadas pelo legislador, pois aquelas previamente taxadas no supracitado artigo não espelham todo o alicerce social da família brasileira, tais como a união estável e as relações monoparentais.

Funda-se, então, a família pós-moderna:

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 42-43).

Portanto, o marco característico da família brasileira contemporânea que se projeta no campo jurídico é a identificação dos vínculos de afetividade. Não se reconhece o núcleo familiar mais pelo matrimônio, tampouco pelos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação. O afeto é o elemento fundamental para o reconhecimento da entidade familiar, conforme preconiza Dias (2013, p. 40):

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

Corroborando a respeito do assunto, Maria Helena Diniz (2014, p. 27, grifo da autora) assevera que:

Deve-se, portanto, vislumbrar *família* uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humano.

Nota-se, desde logo, o abandono da visão institucionalizada pela qual a família era apenas uma célula social fundamental, encarada sob a ótica patrimonialista e como unidade de produção, compreendo-se, agora, a família-instrumento como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana e formação da própria sociedade.

O Código Civil não confere à família um conceito unitário. Os arts. 1.829 e 1.839, por exemplo, que dispõem sobre a linha sucessória, atribuem à família um sentido amplo, que abrange os parentes em linha reta (pais, filhos, netos) e os em linha colateral até o quarto grau (irmãos, tios, sobrinhos e primos). Em sentido estrito, considerando o disposto no art. 1.568, tem-se a chamada família nuclear, constituída por pais e filhos. (BRASIL, 2002).

Assim, na vida prática e em sentido genérico, “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p.45).

No sentido atual, a família tem um significado estrito, conceituada como um “conjunto de pessoas com o mesmo domicílio ou residência, e identidade de interesses materiais e morais, integrado pelos pais casados ou em união estável, ou por um deles e pelos descendentes legítimos, naturais ou adotados”. (RIZZARDO, 2014, p. 12).

Na compreensão de Paulo Nader (2009, p. 3):

[...] família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum.

Daí decorre o que vem se dominando de família eudemonista, nova tendência que caracteriza a família pelo seu envolvimento afetivo, termo que, no conceito de Dias (2013, p. 58), é utilizado para identificar aquele núcleo familiar que “busca a felicidade individual e vive um processo de emancipação de seus membros”, a partir da convivência, permitindo a realização pessoal e gratificação profissional, convertendo-se as pessoas em seres socialmente úteis.

De acordo com Farias e Rosenvald (2013, p. 48), “trata-se de um novo modelo familiar, enfatizando a absorção do deslocamento do eixo fundamental do Direito das Famílias da instituição para a proteção especial da pessoa humana e de sua realização existencial dentro da sociedade.

Nessa linha de intelecção, a entidade familiar contemporânea, sob os pilares da repersonalização das relações civis, deve ser entendida como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade. Portanto, o afeto, com ou sem vínculos biológicos, deve ser sempre o prisma mais amplo da família, longe da velha asfixia do sistema patriarcal do passado.

2.2 DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

A expressão poder familiar consagrada pelo Código Civil vigente corresponde ao antigo pátrio poder do Código de 1916, termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, haja vista a prevalência do cônjuge varão sobre a pessoa dos filhos àquela época. (DIAS, 2013, p. 434).

De acordo com a nova ordem constitucional:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. (DINIZ, 2014, p. 617).

Na mesma linha doutrinária, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p. 596) definem o poder familiar como “o plexo de direitos e obrigações reconhecido aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes.”

A substituição da expressão pelo novo Código não criou uma nova figura jurídica, “mas assim o fez para compatibilizar a tradicional e secular existente aos novos conceitos jurídicos e valores sociais”, em especial pelo tratamento isonômico concedido pela CRFB à sociedade conjugal, outorgando-lhes o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns. (COMEL, 2003, p. 54).

Como desdobramento do princípio da isonomia estabelecido no art. 226, §5º, da CRFB, o art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece o exercício do poder familiar em igualdade de condições pelo pai e pela mãe. (BRASIL, 1990).

Entretanto, Lôbo (2011, p. 295, grifo do autor) ressalva que “a denominação não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no *poder*”, somente deslocando-o do pai para a família, não expressando a verdadeira ligação entre pais e filhos, conforme a pretensão da lei. Além disso, o termo familiar estaria deslocado do contexto, levando à nítida ideia de que outros entes da família também estariam investidos na função.

Silvio Rodrigues (2011, p. 355, grifo do autor) também faz severa crítica à nova nomenclatura:

O novo Código optou por designar esse instituto como *poder familiar*, pecando gravemente ao mais se preocupar em retirar da expressão a palavra “pátrio”, por relacioná-la impropriamente ao pai (quando recentemente já lhe foi atribuído aos pais e não exclusivamente ao genitor), do que cuidar para incluir na identificação o

seu real conteúdo, antes de poder, como visto, representa uma obrigação dos pais, e não da família, como sugere o nome proposto.

Ainda que louvável a intenção de se modificar a designação, tem sido preponderante pelas doutrinas a nomenclatura autoridade parental por melhor refletir o conteúdo democrático da relação, além de traduzir uma carga maior de deveres do que de poderes da relação pai para com o filho, de onde advém a legitimidade apta a embasar a autoridade. (PEREIRA, 2014, p. 497).

Embora a impropriedade do vocábulo, não é só com relação à expressão poder familiar que o Código Civil é criticado, conforme se constata a seguir.

2.2.1 Titularidade e exercício do poder familiar

A literalidade do art. 21 da Lei nº 8.069/90 (ECA) estabelece que o poder familiar seja exercido pelo pai e pela mãe, na igualdade de condições e na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (BRASIL, 1990).

Todavia, o Código Civil refere-se à titularidade dos pais apenas durante o casamento ou união estável, a teor do art. 1.631, restando silente quanto aos demais arranjos familiares tutelados explícita ou implicitamente pela Constituição. Nada diz, por exemplo, sobre famílias monoparentais e famílias homoparentais, entidades familiares que, constituídas com filhos sujeitos ao poder familiar, necessitam de atenção do legislador, visto que o aludido encargo decorre da filiação. Sendo assim, ante o princípio da interpretação em conformidade com a Constituição, a norma deve ser entendida como abrangente de todos os arranjos. (LÔBO, 2011, p. 299).

Ademais, a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram o poder familiar, com exceção da guarda, ficando destinado a um dos genitores, na medida em que ao outro é assegurado o direito de visita e de fiscalização da manutenção e educação por parte do primeiro, consoante art. 1.632 do CC. (BRASIL, 2002).

Como reflexo da guarda unilateral, Madaleno (2011, p. 657) expõe as consequências:

É comum deparar com o exercício unitário da custódia da prole, normalmente destinada à mãe, determinando o juiz, aos pais, um convênio meramente regulador das visitas do ascendente sem a guarda, tornando-se muito difícil a tomada conjunta de decisões pertinentes aos infantes comuns, porquanto esse poder familiar se dilui diante de uma guarda alternada, que afasta o outro genitor das decisões diárias que

surtem no desenvolver da vida dos filhos, e coloca o genitor guardião em uma posição de supremacia de direito, na qual o guardião reserva para si um privilégio de desenhar a orientação e o cotidiano da vida dos rebentos cujos pais estão separados.

No que tange aos filhos havidos fora do casamento, o poder ficará a encargo do genitor que o reconheceu. Se ambos o reconheceram, ambos serão os titulares, mas a guarda ficará com quem revelar melhores condições para exercê-la, conforme prescreve o art. 1.633 do CC. (BRASIL, 2002).

Quanto à abrangência do poder familiar, pode-se afirmar que as prerrogativas dos genitores decorrem do exercício do poder familiar. Disciplinando os deveres e responsabilidades dos pais em benefício da prole, dispõe o art. 1.634 do CC:

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

I- Dirigir-lhes a criação e educação;

II- Tê-los em sua companhia e guarda;

III- Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV- Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobrevive, ou sobreveio não puder exercer o poder familiar;

V- Representa-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil e assistí-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI- Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII- Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002).

Não obstante, o elenco dos deveres inerentes ao poder familiar não faz referência à afetividade responsável propiciada pela convivência familiar. Em decorrência dessa omissão, a atual orientação jurisprudencial reconhece a responsabilidade civil do genitor por abandono afetivo, “em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando a obrigação de indenizatória por dano afetivo”. (DIAS, 2013, p. 440).

Logo, o descumprimento do dever legal e moral de educar e criar os filhos acarretará na perda do poder familiar (art. 1.638, II, CC), sofrendo os pais as sanções previstas no Código Penal (arts. 244 e 246) para o crime de abandono material e intelectual dos menores. E mais, arcarão com a responsabilidade civil pelo abandono moral causado aos filhos, relativamente aos seus direitos da personalidade, discussão a qual se presta a análise especial do presente estudo. (DINIZ, 2014, p. 623).

2.2.2 Extinção do poder familiar

O poder familiar é um *múnus* público que deve ser exercido no interesse dos filhos menores não emancipados. Dessa forma, o Estado moderno sente-se legitimado a entrar no recesso da família, prescrevendo normas que arrolam situações que autorizam o magistrado a privar o genitor de seu exercício definitivamente ou temporariamente, caracterizando extinção e a suspensão do poder familiar. (DINIZ, 2014, p. 629).

A extinção do poder familiar, consoante art. 1.635 do CC, opera-se quando houver: a morte dos pais ou do filho, emancipação, maioridade, adoção e decisão judicial na forma do art. 1.638. (BRASIL, 2002).

Gonçalves (2013, p. 430) explicita que a morte apenas extingue se for de ambos os pais, colocando-se os filhos menores não emancipados sob tutela, pois o falecimento apenas de um deles, faz concentrar no sobrevivente o aludido poder. Caso houver a morte do filho, elimina-se a relação jurídica, por não haver mais razão de ser do instituto, qual seja a proteção do menor.

Dá-se a emancipação por concessão dos pais, homologada pelo juiz, se o menor contar dezesseis anos completos, na forma do art. 5º, parágrafo único, do CC. A maioridade do filho confere-lhe a plenitude dos direitos civis, fazendo cessar o exercício do poder familiar. Logo, “presume a lei que os maiores de 18 anos e os emancipados não mais precisam da proteção conferida aos incapazes. A maioridade faz cessar inteiramente a subordinação dos pais”. (GONÇALVES, 2013, p. 430).

Por sua vez, a adoção extingue o poder familiar dos pais biológicos, mas submete-o ao do adotante. Outrossim, se o pai adotivo vier a falecer, não se restaura o instituto ao pai ou a mãe natural, nomeando-se tutor ao menor. (DINIZ, 2014, p. 637).

Por fim, extingue-se o poder familiar por decisão judicial pela ocorrência das hipóteses arroladas no art. 1.638 como causas de destituição os castigos imoderados, o abandono do filho, a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes. (PEREIRA, 2014, p. 512).

Na hipótese de novo casamento ou estabelecimento de outra relação estável contraído por qualquer dos pais, Madaleno (2011, p. 672) enfatiza que não é motivo por si para a perda do poder familiar sobre os filhos do relacionamento anterior, como bem adverte o art. 1.636.

2.2.3 Suspensão do poder familiar

As hipóteses determinantes de suspensão do poder familiar, arroladas genericamente no art. 1.637, decorrem do abuso de autoridade, faltando os pais aos deveres a eles inerentes (sustento, guarda e educação) ou arruinando os bens do filho. (BRASIL, 2002).

O parágrafo único do referido artigo refere-se, ainda, à suspensão automática do poder familiar, caso o pai ou a mãe for condenada por sentença irrecorrível em crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. (BRASIL, 2002).

A imposição da pena de suspensão por ato de autoridade dá-se pelo livre arbítrio do magistrado:

O juiz, ex officio, ou a requerimento de algum parente, ou mediante representação do Ministério Público, suspende o exercício do poder familiar. A lei não estatui o limite de tempo. Mas este será dado pelo que, ao ver do julgador, seja conveniente aos interesses do menor. Terminando o prazo, restaura-se aquele exercício, tal como antes. A suspensão poderá ser revogada, também a critério dele. (PEREIRA, 2014, p. 513).

De acordo com Dias (2013, p. 444-445), o intuito da suspensão não é punitivo, haja vista as seqüelas que a perda do poder familiar pode gerar, devendo somente ser decretada quando a sua manutenção coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho.

Destarte, a suspensão não é medida finalística do dispositivo em análise, mas tão somente uma das soluções judiciais, tendo em vista que ao decisor é facultado tomar a decisão que melhor entender pela segurança do menor e de seus bens, sujeitando-se à revisão.

2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Um dos maiores avanços do direito brasileiro emergiu da CRFB, qual seja, a consagração da força normativa dos princípios constitucionais, que impôs eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e de garantias constitucionais.

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo o ordenamento jurídico. (DIAS, 2013, p. 61).

Segundo Farias e Rosendal (2013, p.78), “os princípios revestem-se de grande relevância, porque marcam, basicamente, todo o sistema jurídico”, ou seja, enquanto valores fundamentais do ordenamento jurídico, os princípios são os alicerces normativos que dão sustentabilidade ao sistema constitucional, inexistindo hierarquia entre eles e adquirindo eficácia imediata ao direito positivado.

Diante disso, cabe destacar alguns dos princípios constitucionais que regem o direito das famílias.

2.3.1 Princípio da função social da família

A evolução da entidade familiar propiciada pela mutação dos aspectos estruturantes da sociedade, devido à assimilação de novos valores, desconstrução de costumes enraizados e os arranjos contemporâneos, resultaram em uma modificação maciça no que se refere às funções sociais no núcleo familiar.

Neste aspecto, o instituto família, como base da sociedade a que alude o art. 226 da CRFB, tendo especial proteção do Estado, desempenha um papel funcional, servindo como meio propício no qual todo indivíduo deve estar inserido para formação de seu caráter, objetivando a realização pessoal e a convivência social. (BRASIL, 1988).

Com supedâneo em tais lições, “é lícito asseverar que a família é espaço de integração social, afastando uma compreensão egoística e individualista das entidades familiares, para se tornarem um ambiente seguro para a boa convivência e dignificação de seus membros”. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.156).

A função social da família é o princípio orientador da construção dos contemporâneos arranjos existentes no cenário nacional, responsável pelo desenvolvimento da dignidade e realização da personalidade de seus componentes, “integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade”. (FARIAS; ROSELVAND, 2013, p. 83).

Em decorrência desta pluralidade familiar emerge uma miríade de efeitos com respaldo na CRFB:

Como consectário desse princípio, uma plêiade de efeitos pode ser observada a exemplo da necessidade de respeito à igualdade entre os cônjuges e companheiros, a importância da inserção de crianças e adolescentes no seio de suas famílias naturais ou substitutas, o respeito à diferença, em arranjos familiares não standardizados, como a união homoafetiva, pois, em todos esses casos, *busca-se a concretização da finalidade social da família*. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p.100, grifo dos autores).

De fato, o seio familiar apresenta-se como o lugar adequado para o desenvolvimento da personalidade em todos os sentidos, pois, conforme alude Flávio Tartuce (2014, p. 30), “não reconhecer função social à família e à interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer função social à própria sociedade”.

Logo, verifica-se que a finalidade do funcionalismo social da família é proporcionar crescimento e desenvolvimento pessoal a seus indivíduos, mediante valores éticos e morais, para que seja possível sua convivência em sociedade, independentemente da tipificação dos arranjos familiares contemporâneos.

2.3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental instituído no art. 1º, inciso III, da CRFB, sendo considerado um dos esteios de sustentação do ordenamento jurídico contemporâneo. (BRASIL, 1988).

Rodrigo da Cunha Pereira (2006, p. 94) salienta que se trata de “um macroprincípio sob o qual irradiam outros princípios e valores essenciais como a liberdade, a autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade”, ou seja, um verdadeiro epicentro ético normativo do sistema de direitos e garantias fundamentais.

Eis o entendimento de Dias (2013, p. 66):

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum –, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada indivíduo com base em idéias pluralistas, solidaristas, democráticas e humanistas.

Por constituir um direito fundamental do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, vista sob uma acepção moral e jurídica, está intimamente ligada às relações humanas, as quais implicam um recíproco dever de respeito, para que as pessoas se sintam valorizadas, seguras no meio social as quais estão inseridas. (MORAES, 2007, p. 85).

Nesse sentido, leciona Lourival Serejo (2004, p. 20):

O destaque da dignidade da pessoa humana, em nossa Constituição, como um dos fins do Estado Democrático de Direito, reflete a idéia de respeito aos direitos fundamentais do cidadão, não só em referência ao Estado, mas também em suas relações pessoais, como o direito de ser reconhecido como pessoa humana. A dignidade é, enfim, o respeito que cada um merece do outro, a começar no seio da própria família, onde a educação deve ser voltada para essa conscientização.

Ademais, a dignidade humana somente é preservada na medida em que se garante o respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua esfera pessoal, mas,

principalmente, no âmbito das relações sociais. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p.78).

Dessa forma, denota-se que é responsabilidade do Estado assegurar à família a defesa dos direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, com ênfase no desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram:

O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. (SARMENTO, 2003 apud DIAS, 2013, p. 66).

Cumprir observar que o art. 227 da CRFB, destinado ao Direito de Família, prescreve ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Trata-se de garantias e fundamentos que, no dizer de Madaleno (2011, p. 41), são necessários para que o menor tenha uma vida tutelada sob o signo da dignidade da pessoa em face de sua condição peculiar de desenvolvimento, afinal, esse é o efeito pretendido pelo princípio.

Portanto, este princípio constitui a base da comunidade familiar, tratando de forma igualitária o pluralismo, garantindo pleno desenvolvimento e realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente.

2.3.3 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade, em que pese não estar positivado no texto constitucional, traduz o afeto como mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais, decorrente da valorização constante da existência humana. (MADALENO, 2011, p. 95).

Utilizando-se das palavras de Lôbo (2011, p. 66):

Ao enfatizar o afeto, a família passou a ser uma entidade plural, calcada na dignidade da pessoa humana, embora seja, *ab initio*, decorrente de um laço natural marcado pela necessidade dos filhos ficarem ligados aos pais até adquirirem sua

independência e não por coerção de vontade, como no passado. Com o decorrer do tempo, cônjuges e companheiros se mantêm unidos pelos vínculos da solidariedade e do afeto, mesmo após os filhos assumirem independências. Essa é a verdadeira diretriz prelecionada pelo princípio da afetividade.

Acerca do enquadramento constitucional do princípio em comento, Lôbo (2011, p. 71) identifica na CRFB quatro fundamentos essenciais repercutidos pela evolução social da família brasileira: a) a igualdade de todos os filhos independente da origem (art. 227, § 6º); a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (art. 227, §§5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade de família (art. 226, § 4º); e d) o direito a convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (art. 227).

Nota-se que o princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos, pois os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. (DINIZ, 2014, p. 38).

Corroborando acerca do tema, Madaleno (2011, p. 95) aduz que:

A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consangüíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles. O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de aperfeiçoar-se um a outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre os parentes, como está presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar.

Ainda que se viva em um mundo totalmente globalizado, é no afeto que as entidades familiares buscam o alicerce do crescimento da personalidade da pessoa humana. Assim, consagra-se a afetividade como elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, pois é o único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares contemporâneas.

2.3.4 Princípio do melhor interesse do menor

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente também encontra assento constitucional no art. 227 e prescreve que os interesses do menor devem ser tratados com prioridade pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação de seus direitos que lhe digam respeito, por se tratar de pessoa frágil e em desenvolvimento. (LÔBO, 2011, p. 15).

Nesse sentido:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito. (GAMA, 2008, p. 80).

Em análise ao artigo constitucional supracitado, o ECA adotou a doutrina jurídica da proteção integral, regulamentando os direitos fundamentais da infanto-adolescência propostos na CRFB, conforme exposto abaixo:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 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. (BRASIL, 1990).

Vê-se, portanto, que o princípio do melhor interesse do menor vem para garantir os direitos inerentes ao menor, assegurando-lhe o pleno desenvolvimento e sua formação cidadã, impedindo os abusos de poder pelas partes mais fortes da relação jurídica que envolve a criança. (MADALENO, 2011, p. 97).

2.3.5 Princípio da convivência familiar

A responsabilidade parental, que surge desde a concepção da criança, impõe aos pais uma série de deveres estabelecidos no art. 227 da CRFB, tais como a guarda, a proteção, o sustento, o afeto e a convivência familiar. (BRASIL, 1988).

Nessa esteira, Lôbo (2011, p. 74) afirma que:

A convivência familiar é relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao

ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.

Por constituir um direito fundamental da criança e do adolescente, a convivência no seio familiar supõe uma vida humana digna e saudável, com a finalidade de garantir o desenvolvimento completo da sua personalidade. (ISHIDA, 2011, p. 93).

O direito à convivência familiar, proporcionado na ambiência residencial, é dirigido à família e a todos os seus integrantes, como os avós, tios, primos e irmãos, com os quais a criança ou o adolescente mantém vínculos de afetividade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 105).

Todavia, tal direito pode ser interrompido no caso de divórcio dos genitores. Salienta Lôbo (2011, p. 74) que “ainda quando os pais estejam separados, o filho menor tem direito à convivência familiar com cada um, não podendo o guardião impedir o acesso ao outro, com restrições indevidas”.

Afinal, a convivência familiar é importante para a formação da personalidade da criança e do adolescente, na medida em que o direito de visitas é do menor, para que seu interesse ao desenvolvimento seja atendido.

O filho é titular do direito próprio à convivência familiar com ambos os pais, conforme ressalta a Juíza Maria Isabel Pereira da Costa (2005, p. 33):

Deixar de conviver com o filho, negar amparo afetivo, é violar direito fundamental do filho. Daí o direito-dever de visitar os filhos quando, por não viverem sob o mesmo teto ambos os pais, apenas um deles detém a guarda. Assim, o outro tem o direito de visitar o filho, mas principalmente tem o dever, pois o filho menor, criança e adolescente, tem prioridade em nosso ordenamento jurídico, conforme dispõe a Constituição Federal no art. 227.

Por esta razão, o direito à convivência familiar deve ser exercido, a fim de que se possibilite o pleno desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente em sua formação como pessoa, pois a negativa deste direito representará violação ao direito fundamental e danos à sua personalidade.

Nessa toada, o estudo do direito à convivência familiar não se limita apenas ao princípio reconhecido constitucionalmente, tendo em vista que também é assegurado, no plano infraconstitucional, pelos arts. 4º e 19 do ECA. Portanto, o capítulo seguinte prestar-se-á a análise de tal direito com maior cautela, considerando que se trata de direito fundamental da criança e do adolescente.

3 A PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

A Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o ECA, operou uma verdadeira revolução no ordenamento jurídico brasileiro, introduzindo novos paradigmas na proteção e garantia dos direitos infanto-juvenis. (BRASIL, 1990).

O Estatuto, recepcionado pelo art. 227 da CRFB que enunciou o princípio programático de proteção, apresenta-se como diploma legal inovador, pois confere às crianças e aos adolescentes a posição de sujeitos de direitos fundamentais, como também fornece os meios necessários à efetivação de seus interesses, direitos e garantias, largamente previstos na legislação constitucional e infraconstitucional. (CARNEIRO, 2008, p. xxi).

Desta feita, o ECA eleva ao nível de direito fundamental a convivência familiar. O fundamento está na consideração da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, como também impescindem do seio familiar para receber a proteção e a assistência necessária a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades na vida adulta em sociedade. (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2014, p. 162).

Assim, o estudo deste capítulo contempla uma abordagem do ECA, ressaltando a importância do direito à convivência familiar e da presença dos genitores na formação dos filhos, bem como as consequências do descumprimento do dever de convivência, identificando medidas alternativas para evitá-lo.

Para abordar os referidos assuntos, primordiais novamente os autores Arnaldo Rizzardo, Caio Mário da Silva Pereira, Carlos Roberto Gonçalves, Cristiano Chaves de Farias, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Nelson Rosendal, Paulo Lôbo, Rolf Madaleno e Waldyr Grisard Filho, ao lado de outros juristas que comentam propriamente o ECA em doutrinas específicas, dentre eles, Andréa Rodrigues Amin, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépre, Rogério Sanches Cunha e Valter Kenji Ishida.

3.1 NOÇÕES PRELIMINARES: DA SITUAÇÃO IRREGULAR À PROTEÇÃO INTEGRAL

O Direito da Criança e do Adolescente, sob o aspecto objetivo e formal, disciplina as relações jurídicas entre crianças e adolescentes, de um lado, e de outro, família, sociedade e Estado. (PAULA, 2002, p. 112).

O primeiro documento internacional que constatou a necessidade em se reconhecer direitos às crianças e adolescentes foi a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, em 1924, promovida pela Liga das Nações. (AMIN, 2008, p. 11).

Todavia, foi a denominada Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1959, o grande marco na mudança de paradigma, pois reconheceu as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos, os quais deixaram de ser mero objeto de proteção assistencial, como dispunha a Declaração de 1924. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2014, p. 59).

A Doutrina da Situação Irregular, oficializada pelo Código de Menores (Lei nº 6.697/79), limitava-se a tratar apenas daqueles que se enquadravam no modelo pré-definido de situação irregular, estabelecido em seu art. 2º, como bem salienta a Promotora de Justiça da Infância e Juventude Andréa Rodrigues Amin (2008, p. 13):

Compreendia o menor privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, em razão da falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; as vítimas de maus-tratos; os que estavam em perigo moral por se encontrarem em ambientes ou atividades contrárias aos bons costumes; o autor de infração penal e ainda todos os menores que apresentassem desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária.

Coube à ONU, em novembro de 1989, aprovar por unanimidade a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual foi ratificada pelo Brasil em 1990, através do Decreto nº 99.710/90. Esta Convenção consagra a Doutrina Jurídica da Proteção Integral, ou seja, que os direitos inerentes às crianças e adolescentes possuem características específicas devido à peculiar condição de desenvolvimento em que se encontram, e que a família, a sociedade e o Estado promovam, de forma integrada, os direitos fundamentais por meio de políticas públicas. Além disso, reconhece a família como grupo social primário e ambiente natural para o crescimento de seus membros, especificamente das crianças, para quem os pais são responsáveis por garantir a proteção e assistência. Na ausência destes, cabe ao Estado assegurar que instituições e serviços de atendimento o façam. (PEREIRA, 2014, p. 48).

Dando execução a esses propósitos genéricos, foi editada a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispôs sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conforme ressalta Rossato, Lépor e Cunha (2014, p. 72), quando da edição da norma geral de proteção da infância e da juventude, optou-se pela denominação de Estatuto em vez de Código, pois aquele dá ideia de direitos, enquanto este tem sentido de punir. Em virtude da atual denominação, este diploma desceu a minúcias em termos de proteção e assistência:

Minuciosa em todos os sentidos, a Lei nº 8.069/1990 dá cobertura a tudo que envolva a existência social e jurídica da Criança e do Adolescente, desenvolvendo uma nova filosofia em que predomina a prevenção e a assistência, e retirando de seu centro o adolescente que pratica ato infracional. (PEREIRA, 2014, p. 53).

E mais:

[...] foram reconhecidos no âmbito internacional direitos *próprios* da criança, que deixou de ocupar o papel de apenas parte integrante do complexo familiar para ser mais um *membro individualizado* da família humana que, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive da devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento. (BARBOZA, 2000, p. 203, grifo do autor).

Em razão disso, o ECA concretizou e expressou novos direitos da população infanto-juvenil, “que põem em relevo o amor intrínseco da criança como ser humano e a necessidade de especial respeito a sua condição de pessoa em desenvolvimento”. (BARBOZA, 2000, p. 204).

Nota-se, portanto, que o Estatuto, em seu art. 1º, inaugura um diploma normativo claramente tendente a tutelar os direitos de crianças e adolescentes:

Trata-se de um novo modelo, democrático e participativo, no qual família, sociedade e Estado são co-gestores do sistema de garantias que não se restringe à infância e juventude pobres, protagonistas da doutrina da situação irregular, mas sim a **todas** as crianças e adolescentes, pobres ou ricos, lesados em seus direitos fundamentais de pessoas em desenvolvimento. Novos atores entram em cena. A comunidade local, através dos Conselhos Municipal e Tutelar. A família, cumprindo os deveres inerentes ao poder familiar. O Judiciário, exercendo a função judicante. O Ministério Público como um grande agente garantidor de toda a rede, fiscalizando seu funcionamento, exigindo resultados, assegurando o respeito prioritário aos direitos fundamentais infanto-juvenis estabelecidos na lei Maior. (AMIN, 2008, p. 10, grifo da autora).

Cumpra observar que, com a Convenção sobre os Direitos da Criança, foi adotada a definição de criança em seu art. 1º como sendo todo ser humano com menos de 18 anos de idade. O Código Civil de 2002 reduziu, em seu art. 5º, a maioridade civil de 21 anos para 18 anos de idade, se coadunando com a CRFB, a qual estabelece em seu art. 228 que “são plenamente imputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas de legislação especial”. Por sua vez, o ECA considera criança o indivíduo até 12 anos incompletos e adolescente os quem tem entre 12 e 18 anos. (BRASIL, 1988, 1990, 2002).

Acerca da importância da diferenciação entre criança e adolescente, ressalta Tânia Pereira (1996 apud LIRA, 2014, p. 55):

Considerando que na Convenção o âmbito de proteção especial previsto no artigo 1º é para todo ser humano com menos de 18 anos, torna-se flagrante o avanço do Estatuto ao dividir em duas faixas de desenvolvimento (crianças até 11 anos e adolescentes de 12 a 18 anos) para um melhor atendimento e implantação dos mecanismos de cuidados especiais cujos destinatários serão pessoas em fase de formação, porém com direitos civis, políticos e sociais.

Ademais, convém salientar que o art. 227 da CRFB enunciou o princípio programático de proteção, o qual é reconhecido na comunidade internacional como a síntese da mencionada Convenção de 1989. Tal princípio, previsto no art. 3º do ECA, assegura um mínimo às crianças e aos adolescentes sem o qual eles não poderiam sobreviver, pela condição de serem pessoas em formação. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2014, p.77).

Aprimorando o princípio da proteção integral, o Estatuto enuncia os direitos fundamentais da infância e juventude, destacando-se no primeiro plano, o direito à vida e à saúde (arts. 9º a 14), assegurando-lhes a sobrevivência e o desenvolvimento; na sequência, o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade (arts. 15 a 18); cuida, ainda, do direito à convivência familiar e comunitária (arts. 19 a 52), assegurando o direito de ser criado e educado no seio da própria família ou de família substituta, a igualdade de todos os filhos biológicos e adotivos, e ainda, o direito ao sustento, guarda e educação; enaltece a importância ao direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer (arts. 53 a 59), proclamando direitos e obrigações dos pais na educação dos filhos; por fim, volta-se para o direito à profissionalização e à proteção no trabalho, visando o preparo para a vida adulta (arts. 60 a 69). (PEREIRA, 2014, p. 50).

Observa-se que a CFRB e o ECA encamparam uma revolução de prioridades, pela qual os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes passaram a ser prioridade absoluta do Estado brasileiro, bem como de toda a sociedade e individualmente de cada família. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2014, p. 86).

Em suma, é certo que a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU representou grande avanço no que concerne à proteção dos direitos humanos de crianças, principalmente pela adoção da Doutrina da Proteção Integral, por meio da qual esses seres humanos passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos juridicamente protegidos.

3.2 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Conforme já mencionado, a CRFB assegura expressamente, como direito fundamental disperso, a convivência familiar para toda criança e adolescente. Esta garantia

constitucional foi integralmente inserida na Lei nº 8.069/90 (ECA), nos arts. 4º e 19. (BRASIL, 1988, 1990).

Da leitura extraída do art. 19, o direito à convivência familiar pode ser conceituado como o direito fundamental da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio de sua família ou, excepcionalmente, em família substituta. (BRASIL, 1990).

A propósito, esclarece a Promotora de Justiça de Família Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (2008, p. 62):

A convivência familiar constitui-se em um porto seguro para a integridade física e emocional de toda criança e todo adolescente. Ser criado e educado junto aos pais biológicos ou adotivos deve representar para o menor de 18 anos estar integrado a um núcleo de amor, respeito e proteção.

De plano, constata-se que “os laços familiares têm o condão de manter crianças e adolescentes amparados emocionalmente, para que possam livre e felizmente trilhar o caminho da estruturação de sua personalidade”. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2014, p. 162-163).

Daí porque a convivência familiar é uma necessidade básica, pois, nos dizeres do Juiz de Direito Wladimir Paes Lira (2014, p. 66), a família é o primeiro agrupamento de inserção do indivíduo, onde se estabelece a primeira relação de afeto, “sobre a qual se apóia todo o desenvolvimento posterior do indivíduo, dando unidade à sua personalidade”.

Quando de sua edição, o Estatuto reconhecia apenas duas formas de arranjo familiar, a família natural e a família substituta. Com o advento da Lei Nacional da Adoção (Lei nº 12.010/09), visando o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, o legislador incluiu entre as formas legais de arranjo a família extensa ou ampliada. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2014, p. 166).

Desse modo, atualmente o Estatuto adota a classificação trinária dos grupos familiares: a família natural (art. 25), originada dos genitores biológicos; a família extensa (art. 25, parágrafo único), formada pelos parentes próximos com os quais a criança e o adolescente mantém vínculo de afinidade e afetividade; e a família substituta (art. 28), formada em razão da guarda, tutela ou adoção. (ISHIDA, 2011, p. 34).

Por ser o seio familiar um local privilegiado, o direito à convivência familiar prima pela conservação da família natural. Na hipótese de realmente ser impossível à criança e ao adolescente a permanência na família biológica, é natural que se lhe garanta, então, excepcionalmente, a família substituta. Conforme esclarece Maria do Rosário Leite Cintra

(2010, p.112) a respeito da família substituta, “esta também será capaz de lhe ministrar experiências positivas, porque acolher, adotar, é como gerar de novo, é estabelecer laços, é assumir uma forma autêntica de filiação e paternidade”.

Nesse aspecto, sustenta Dias (2013, p. 71, grifo da autora):

Em face da garantia à **convivência familiar**, há toda uma tendência de buscar o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção de crianças e adolescentes no seio da família natural. Porém, às vezes, melhor atende aos seus interesses a destituição do poder familiar e sua entrega à **adoção**. O que deve prevalecer é o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral, e, infelizmente, tais valores nem sempre são preservados pela família biológica ou extensa. Daí a necessidade de intervenção do Estado, colocando-os a salvo junto a **famílias substitutas**. De qualquer modo, o direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da filiação. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando dos laços de sangue.

Com efeito, independentemente do subtipo de entidade familiar, a função de ter os filhos em companhia dos pais deve ser entendida como forma de estabelecer entre eles relação de tal proximidade que gere uma verdadeira comunidade de vida e interesses, em que haja constante troca de afetos, experiência, sentimentos e informações. Afinal, caso não fosse assim, não teria sentido algum a convivência entre ambos, posto que não é função com o fim em si mesmo, mas constitui em meio para alcançar o objetivo maior de assistir, criar e educar o filho. (COMEL, 2003, p. 111).

3.3 DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CONVIVÊNCIA

A vulnerabilidade e a fragilidade da criança e do adolescente, como cidadãos em formação, os faz destinatários de um tratamento especial. Conforme já abordado, cabe aos pais criar os filhos de modo a prover seu crescimento sadio, assegurando todo o suporte necessário ao bom e completo desenvolvimento do ser humano.

O *caput* do art. 227 da CRFB impõe o dever fundamental da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, a observância de seus direitos fundamentais, pondo-lhes a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

A prescrição constitucional encontra reprodução semelhante no art. 4º do ECA, estabelecendo que são deveres da família assegurar, com absoluta prioridade, os direitos inerentes 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. (BRASIL, 1990).

Destarte, é notório que a família é juridicamente responsável perante a criança e o adolescente:

A responsabilidade da família, universalmente reconhecida como um dever moral, decorre da consangüinidade e do fato de ser o primeiro ambiente em que a criança toma contato com a vida social. Além disso, pela proximidade física, que geralmente se mantém, é a família quem, em primeiro lugar, pode conhecer as necessidades, deficiências e possibilidades da criança, estando, assim, apta a dar a primeira proteção. Também em relação ao adolescente, é na família, como regra geral, que ele tem maior intimidade e a possibilidade de revelar mais rapidamente suas deficiências e as agressões e ameaças que estiver sofrendo. (DALLARI, 2010, p. 41-42).

Contudo, a família pode enfrentar dissabores oriundos da dissolução da sociedade conjugal. Em consequência, o rompimento do convívio dos genitores não dissolve a relação parental, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos subsistem, apenas deve estabelecer uma nova forma de pais e filhos se vincularem, devido à vulnerabilidade destes. (GRISARD FILHO, 2014, p. 105).

Eis a lição de Dias (2013, p. 451):

Quando existem filhos, a dissolução dos vínculos afetivos não se resolve simplesmente indo um para cada lado. O fim do relacionamento dos pais não leva à cisão nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres com relação à prole. O rompimento da relação de conjugalidade dos genitores não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado pela separação.

Aliás, “se a família for omissa no cumprimento de seus deveres ou se agir de modo inadequado, poderá causar graves prejuízos à criança ou ao adolescente”, que poderão sofrer os males de um eventual desajuste psicológico ou social. (DALLARI, 2010, p. 42).

Ressalta-se que em decorrência da ruptura conjugal, os ex-cônjuges, impregnados de ressentimentos, confundem o fim dos laços matrimoniais com o fim do núcleo familiar, afastando a prole do convívio do genitor não guardião. Assevera Dias (2013, p. 470) que “a falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável”.

Por conseguinte, dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles, na hipótese de separação, deixa de exercitar o convívio e entrosamento com o filho certamente acarretará em abandono, afetando a higidez psicológica do descendente rejeitado. (MADALENO, 2011, p. 375).

Logo, se o genitor descumprir com as responsabilidades que lhes são inerentes caracterizará o abandono afetivo:

Abandonar é deixar o filho privado, por ação e omissão, das condições de assistência material ou moral, sem direção da educação ou da criação. Compreendido outrora como o abandono físico, hoje abrange todo o conteúdo do poder familiar, sob as diversas perspectivas através das quais possa ser examinado. (DANTAS, 2004, p. 143).

O abandono afetivo é oriundo da negligência paternal. A omissão do genitor em cumprir os atributos do poder familiar em relação à pessoa dos filhos produz danos emocionais e justifica, inclusive, a decretação da perda do poder familiar por configurar o abandono, conforme prescreve o art. 1.638, II, CC. (DIAS, 2014, p. 470).

Corroborando com o assunto, Madaleno (2011, p. 376) afirma que:

A desconsideração da criança e do adolescente no âmbito de suas relações, ao lhes criar inegáveis carências afetivas, traumas e agravos morais, cujo peso se acentua no rastro do gradual desenvolvimento mental, físico e social do filho, que assim padece com o injusto repúdio público que lhe faz o pai, deve gerar, inescusavelmente, o direito à integral reparação do agravo moral sofrido pela negativa paterna do direito que tem o filho à sadia convivência e referência parental, privando o descendente de um espelho que deveria seguir e amar.

Afinal, a responsabilidade dos pais não se esgota apenas na contribuição material. Nos dizeres de Cláudia Maria da Silva (2004, p. 139), “uma sadia convivência familiar respeita o direito de personalidade do filho e garante a sua dignidade”.

Por isso a necessidade afetiva passou a ser reconhecida como bem juridicamente tutelado, pois, comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai no cumprimento do exercício do poder familiar é fato gerador de obrigação indenizatória. (DIAS, 2014, p. 472).

3.4 MEDIDAS TENDENTES A RESGUARDAR A CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O Código Civil dedica um capítulo à proteção da pessoa dos filhos (arts. 1.583 a 1.590), cujas normas dizem respeito à guarda e ao direito de visita, situando os filhos menores como alvo da proteção. A necessidade de proteção decorre dos processos de separação ou divórcio de índole litigiosa que até recentemente conduziria a aplicação da guarda unilateral, medida esta que gerava o afastamento da convivência familiar de um dos genitores. (BRASIL, 2002).

Contudo, a unidade familiar persiste mesmo após a dissolução de seus entes. Daí porque, consoante entendimento de Lôbo (2011, p. 189), “a cessação da convivência entre os pais não faz cessar a convivência familiar entre os filhos e seus pais, ainda que estes passem a viver em residências distintas”.

Segundo Dias (2013, p. 451), o rompimento da relação de conjugalidade dos genitores não pode comprometer os direitos e deveres com relação à prole, tampouco romper a continuidade dos vínculos parentais.

Nessa mesma diretriz, prossegue a autora:

Falar em guarda de filhos pressupõe a separação dos pais. Porém, o fim do relacionamento dos pais não pode levar à cisão dos direitos parentais. O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais. Os filhos, querendo ou não, participam dos conflitos e se submetem aos entraves inerentes à dissolução do laço amoroso entre os pais, sofrendo consequências desse enlace. (DIAS, 2013, p. 451).

Pois bem, as modalidades tendentes a resguardar a convivência familiar, quais sejam, a guarda compartilhada e o direito de visita, existem em função dos infantes menores, objetivando manter o convívio frequente entre pais e filhos após a dissolução da sociedade conjugal.

Por guarda, na esfera civil, entende-se a responsabilização do exercício de direitos e deveres inerentes ao poder familiar sobre a prole, principalmente no que tange ao direcionamento e à autoridade nas decisões sobre criação, educação, formação, controle, orientação, vigilância e cuidados especiais. (RIZZARDO, 2014, p. 238-239).

No âmbito do ECA, o conceito e o alcance de guarda diz respeito à modalidade de regularizar a posse de fato em família substituta como medida liminar ou incidental nos procedimentos de tutela e adoção, pressupondo a perda do poder familiar, motivo pelo qual é atribuída a terceiro. (LÔBO, 2011, p. 190).

Por seu turno, a visita é o direito indispensável e de extrema importância ao completo desenvolvimento da criança e do adolescente, pois fortalece os laços afetivos e a convivência entre genitor e filho, além de minorar os efeitos nocivos impostos à prole com a separação definitiva dos genitores. (DINIZ, 2014, p. 351).

Nesse caso é que o tema da convivência do filho com o genitor não guardião assume suma importância para a integral formação do menor:

Diante de uma desunião, a finalidade desse instituto é a manutenção de uma natural e adequada comunicação do filho com o pai ou mãe com quem não convive, para

fomentar e consolidar os vínculos paterno ou materno-filiais, encurtando, o quanto possível, o contato que existiria no seio da família unida. A pendência desses processos deve repercutir minimamente sobre os filhos. Mediante o regime de visita pretende-se, de certa maneira, mitigar a necessidade de convivência dos filhos com seus pais, quando estão sob a guarda de um só desses. (GRISARD FILHO, 2014, p. 111).

Desta forma, do ponto de vista legal, os menores estão devidamente protegidos, vez que, destituído da guarda, o genitor ainda terá o poder-dever de cumprir o direito à visita em decorrência da obrigação do poder familiar, conforme será explanado a seguir.

3.4.1 Guarda Compartilhada

O Código Civil de 2002 não previa, expressamente, o compartilhamento da guarda, enquanto a doutrina admitia a possibilidade jurídica da modalidade. A edição da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, entretanto, alterou os dispositivos 1.583 e 1.584 que disciplinam a guarda dos filhos, introduzindo a guarda compartilhada ao lado da unilateral, que já era existente. (NADER, 2009, p. 246).

De início, o art. 1.583 do CC passou a expressar que a guarda será unilateral ou compartilhada. Dispõe o § 1º que a primeira deve ser confiada a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, enquanto na segunda há a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (GONÇALVES, 2013, p. 294-295).

Todavia, determinava o § 2º do art. 1.583 do CC que a guarda unilateral seria atribuída ao genitor que revelasse as melhores condições para exercê-la e mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, educação, saúde e segurança. (BRASIL, 2002).

Com a Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, a nova redação do art. 1583, § 2º, do CC estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e passa a dispor que “o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. (BRASIL, 2002).

Cita-se o artigo “Guarda compartilhada, uma novidade bem-vinda!” de Maria Berenice Dias (2015), no qual argumenta que a nova normatização legal deixa de priorizar a guarda individual e dá preferência pelo compartilhamento, pois assegura a ambos os genitores a corresponsabilidade, conferindo-lhes de forma igualitária o exercício dos direitos e deveres concernentes ao poder familiar. Além disso, aduz que o novo modelo é um avanço, pois

“favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda a idéia de posse”.

Nesse contexto:

O mais importante para a nova lei ao instituir e disciplinar a guarda compartilhada como modelo preferencial é promover o rompimento da cultura adversarial pela posse do filho (na guarda compartilhada é privilegiada a idéia de “estar com”), eliminando a possibilidade de existir “ganhadores” e “perdedores”, logrando proclamar um único “vencedor”: o filho. (GRISARD FILHO, 2014, p. 188).

Em consequência do exercício compartilhado da guarda, a coparticipação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização das responsabilidades, visando basicamente garantir o interesse da prole. O objetivo é manter os laços de afetividade, minimizando-se os efeitos que a separação acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. (DIAS, 2013, p. 454).

Mesmo, no entanto, que haja a guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos, nos termos do art. 1.583, § 3º, do CC, com a redação dada pela Lei nº 13.058/14. (BRASIL, 2002).

Tal modalidade pode ser requerida por qualquer um dos genitores em ação autônoma de separação ou em medida cautelar e será decretada pelo juiz em atenção às necessidades específicas do filho ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe, como prescreve o art. 1.584, I e II, do CC. (RIZZARDO, 2014, p. 241).

A teor do art. 1.584, § 1º, do CC, caso o juiz atribuir aos genitores a guarda compartilhada em audiência de conciliação, informa-lhes-á o seu significado e suas prerrogativas no tocante aos deveres e direitos no exercício do poder familiar e as sanções cabíveis pelo descumprimento de suas cláusulas. (GRISARD FILHO, 2014, p. 197).

E mais, caso o pai e a mãe não entrarem em um acordo quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, exceto se um dos genitores declarar ao magistrado que reivindica a guarda do menor, consoante art. 1.583, § 2º, do CC, com a redação dada pela Lei nº 13.058/14. (BRASIL, 2002).

Necessário, pois, estabelecer as atribuições dos genitores e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada. Sob a ótica do § 3º do art. 1.584, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou

de equipe interdisciplinar para elaborar o laudo que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe (redação dada pela Lei nº 13.058/14). (BRASIL, 2002).

Prosseguindo as alterações advindas da Lei nº 13.058/14, o § 4º do art. 1.584 conduz à observância das obrigações inerentes da guarda, sob as consequências de serem reduzidas as prerrogativas atribuídas ao seu detentor. (BRASIL, 2002).

Em tese, “a guarda dos filhos constitui direito natural dos genitores”. Porém, verificando o juiz que não devem permanecer em poder da mãe ou do pai, a guarda poderá ser deferida a terceiro, preferencialmente a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, que revele compatibilidade com a natureza da medida, levando em consideração a questão de afinidade e afetividade com os infantes, conforme art. 1.584, § 5º, do CC, com a redação dada pela Lei nº 13.058/14. (GONÇALVES, 2013, p. 293).

Ainda sobre o tema, acrescenta Gonçalves (2013, p. 293):

Para romper o liame natural existente entre pais e filhos, com o deferimento da guarda a terceiro, é necessário que existam motivos graves que autorizem a medida e atribuam maior vantagem aos filhos. No tocante à preferência entre os familiares paternos e maternos, deve-se optar por aquele que ofereça melhores condições de vida e educação para o menor. Sempre que possível, atender-se-á a vontade manifestada pelo próprio menor, quanto à sua conveniência.

Destarte, “a guarda compartilhada assegura a preservação da coparentalidade e a corresponsabilidade em relação ao filho, que tem direito de conviver e ser formado por ambos os pais, com igualdade de condições”, mantendo os laços de afetividade independentemente da ruptura da sociedade conjugal. (LÔBO, 2011, p. 200).

De modo semelhante é o ensinamento de Madaleno (2011, p. 424):

A guarda compartilhada procura fazer com que os pais, apesar da sua separação pessoal e vivendo em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela formação, criação, educação e manutenção de seus filhos e sigam responsáveis pelo integral desenvolvimento da prole, mesmo estando separados de fato ou divorciados, obrigando-se a realizarem da melhor forma possível suas funções parentais. A prática dual da custódia considera a possibilidade de os pais seguirem exercendo o poder familiar, tal como ocorria enquanto coabitavam, correpartindo a responsabilidade que têm com suas funções parentais e com as decisões relativas aos filhos menores incapazes.

Em síntese, são evidentes as vantagens da guarda compartilhada, uma vez que atende, com maior eficácia, a efetividade dos princípios constitucionais do melhor interesse e da convivência familiar ao possibilitar o convívio com ambos os genitores, garantindo à prole o desenvolvimento pleno e saudável, e minimizando a probabilidade de desenvolver problemas de caráter psicológicos.

3.4.2 Regulamentação do direito de visitas

Ainda no propósito dos interesses prioritários dos filhos em manter a convivência familiar, não sendo cabível a modalidade do compartilhamento, dispõe o art. 1.589 que ao genitor a quem não for confiada a guarda, caberá o direito de visita ao filho e de mantê-lo em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Esses direitos deverão ser exercitados conforme convencionado pelos pais, ou do modo como decidido pelo juiz. (MADALENO, 2011, p. 435).

Essa norma que evidencia o direito à companhia, estende ao genitor não custodiante o poder de fiscalização, manutenção e educação:

A fiscalização ou supervisão do exercício da guarda, por parte do não guardião, é direito e dever no superior interesse do filho. A manutenção diz respeito a tudo que envolve as necessidades vitais do filho, como nutrição adequada, cuidados com a saúde física e mental, lazer, brinquedos. [...] A educação inclui a escola e a educação doméstica, como agregação de valores necessários à formação integral do filho. (LÔBO, 2011, p. 197).

O critério para estabelecer as visitas decorre do próprio interesse dos filhos e deve ser apreciado pelo juiz levando-se em consideração três fatores na seguinte ordem: “o interesse da criança, primordialmente; as condições efetivas dos pais, secundariamente, e, finalmente, o ambiente no qual se encontra inserida a criança”. (LEITE, 2003, p. 91).

As visitas não expressam apenas o sentido do genitor não guardião ir visitar os filhos, mas o momento em que os terá consigo, desde os finais de semana, ou em ocasiões especiais. Com tal medida, o ex-cônjuge terá a oportunidade de acompanhar o desenvolvimento e a educação que o menor recebe junto ao detentor da guarda. (RIZZARDO, 2014, p. 244).

Ademais, a doutrina avalia o direito de visitas como um poder-dever, consubstanciado no princípio constitucional da dignidade humana e na afetividade, na medida em que considera as visitas para o filho como um direito subjetivo de manter a convivência, e para os pais, um dever. (SIQUEIRA NETO, 2010, p. 171).

A propósito, comenta Madaleno (2011, p. 437) no sentido de que:

O direito e dever das visitas guarda um conteúdo voltado ao interesse primeiro do menor, cuja visita tem uma extensão maior, que não se restringe à faculdade de visitar a criança e alojá-la por um par de dias intercalados na casa do genitor visitante, mas impõe um dever e direito de comunicação, em contínua correspondência com o filho e seu ascendente não guardião, imiscuindo-se na educação e formação do filho e das atividades usuais e correntes da vida de seu

rebento, devendo e podendo inteirar-se sobre a assiduidade e rendimento escolar do filho [...].

Logo, razão assiste ao referido autor (2011, p. 436) ao afirmar que “as visitas têm a concreta finalidade de favorecer as relações humanas e de estimular a corrente de afeto entre o titular e o menor”.

Frise-se, outrossim, as características pertinentes ao direito de visitas:

Trata-se de um direito de **personalidade**, na categoria do direito à liberdade, pelo qual o indivíduo, no seu exercício, recebe as pessoas com quem quer conviver. Funda-se em elementares princípios do **direito natural**, na necessidade de cultivar o afeto, de firmar os vínculos familiares à subsistência real, efetiva e eficaz. (DIAS, 2013, p. 460, grifo da autora).

Na concepção de Dias (2013, p. 459), a locução “direito de visitas” é inadequada, pois os encargos ao poder familiar não se restringem a assegurar ao genitor o direito de ter o filho em sua companhia em datas predeterminadas. Em conformidade com o princípio da proteção, é necessário estabelecer formas de convivência, em vez de regulamentar as visitas, uma vez que não há proteção possível com a exclusão do outro genitor. “Daí a preferência por direito de convivência, pois é isso que deve ser preservado mesmo quando pai e filho não vivem sob o mesmo teto”.

Nessa esteira, complementa a autora:

O direito de convivência não é assegurado somente ao pai ou à mãe, é **direito do próprio filho** de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. É direito da criança manter o contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, havendo o dever do pai de concretizar esse direito. É totalmente irrelevante a causa de ruptura da sociedade conjugal para a fixação de visitas. O interesse a ser resguardado, prioritariamente, é do filho, e objetiva atenuar a perda da convivência diuturna na relação parental. (DIAS, 2013, p. 459, grifo da autora).

É de se ponderar ainda que “o direito de visita, na perspectiva da lei civil, é considerado irrenunciável e imposterável, não podendo ser considerado como renunciado pelo não exercício”. Avaliado como uma obrigação, a atual jurisprudência tem se posicionado no sentido de que o direito de visitas é um dever passível de execução judicial, inclusive pela imposição de multa pecuniária através das *astreintes* para obrigar o devedor a cumprir esse direito-dever. (SIQUEIRA NETO, 2010, p. 171).

Colhe-se da jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE VISITAS. REGULAMENTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE HORÁRIO. MULTA COERCITIVA. RECURSO DESPROVIDO. A regulamentação de visitas, como toda decisão judicial, possibilita

a fixação de multa cominatória como forma de impedir o descumprimento da obrigação, nos termos do art. 461 do Código de Rito. (SANTA CATARINA, 2013, grifo nosso).

O caso em análise, consoante ementa em epígrafe, trata de agravo de instrumento interposto pela genitora, representante de 3 filhas, pois inconformadas com a decisão interlocutória proferida pelo Juízo *a quo* que manteve a decisão agravada a qual indeferiu o pedido de suspensão de visitas do agravado às filhas comuns das partes, assim como estabeleceu o prazo de 48 horas para o seu cumprimento, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00. (SANTA CATARINA, 2013).

Referida decisão que analisou a medida cautelar de alimentos provisionais cumulada com regulamentação de guarda e visitas, proposta pelas agravantes, fixou o direito de visitas do agravado, de forma quinzenal, nos finais de semana, com a retirada das menores da casa da genitora aos sábados às 9 horas, devolvendo-as aos domingos às 18 horas. (SANTA CATARINA, 2013).

Sustenta o agravado que a genitora das agravantes descumpriu o determinado na decisão judicial, uma vez que no primeiro dia de visitas as duas filhas mais velhas ficaram por 2 horas com ele acompanhadas da irmã de sua genitora, e no segundo dia novamente a situação se repetiu, pelo que também foi impedido de ver sua filha menor. Diante disso, peticionou requerendo que fosse fixada e aplicada multa em razão do fato ocorrido. (SANTA CATARINA, 2013).

Apreciando o pedido, a Magistrada *a quo* manteve a decisão agravada por seus próprios fundamentos, devendo a autora, em 48 horas, dar cumprimento à decisão que fixou as visitas, sob pena de multa diária de R\$ 500,00. (SANTA CATARINA, 2013).

A respeito da multa, o acórdão cita o art. 461, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil, que estabelece o seguinte:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§ 4º. O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (BRASIL, 1973).

O Desembargador Relator Fernando Carioni alega que foi imposta à agravante uma obrigação de fazer, identificada no dever de permitir o exercício do direito de visitas das filhas ao agravado, sendo lícito à Magistrada impor multa coercitiva para o caso de descumprimento da obrigação, como mecanismo para que seja efetivada a ordem judicial. Afirma, ainda, que a multa tem natureza coercitiva e não compensatória, ou seja, a sua imposição tem por finalidade compelir o obrigado a praticar certo ato. (SANTA CATARINA, 2013).

A *ratio* do entendimento empreendido no julgamento em referência assenta-se, conclusivamente, no seguinte aspecto:

O valor da multa coercitiva deve ser estipulado em montante expressivo a fim de compelir o obrigado a atender à determinação judicial que lhe foi imposta, e não deve ser irrisório a ponto de ser mais vantajoso para o infrator descumprir o ato e pagar a multa do que atender à determinação. Entretanto, o montante fixado também não deve ser exorbitante, sob pena de gerar o enriquecimento indevido da parte a que se destina. (SANTA CATARINA, 2013).

Sob estas razões, os eminentes julgadores negaram provimento ao recurso interposto pelas agravantes, mantendo o *decisum* atacado em sua integralidade, ante a concordância da multa coercitiva fixada pelo Juízo *a quo* no valor de R\$ 500,00, pois se mostra razoável e adequada para compelir o obrigado a cumprir a decisão judicial. (SANTA CATARINA, 2013).

Por derradeiro, constatando o direito de visita como direito recíproco de pais e filhos à convivência, o genitor não guardião tem a obrigação de supervisionar os interesses da prole (art. 1.583, § 3º, do CC), pois, não sendo deferida a guarda compartilhada, as visitas visam o benefício do menor poder manter um vínculo de comunicação e uma estabilidade afetiva para com os pais. (BRASIL, 2002).

Diante de todo o exposto neste capítulo, verifica-se que a dissolução dos vínculos afetivos não leva à cisão nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres com relação aos filhos. O rompimento da vida conjugal dos genitores não deve comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado pela separação. É necessário manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação acarreta aos filhos, vez que, do contrário, caracterizará o abandono afetivo, objeto de análise do próximo e último capítulo.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES PELO ABANDONO AFETIVO

O estudo da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais desenvolve a perspectiva de uma parentalidade responsável, em obediência aos princípios fundamentais referentes às crianças e aos adolescentes previstos na CRFB e no ECA, a fim de assegurar o pleno desenvolvimento e formação da prole, coibindo qualquer forma de negligência, principalmente a afetiva.

A partir daí, duas correntes ergueram-se ao debater o assunto: o abandono afetivo enseja dano moral e, por consequência, indenização? De um lado, a aceção negativa do dever de indenizar, tendo em vista a imoralidade de se conceder indenização por ausência de amor; por outro lado, a aceção favorável à aplicação da responsabilidade civil fundada na violação dos deveres morais, dos quais resulta indenização punitiva e pedagógica ao genitor como única solução possível ao abandono afetivo.

Diante dessa nova realidade polêmica e controversa no que se refere à responsabilidade civil, o Poder Judiciário vem enfrentando demandas de filhos em busca de indenização a título de danos morais decorrentes de abandono afetivo causado por um dos genitores, ainda que haja total adimplência quanto às obrigações pecuniárias no âmbito alimentar. “Alguns julgados têm acolhido a pretensão de filhos que se dizem abandonados ou rejeitados pelos pais, sofrendo transtornos psíquicos em razão da falta de carinho e de afeto na infância e juventude”. (GONÇALVES, 2014, p. 429).

Por meio desses precedentes, o presente capítulo discute a responsabilidade civil na esfera do Direito de Família, com o intuito de se verificar a admissibilidade de indenização pelo abandono afetivo, bem como tal matéria vem sendo tratada pelos tribunais. À vista disso, identificam-se quais os argumentos utilizados pelos operadores do Direito para dirimir as questões em relação à chamada monetarização do afeto, fenômeno este que discute a possibilidade do elo perdido ser passível de ressarcimento.

4.1 CONCEITO E ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tornou-se de uso corrente somente no século XIX, originando-se da raiz latina *spondeo*, proveniente do verbo *respondere*, pela qual se vinculava o devedor ao credor, solenemente nos contratos verbais, respondendo à sua indagação com o termo em latim, que significa prometer. (NADER, 2010, p. 6).

A importância do instituto nos tempos atuais destina-se à restauração do equilíbrio moral e patrimonial desfeito e à redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça, tutelando a pertinência de um bem a um sujeito determinado, com todas as suas utilidades, presentes e futuras. O interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil. (DINIZ, 2015, p. 21).

Na definição de Nader (2010, p. 7), a nomenclatura responsabilidade civil “refere-se à situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Cavalieri Filho (2014, p. 14), Gonçalves (2014, p. 24) e Venosa (2014, p. 2) asseveram que a responsabilidade decorre da violação do dever jurídico e do dano, pois há um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Assim, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário e causa prejuízo a outrem, é fonte geradora da responsabilidade civil.

Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 53) afirmam que a responsabilidade civil, no âmbito do Direito Privado, “deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior das coisas”.

Por sua vez, Diniz (2015, p. 23-24) alega que o instituto constitui uma relação obrigacional que tem por objeto a prestação de ressarcimento, estabelecendo-o da seguinte forma:

A responsabilidade civil pressupõe uma relação jurídica entre a pessoa que sofreu o prejuízo e a que deve repará-lo, deslocando o ônus do dano sofrido pelo lesado para outra pessoa que, por lei, deverá suportá-lo, atendendo assim à necessidade moral, social e jurídica de garantir a segurança da vítima violada pelo autor do prejuízo. Visa, portanto, garantir o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se na medida do possível o *statu quo ante*.

Infere-se daí que a responsabilidade civil possui dupla função: a primeira é garantir o direito do lesado à segurança sob o enfoque do princípio *restitutio in integrum*, ou seja, repor completamente a vítima à situação anterior à lesão; a segunda é servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante indenização ou reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos ilícitos. (DINIZ, 2015, p. 24-25).

Ademais, a responsabilidade civil pode-se apresentar sob diferentes espécies em função de algumas peculiaridades. Quanto ao seu fato gerador, se preexiste um vínculo

obrigacional e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento do que estiver previsto no contrato, tem-se a responsabilidade contratual; se esse dever surge em virtude de lesão a um direito, sem que entre o ofensor e a vítima preexistisse qualquer relação jurídica, configura-se a responsabilidade extracontratual. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 30).

No que se refere ao agente, será direta se proveniente do ato da própria pessoa imputada, ou indireta, se promana de ato de terceiro (art. 932 do CC), com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, por fato de animal (art. 936 do CC) e de coisas inanimadas sob sua guarda (art. 937 e 938, do CC). (DINIZ, 2015, p. 152-153).

Em relação ao seu fundamento, diz-se ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa ou dolo (teoria da culpa). Nessa hipótese, a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Entretanto, em determinadas situações, a lei impõe a reparação do dano independentemente de culpa, configurando, portanto, a responsabilidade objetiva. Fundada na teoria do risco, é irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano sofrido pela vítima. (GONÇALVES, 2014, p. 48).

Por conseguinte, faz-se necessário caracterizar os referidos elementos essenciais à configuração da responsabilidade civil.

4.2 PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR

No ordenamento jurídico brasileiro vigora a regra geral de que o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da responsabilidade subjetiva da conduta do agente, apesar do Código Civil apresentar casos em que configura a responsabilidade objetiva fundada na atividade de risco. (DINIZ, 2015, p. 57).

Em seu art. 186, prescreve que o ato ilícito ocorre quando alguém, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imprudência (culpa), violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, sendo responsabilizado pela reparação dos prejuízos. (BRASIL, 2002).

Verifica-se que com um ato ilícito ocorre a violação do direito, porém nem toda violação configura ato ilícito, tendo em vista que aquele não pressupõe dano a outrem, nem conduta culposa, basta, apenas, que exista objetivamente o fato impeditivo do exercício do direito. Nader (2010, p. 65) exemplifica tal situação afirmando que “se um pai deixa de cumprir os deveres afetos ao poder familiar, estará praticando a violação do direito e, em princípio, não um ato ilícito”.

Ainda que a conduta não se enquadre na definição legal de ato ilícito, é possível a reparação civil nos termos do parágrafo único do art. 927, a qual configura a responsabilidade objetiva. (BRASIL, 2002).

Destarte, ato ilícito é o praticado com infração a um dever de conduta, por meio dos pressupostos ação ou omissão, culposa ou dolosa do agente, das quais resulta dano para outrem, concretizando diante disso, a relação de causalidade.

4.2.1 Ação ou omissão do agente

O ato ilícito pode ser praticado mediante ação ou omissão do responsável pela reparação. “Trata-se, em outras palavras, *da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo*”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 73, grifo dos autores).

Por conduta entende-se o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão. Ação ou omissão é o aspecto físico, externo e objetivo da conduta, ao passo que a vontade constitui o seu aspecto psicológico, intrínseco e subjetivo, configurando o impulso causal do comportamento humano. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 44).

Segundo Diniz (2014, p. 56), “a comissão vem a ser a prática de um ato que não se deve efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se”.

Logo, extrai-se do art. 186 do CC que o núcleo fundamental para se reconhecer a conduta humana é a presença do elemento volitivo:

[...] a *voluntariedade*, que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, *a consciência daquilo que se está fazendo*. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 74, grifo dos autores).

Vê-se, portanto, que sem o condão da voluntariedade não há que se falar em conduta humana, tampouco em responsabilidade civil.

4.2.2 Culpa do agente

Na responsabilidade subjetiva, fundada no preceito do art. 186 do CC, a culpa é um dos pressupostos essenciais à formação da responsabilidade civil.

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, engloba o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem, e a culpa em sentido estrito, que é a omissão de diligência e cautela, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer intenção de violar um dever. (DINIZ, 2015, p. 58).

Em apertada síntese, convém caracterizar as formas de exteriorização da conduta culposa:

A imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela. (DINIZ, 2015, p. 58-59).

No mais, considerando o elemento culpa *lato sensu*, a sua forma de manifestação mais grave é a dolosa, “quando o agente atua deliberadamente, certo de que a sua conduta implicará dano a outrem (dolo direto), ou, embora sem a intenção de prejudicar alguém, possui a consciência do risco e o assume (dolo eventual)”. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 50).

Assim sendo, se a conduta do agente não for voluntária, nem decorrer de negligência, imprudência ou imperícia, não há que se falar em ato ilícito e, conseqüentemente, em reparação de danos na teoria subjetiva.

4.2.3 Dano

O dano é o pressuposto central da responsabilidade civil, seja qual for a sua espécie. Com propriedade, Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 82) o definem como sendo “a lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.

De modo semelhante, é o entendimento de Diniz (2015, p. 77):

Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão. Deveras, para que haja pagamento da indenização pleiteada é necessário comprovar a ocorrência de um

dano patrimonial ou moral, fundados não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica.

No campo das espécies de dano, material ou patrimonial é aquele suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável, quando afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração dos bens materiais que lhe pertencem. Abrange o dano emergente (efetivo prejuízo sofrido pela vítima) e os lucros cessantes (o que razoavelmente a vítima deixou de lucrar). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 91).

De outro vértice, o dano moral ou extrapatrimonial resulta da “lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, à sua dignidade enfim, que se traduz nos modernos direitos da personalidade”, tais como o direito à vida, à honra, à saúde, ao nome, à intimidade, à privacidade, à liberdade, à imagem, dentre outros. Nesse sentido, a indenização pelo dano moral não possui o acanhado aspecto de reparar unicamente o *pretium doloris*, ou seja, pagar pela dor sofrida, mas busca restaurar a dignidade do ofendido. (VENOSA, 2014, p. 330-331).

Todavia, “nem sempre o autor de um dano patrimonial ou moral é obrigado à reparação, apenas quando violar a ordem jurídica. É preciso que agente tenha ofendido algum direito da vítima, provocando-lhe prejuízo”. (NADER, 2010, p. 76).

Para que o dano seja efetivamente indenizável, é necessária a conjugação de três requisitos mínimos: a violação de um interesse jurídico patrimonial ou moral de uma pessoa física ou jurídica, a efetividade ou certeza do dano, bem como a sua subsistência. Conforme já mencionado, todo dano pressupõe a agressão a um bem tutelado, de natureza material ou moral. Logo, somente o dano certo e efetivo é indenizável, uma vez que ninguém poderá ser obrigado a compensar a vítima por um dano hipotético. No mais, o dano deve subsistir no momento de sua exigibilidade em juízo, pois se já foi reparado espontaneamente pelo lesante, o prejuízo torna-se insubsistente e, conseqüentemente, perde-se o interesse da responsabilidade civil. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 84-90).

Cumpra examinar, portanto, a questão referente à prova da existência do fato danoso:

Ora, se dano é lesão de um bem ou interesse juridicamente tutelado (e aí está a importância dos conceitos), prova-se o dano provando-se a ocorrência do fato lesivo [...] por qualquer meio de prova em juízo admitido – documental, testemunhal, pericial etc. Tanto o dano patrimonial como o dano extrapatrimonial exigem a prova do fato lesivo. Por isso se diz que dano certo é aquele cuja existência acha-se provada, de tal modo que não pairam dúvidas quanto à sua ocorrência. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 116).

Com efeito, não há dever de indenizar sem a efetiva ocorrência de um prejuízo, ou melhor, “somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasiona dano”, provada a existência de fato lesivo. (VENOSA, 2014, p. 41).

4.2.4 Nexo de causalidade

A responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade entre o fato ilícito e o dano produzido. Exatamente esse vínculo entre o prejuízo e a ação que o produziu designa-se nexos causal. (DINIZ, 2015, p. 134).

Esclarece, na mesma diretriz, Rizzardo (2011, p. 67):

[...] para ensejar e buscar responsabilidade, é preciso que haja ou se encontre a existência de um dano, o qual se apresenta antijurídico, ou que não seja permitido ou tolerado pelo direito, ou constitua espécie que importe em reparação pela sua mera verificação, e que se impute ou atribua a alguém que o causou ou ensejou a sua efetivação. Em três palavras resume-se o nexos causal: o dano, a antijuricidade e a imputação.

Trata-se de elemento indispensável, posto que se a vítima, que experimentou um prejuízo, não identificar o nexos causal que levou o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. (VENOSA, 2014, p. 58).

Na responsabilidade subjetiva, o nexos causal é formado pela culpa em sentido amplo, que inclui o dolo e a culpa estrita (art. 186 do CC), enquanto na responsabilidade objetiva é formado pela conduta, cumulada com a previsão legal de responsabilização sem culpa ou pela teoria do risco (art. 927, parágrafo único, do CC). (TARTUCE, 2014, p. 373).

Daí a relevância do chamado nexos causal. No dizer de Cavalieri Filho (2014, p.62), “não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano”. É necessário que esse dano tenha sido causado pela ação do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito.

Finalizado o estudo dos pressupostos, verifica-se que presentes todos os requisitos, surge o dever de indenizar, ou seja, a obrigação de reparar o dano suportado pela vítima em decorrência de uma conduta comissiva ou omissiva que viole um dever jurídico.

4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Os valores mais acentuados das famílias sofreram modificações nas últimas décadas. A responsabilidade extracontratual deixou de representar apenas uma reposição

patrimonial do dever de indenizar no direito contemporâneo, deslocando-se a jurisprudência para o campo dos valores existenciais que se traduzem, ou seja, a possibilidade de indenização do dano exclusivamente moral. Impende considerar que atualmente, na seara familiar, busca-se a tutela da personalidade e, conseqüentemente, da dignidade humana. (VENOSA, 2014, p. 317-318).

A reparabilidade dos danos morais no Direito brasileiro foi elevada à garantia de direito fundamental com a Constituição de 1988, “encerrando de uma vez por todas a digressão doutrinária e jurisprudencial até então reinante no Brasil negando a indenização pelo agravo moral”. (MADALENO, 2011, p. 337).

A aplicação das regras da responsabilidade civil no Direito de Família depende da ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado, sujeitando-se ao regulamento geral da responsabilidade extracontratual e aos pressupostos da responsabilidade subjetiva. A parte lesada há de provar, então, a conduta dolosa ou culposa do agente, os danos sofridos e o nexo de causalidade. (NADER, 2010, p. 350).

No que tange à relação paterno-filial, este vínculo exigirá dos pais um compromisso reiterado de assistência moral e material ao filho, atendendo à perspectiva de realização pessoal e desenvolvimento da personalidade. No entanto, a partir do não cumprimento dos deveres por negligência dos pais que frustram as prestações de ordem moral e material, surge intrigante questão a ser tratada: “o descumprimento do dever de assistência moral (caracterizando o chamado ‘abandono afetivo’), poderia implicar em indenização por dano moral devida ao filho?”. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 648-649).

Nesse contexto:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade civil possui fundamento jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna e materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave. (CANEZIN, 2006, p. 84).

É, pois, nesse ambiente de releitura da responsabilização civil nos dias atuais que há a possibilidade de se falar em danos, na relação paterno-filial, derivados do abandono afetivo:

A matéria fica ainda mais delicada quando se trata de proteção ao direito e à personalidade de filhos menores. Assim, sustenta-se modernamente, com razão, que

ofende a dignidade do filho não só a ausência de socorro material, como a omissão no apoio moral e psicológico. O abandono intelectual do progenitor com relação a filho menor gera, sem dúvida, traumas que deságuam no dano moral. Nesse diapasão, a afetividade liga-se inexoravelmente à dignidade do ser humano. (VENOSA, 2014, p. 320).

A respeito do tema, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 700 de 2007, de autoria do Senador Marcelo Crivella, que altera alguns dispositivos do ECA, propondo uma previsão legal de condutas lesivas aos direitos personalíssimos dos filhos, para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal. (BRASIL, 2007).

Como finalidade desta proposta, “a Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos”. Para tanto, tem-se como fundamento a CRFB, que, no seu art. 227, estabelece, entre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, o de assegurar a crianças e adolescentes – além do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer – o direito à dignidade e ao respeito. (BRASIL, 2007).

Caso seja aprovado o Projeto de Lei em análise, destacam-se os arts. 5º, 22 e 232-A do ECA, que passam a vigorar nos seguintes termos:

Art. 5º. [...] Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral. (NR)

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

Art. 232-A. Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social.

Pena – detenção, de um a seis meses. (BRASIL, 2007).

Em justificativa ao Projeto de Lei, o Senador Crivella argumenta:

Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia. (BRASIL, 2007, grifo do autor).

Assim, conforme assevera Canezin (2006, p. 78), “deixar um filho em abandono é desrespeitar um ato disciplinado na Constituição Federal”. Em consequência, verifica-se que a conduta omissiva do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar configura

ato ilícito, devendo ser analisado no campo da responsabilidade civil a possibilidade de indenização.

4.4 ABANDONO AFETIVO PARENTAL: A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE AFETO

O abandono afetivo decorre da negligência dos deveres paternos quando omissa a assistência moral, psíquica e afetiva, ou seja, caracteriza “a violação dos direitos personalíssimos dos filhos e a deficiente realização da afetividade em decorrência do mau exercício do poder familiar por parte dos pais”. (AZEVEDO, 2009, p. 251).

Previsto como uma das causas de destituição do poder familiar no inciso II do art. 1.638 do CC, o abandono pode acarretar reflexos permanentes nos filhos menores e incapazes, haja vista que o não atendimento da convivência diária, da transmissão de afeto, tende a provocar distúrbios de ordem física, desvio de conduta, insegurança, instabilidade emocional, desajustamentos, agressividade, depressão, entre outras causas relevantes. (NADER, 2010, p. 361).

Nesse sentido:

A ausência injustificada do pai, como se observa, origina evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção – função psicopedagógica – que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade. Além da inquestionável concretização do dano, também se configura, na conduta omissiva do pai, a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar. (HIRONAKA, 2015, p. 4).

Convém esclarecer que o abandono afetivo se refere à conduta dos genitores e não às conseqüências desta na prole. Como o Direito não possui meios capazes de avaliar sentimentos, estes são presumidos. Dessa forma, ainda que o filho não sofra com a ausência do pai, há de configurar-se o abandono, considerando que é defeso ao pai ausentar-se, e é exatamente esta ausência, e não o sofrimento do menor, que constitui o abandono afetivo. (AZEVEDO, 2009, p. 252).

Aliás, em se tratando de sentimentos:

[...] amor e afeto são direitos natos dos filhos, que não podem ser punidos pelas desinteligências e ressentimentos dos seus pais, porquanto a falta deste contato influencia negativamente na formação e desenvolvimento do infante, permitindo este vazio a criação de carências incuráveis, e de resultados devastadores na

autoestima da descendência, que cresceu acreditando-se rejeitada e desamada. (MADALENO, 2011, p. 379).

Logo, considerando que o abandono afetivo parental pode trazer graves prejuízos e frustrações para o desenvolvimento da criança e do adolescente, entra em cena a responsabilidade civil como um possível caminho para a solução. “Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram pra nascer, imperioso que a justiça imponha coactamente essa obrigação”, adverte Diniz (2013, p. 472).

O Poder Judiciário atua na composição das lides quando relevantes situações assumam no plano fático proporções capazes de justificar o reconhecimento da responsabilidade civil por dano moral e sua consequente reparação. Yussef Said Cahali afirma que “o dano moral somente ingressará no mundo jurídico, gerando a subsequente obrigação de indenizar, quando houve alguma grandeza no ato considerado ofensivo a direito personalíssimo”. Assim, configura dano moral qualquer alteração desfavorável no estado anímico do indivíduo, não sendo ressarcível “quando o suporte fático não possui virtualidade para lesionar sentimento ou causar dor e padecimento íntimo”. (CAHALI, 2011, p. 52).

Sobre o novo enfoque da responsabilidade civil, comenta a advogada Maria Celina Bodin de Moraes (2005 apud PEREIRA; SILVA, 2006, p. 676, grifo nosso):

A responsabilidade civil, na atualidade, preocupa-se com a vítima e com os danos por ela sofridos, quase independentemente das razões de quem os causou. Ressarcíveis não são os danos causados mas, sim, os danos sofridos, e o olhar do Direito volta-se totalmente para proteção da vítima. **Se o pai não tem culpa de não amar sua filha, tem a culpa de tê-la negligenciado.** Assim, como se verá, o pai deve arcar com a responsabilidade por tê-la abandonado, por não ter convivido com ela, por não lhe ter educado, todos esses deveres impostos por lei.

Pois bem, constatado o dano na relação paterno-filial, surge para o filho o direito de reparação a ser exercitado em face de quem lhe deu causa. Por se tratar de responsabilidade extracontratual subjetiva, é fundamental a identificação do dano, a definição da conduta do genitor e a certeza do nexo de causalidade, ou seja, que a conduta decorrente de negligência do pai foi a causa do dano. Diante disso, preenchidos todos os requisitos do ato ilícito conforme a definição do art. 186, caberá ao juiz, à luz do disposto no *caput* do art. 944, promover a liquidação dos danos. (NADER, 2010, p. 363).

Friza-se, outrossim, que o dano dever ser provado, em regra, pelo autor da demanda, uma vez que não se indeniza o dano hipotético ou eventual. Para tanto, Hironaka

(2015) assevera que a perícia psicológica servirá como meio probatório para sua efetiva demonstração:

Com efeito, com o estabelecimento efetivo de um vínculo de afetividade será mais fácil configurar o dano decorrente da cessação do contato e da convivência entre pais e filhos, na exata medida em que se conseguir demonstrar e comprovar que a sensação de abandono foi nociva à criança. Esta prova deve ser feita por perícia técnica, determinada pelo juízo, com o intuito de se analisar o dano real e sua efetiva extensão.

Dentre os elementos necessários para que haja o dever de reparar o dano suportado pela vítima em decorrência de abandono afetivo, reside maior dificuldade na configuração do nexo de causalidade entre o abandono culposos e o dano vivenciado. Por isso a importância da perícia psicológica, pois, não obstante comprovada a culpa do genitor que assume conduta omissiva e abandona afetivamente a sua prole, a perícia consegue detectar e esclarecer os danos sofridos pelo filho abandonado, bem como a sua extensão. (HIRONAKA, 2015).

No tocante ao arbitramento do dano moral, com o advento da Constituição de 1988, não prevalece nenhum limite legal prefixado. Anteriormente, a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) tarifava o dano em seus arts. 51 e 52, mediante uma tabela ou modelo a ser observado pelo juiz. A matéria confirmando a impossibilidade de tarifação está sumulada no verbete nº 281 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”. Para reforçar a premissa de afastamento da tarifação, em maio de 2009 o Superior Tribunal Federal (STF), concluiu pela inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, que não tem mais aplicação no sistema jurídico nacional. Atualmente, a razoabilidade é o critério a ser observado pelo juiz para a fixação do *quantum debeatur* da indenização, de modo a aferir a lógica da decisão. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 125).

Nesse aspecto, para que a decisão seja razoável, é necessário observar alguns requisitos a fim de que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram:

Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 125).

Embora expressa em pecúnia, a reparabilidade não monetariza o afeto, aliás, nos dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira e Cláudia Maria Silva (2006, p. 678) “o valor da indenização é simbólico e tem apenas função punitiva e educativa. Afinal, não há dinheiro que pague o dano e a violação dos deveres morais à formação da personalidade de um filho abandonado ou rejeitado pelo pai”. Na compreensão de Tartuce (2012, p. 289), “o valor pago tem um intuito compensatório, no sentido de ser um derivativo do ato prejudicial praticado por outrem”.

Por derradeiro, considerando que não se pode valorar o amor, é inadmissível premiar a omissão de pais que geram filhos e lhes negam a convivência, o afeto, entre outros atributos necessários à formação da personalidade, sendo justo e correto a aplicabilidade de danos morais decorrentes do abandono afetivo parental.

Superado o conteúdo doutrinário acerca do tema, passa-se à análise dos julgados.

4.5 VISÃO DOS TRIBUNAIS ACERCA DO ABANDONO AFETIVO

Há divergências tanto na doutrina quanto nos tribunais no que se refere ao direito à reparação moral em decorrência do abandono afetivo dos pais em relação aos filhos.

Na jurisprudência, a tese ganhou relevo quando do julgamento do primeiro precedente em que o STJ enfrentou a questão da indenizabilidade do abandono afetivo no Recurso Especial nº 757.411/MG, julgado pela Quarta Turma, em novembro de 2005.

Na ocasião, o filho propôs ação ordinária em desfavor de seu pai, pleiteando indenização por danos morais decorrentes do abandono paterno-filial, sustentando que após a separação de seus pais, com o novo casamento do seu genitor e o nascimento da filha advinda da nova união, por ele foi privado o dever de lhe prestar assistência psíquica e moral, apesar de cumprir a obrigação alimentar. Em primeira instância, o Juiz julgou improcedente o pedido, salientando “[...] não haver estabelecido o laudo psicológico exata correlação entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor [...]”. (BRASIL, 2005).

Interposta apelação pelo filho, o Tribunal Mineiro entendeu pela possibilidade de indenização no valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), por suposta lesão à dignidade humana, cuja proteção consta no art. 1º, III, da CRFB, bem como reconheceu a conduta ilícita do genitor, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio com o filho e com este formar laços de paternidade. (BRASIL, 2005).

Porém, em sede de Recurso Especial interposto pelo genitor, a Quarta Turma decidiu, por maioria dos votos, não se enquadrar à prática do abandono afetivo o art. 186 do Código Civil, afastando, portanto, a condenação por danos morais. (BRASIL, 2005).

Tartuce (2012, p. 285-286) destaca os principais argumentos dos Ministros que lhe deram provimento:

O primeiro argumento utilizado na decisão foi o de que não haveria qualquer ato ilícito na conduta do pai que abandona afetivamente o filho. O segundo argumento é que o afeto não pode ser interposto na referida relação parental, não sendo o caso da existência de um dever jurídico. Além disso, a relatoria do Ministro Fernando Gonçalves ressaltou que o pagamento de indenização afastaria o pai e filho de forma definitiva, não sendo a melhor solução para o caso que estava sendo levado a julgamento. Em seu voto, argumentou o Ministro Aldir Passarinho que a solução para o abandono afetivo, é a perda do poder familiar, e não o pagamento de uma indenização a título de danos morais. Também com voto vencedor, aduziu o Ministro Asfor Rocha que o Direito de Família tem princípios próprios, diferentes dos regramentos básicos do Direito das Obrigações. Foi vencido o Ministro Barros Monteiro, favorável à indenização por danos morais em decorrência do abandono moral e afetivo.

O julgamento do STJ rompeu paradigmas ao afastar a possibilidade de reparação pecuniária em hipótese de abandono afetivo no âmbito da relação paterno-filial. Por isso o julgado polêmico esteve longe de encerrar o debate, uma vez que outros estão surgindo relativos ao tema.

As correntes negativas e os julgados que enfocam a não reparação do afeto ao filho, temem que o pai condenado à pena pecuniária por sua ausência jamais se reaproximará daquele rebento, considerando que o pagamento da indenização em nada contribui para restabelecer o amor. Advertem ainda que a omissão dos deveres decorrentes do vínculo familiar não admite a incidência das regras da responsabilidade civil.

Dentre os autores, esse é o entendimento de Farias e Rosendal (2013, p. 650), ou seja, a indenização pecuniária não resolveria o problema central da controvérsia, que seria obrigar o pai a dedicar amor ao seu filho, muito pelo contrário, por certo agravaria a situação.

E ainda acrescentam:

A aplicação das regras da responsabilidade civil na seara familiar, portanto, depende da ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado. A simples violação de um dever decorrente de norma de família não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano. Exatamente por isso, não admitimos que a pura e simples violação de afeto enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta caracterizar-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 649).

Sob o ponto de vista jurisprudencial, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) caminhou nesse sentido, rejeitando a ideia de que a negativa de afeto, por si só, ensejaria um dano moral indenizável, como se observa da análise da ementa:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE ABANDONO AFETIVO. ALEGADO ABANDONO MATERIAL E AFETIVO PELO GENITOR. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE REALIZADO JUDICIALMENTE. AUTOR QUE NÃO BUSCOU O CONVÍVIO COM O PAI. INDIFERENÇA MÚTUA ENTRE AS PARTES. REQUISITOS DO ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL NÃO CONFIGURADOS. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Os sentimentos compreendem a esfera mais íntima do ser humano e, para existirem, dependem de uma série de circunstâncias subjetivas. Portanto, o filho não pode obrigar o pai a nutrir amor e carinho por ele, e por este mesmo motivo, não há fundamento para reparação pecuniária por abandono afetivo. (AC n. 2010.029238-1, deste relator, com votos dos Desembargadores Fernando Carioni e Maria do Rocio Luz Santa Ritta). (SANTA CATARINA, 2014).

Extrai-se do acórdão que embora a paternidade do réu só tenha sido reconhecida em ação judicial de investigação de paternidade quando o autor contava com 17 anos, o parentesco já era de conhecimento do genitor desde a gestação, quando teve fim o namoro com a genitora. O filho sustenta que passou sua infância e adolescência sem ter contato com o pai e que essa ausência lhe impôs grave abalo psicológico. Por sua vez, o pai afirma que em diversas oportunidades procurou pelo filho, o que sempre fora obstado pela mãe e pela avó, em virtude da sua negativa em casar-se com a genitora, ainda que tivesse proposto a continuidade do relacionamento. (SANTA CATARINA, 2014).

Neste caso, o Desembargador Marcus Tulio Sartorato afirma que não restaram comprovadas a tristeza e a angústia sentidas pelo filho por ter sido rejeitado pelo pai. Tampouco as circunstâncias não constituem causa apta à configuração do dano moral, pois não consubstanciam ato ilícito apto de justificar uma reparação pecuniária. (SANTA CATARINA, 2014).

Por outro lado, há uma vertente que entende não ser suficiente pagar a pensão alimentícia e fornecer meios de subsistência dos filhos. Queixam-se estes do descaso, da indiferença e da rejeição dos pais, tendo alguns obtido o reconhecimento judicial do direito à indenização como compensação pelos danos morais, ao argumento de que a omissão da convivência familiar, bem como do afeto, do amor e do carinho, constituem abandono moral grave. (GONÇALVES, 2014, p. 429).

De modo semelhante é o entendimento de Dias (2013, p. 470, grifo da autora) ao aduzir que “a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar,

deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz **danos emocionais** merecedores de reparação”.

Corrobora com essa acepção positiva do dever de indenizar a colocação do Professor Álvaro Villaça Azevedo (2004 apud CABEZÓN, 2015):

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

Eis o assentado pela jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO DE MENOR - GENITOR QUE SE RECUSA A CONHECER E ESTABELECE CONVÍVIO COM FILHO - REPERCUSSÃO PSICOLÓGICA - VIOLAÇÃO AO DIREITO DE CONVÍVIO FAMILIAR - INTELIGÊNCIA DO ART. 227, DA CR/88 - DANO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - REPARAÇÃO DEVIDA - PRECEDENTES - 'QUANTUM' INDENIZATÓRIO - RATIFICAÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO - SENTENÇA CONFIRMADA. A responsabilidade pela concepção de uma criança e o próprio exercício da parentalidade responsável não devem ser imputados exclusivamente à mulher, pois decorrem do exercício da liberdade sexual assumido por ambos os genitores. (MINAS GERAIS, 2014).

Da análise do inteiro teor do acórdão, colhe-se o inconformismo do apelante contra a sentença proferida em Primeira Instância nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais proposta por seu filho, representado por sua genitora, que reconheceu a caracterização de dano moral em detrimento do postulante, condenando-o ao pagamento de indenização arbitrada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), pois constatada a sua deliberada omissão no tocante a seu dever de pai. (MINAS GERAIS, 2014).

Inconformado e pugnando pela sua reforma, sustenta o apelante, em síntese, que a convivência entre as partes restou prejudicada pelos desentendimentos havidos entre os genitores do menor, e que a ação ajuizada não tem o condão de uma possível reaproximação entre as partes, vez que considera como uma vingança pessoal da genitora. Salienta, igualmente, que a parte autora adunou à inicial apenas um relatório psicológico, no qual é narrado pelo profissional que o menor apresenta conflitos emocionais que se manifestam através de questionamentos, não revelando, entretanto, a fonte ou a razão desses questionamentos. Insurge-se, sucessivamente, contra o montante atribuído à sua condenação, buscando sua minoração. (MINAS GERAIS, 2014).

O Desembargador Relator Barros Levenhagen aduz que o caso concreto enseja a aplicação da responsabilidade civil e revela como imperativa a confirmação da sentença no

tocante à caracterização do dano moral causado ao menor, em razão do lamentável desinteresse do genitor em com ele estabelecer contato de qualquer natureza, asseverando também, ser sua conduta ainda mais repreensível por se tratar de um pai médico, cuja formação deveria clarificar a gravidade e repercussão da rejeição. (MINAS GERAIS, 2014).

Apesar da gravidez não ter sido planejada, concebida durante crise conjugal do casal, não possui o condão de eximir o recorrente do exercício de suas obrigações de pai, haja vista que “os deveres de ambos os genitores relativamente a seu filho surgem desde o momento da concepção, de cujo exercício não podem se eximir”, afirma o Desembargador. (MINAS GERAIS, 2014).

Com efeito, ao restringir sua atuação ao mero cumprimento do encargo alimentar que lhe foi imputado, olvida-se o apelante de sua responsabilidade imaterial perante seu filho, caracterizando, assim, pela violação do direito de convivência familiar consagrado pelo art. 227, da CRFB, conforme salienta Levenhagen:

É até possível que a obrigação alimentícia seja cumprida, mas dado o objetivo precípua da responsabilidade como atuação voltada para a formação plena do filho, o pagamento de pensão não é suficiente para a observância integral da determinação constitucional, sobretudo do direito à convivência familiar. O exercício efetivo do poder familiar como conjunto de direitos e deveres voltado para condução digna da vida do filho e informado pela preponderância de seus interesses existenciais pode avançar o grau de cumprimento da responsabilidade. Seu ápice seria encontrado nas hipóteses em que os pais respeitam a determinação do art. 227 da Constituição, seguindo-se à convivência a observância dos deveres atinentes à formação física e psíquica do menor. (MINAS GERAIS, 2014).

Destarte, inequívoco se apresenta o prejuízo sofrido pelo menor em razão da postura irredutível e insensível adotada por seu genitor, confirmando o Desembargador Relator, em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que o valor estabelecido pelo douto juízo de origem não está a merecer qualquer censura, sendo imperativa sua ratificação da condenação do apelante à reparação dos danos imateriais causados ao seu inocente filho. (MINAS GERAIS, 2014).

Com estas considerações, os eminentes julgadores negaram provimento ao recurso interposto pelo pai, mantendo o *decisum* atacado em sua integralidade, ante a concordância com os termos da comprovada existência de dano moral sofrido pelo filho, além da correta quantificação da condenação imposta. (MINAS GERAIS, 2014).

Ante o exposto nesse tópico, resulta claramente dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que o tema ainda não possui um entendimento consolidado, motivo pelo

qual enseja importantes discussões em todo o ordenamento jurídico, restando, portanto, ao Poder Judiciário resolver as lacunas legislativas acerca do abandono afetivo.

4.5.1 O atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

O precedente mais recente a respeito do abandono afetivo foi julgado em abril de 2012, pelos Ministros da Terceira Turma do STJ que, por maioria, deram parcial provimento ao Recurso Especial nº 1.159.242/SP, nos termos do voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi.

Em síntese, tratava-se de ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada pela filha em desfavor do seu pai, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude. (BRASIL, 2012).

No primeiro grau, o Juiz julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha deveu-se, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao pai, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores. (BRASIL, 2012).

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) deu provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo o seu abandono afetivo, por parte do recorrente – seu pai –, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais). (BRASIL, 2012).

No Recurso Especial, o pai alega violação dos arts. 186, 944 e 1.638 do CC, sustentando que não abandonou a filha, conforme foi afirmado pelo Tribunal de origem e, ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se reveste de ilicitude, sendo a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar, notadamente o abandono, a perda do respectivo poder familiar, conforme o art. 1638 do CC. Aduz, ainda, que o posicionamento adotado pelo TJSP diverge do entendimento do STJ para a matéria, consolidado pelo julgamento do REsp nº 757.411/MG, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo. Em pedido sucessivo, pugnou pela redução do valor fixado a título de compensação por danos morais. (BRASIL, 2012).

Em sua relatoria, a Ministra Nancy Andrighi ressalta, de início, ser admissível aplicar o conceito de dano moral nas relações familiares, haja vista que não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar no Direito de Família. Para ela, tal dano moral seria viável de se responsabilizar diante do descumprimento dos pais em dar assistência psicológica à prole. Ademais,

aplicando a ideia do cuidado como valor jurídico apreciável, a Ministra afirma que não se discute o amar, que diz respeito à motivação, questão que foge dos lindes legais, mas sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, expondo a seguinte frase: “amar é faculdade, cuidar é dever”. A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão da conduta do pai. Concluindo, a Magistrada entendeu como demasiadamente elevado o *quantum* reparatório que foi fixado pelo TJSP, reduzindo de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). (BRASIL, 2012).

Em revisão à ementa anterior do REsp nº 757.411/MG, o acórdão admitindo a reparação civil pelo abandono afetivo foi assim publicada pelo STJ:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, 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. (BRASIL, 2012).

Espera-se, assim, que esse último posicionamento do STJ prevaleça na jurisprudência brasileira, visando a evitar que outros pais abandonem os seus filhos, privando-lhes do direito à convivência familiar.

4.5.2 A possibilidade de supressão do sobrenome derivado do nome do pai

Em decorrência do tema abandono afetivo parental, recentemente, no dia 18 de março de 2015, a Terceira Turma do STJ, por decisão unânime, autorizou a exclusão do

patronímico derivado do nome do pai e o acréscimo do sobrenome da avó materna ao nome do interessado que, abandonado pelo pai desde a infância, foi criado pela mãe e pela avó. (BRASIL, 2015).

O autor interpôs recurso no STJ contra acórdão do TJSP que acolheu o pedido de inclusão do sobrenome da avó em seu nome civil, porém manteve o sobrenome paterno com base nos princípios da imutabilidade do nome e da indisponibilidade do sistema registral, sob o argumento de que a mudança descaracterizaria o nome da família. (BRASIL, 2015).

No recurso julgado pela Terceira Turma, o recorrente sustentou que a decisão violou o art. 56 da Lei nº 6.015/73, tendo em vista que já estariam presentes todos os requisitos legais exigidos para a alteração do nome no primeiro ano após ele ter atingido a maioridade civil. Alegou, ainda, que não pediu a alteração da sua paternidade no registro de nascimento, mas somente a exclusão do sobrenome do genitor, com quem não desenvolveu nenhum vínculo afetivo. (BRASIL, 2015).

O Ministro Relator, Paulo de Tarso Sanseverino, ressaltou que o STJ tem sido mais flexível em relação à imutabilidade do nome civil em razão do próprio papel que o nome desempenha na formação e consolidação da personalidade. Para o relator, considerando que o nome é elemento da personalidade, identificador e individualizador da pessoa na sociedade e no âmbito familiar, a pretensão do recorrente está perfeitamente justificada nos autos, pois, abandonado pelo pai desde criança, foi criado exclusivamente pela mãe e pela avó materna. (BRASIL, 2015).

Asseverou ainda em seu voto que “o direito da pessoa de portar um nome que não lhe remeta às angústias decorrentes do abandono paterno e, especialmente, corresponda à sua realidade familiar, parece sobrepor-se ao interesse público de imutabilidade do nome, já excepcionado pela própria Lei de Registros Públicos”. (BRASIL, 2015).

Com base no entendimento de que o princípio da imutabilidade do nome não é absoluto no sistema jurídico brasileiro, o Ministro Relator acolheu o pedido de retificação, enfatizando que a supressão do sobrenome paterno não altera a filiação, vez que o nome do pai permanecerá na certidão de nascimento. (BRASIL, 2015).

Para o advogado Rodrigo da Cunha Pereira (2015), presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a decisão é inovadora, pois “traduz a realidade das atuais famílias; um pai que abandona o seu filho é indigno de ter seu sobrenome perpetuado”. Ademais, sustenta que embora retirado do nome do filho o sobrenome do pai, o nome deste permanece na certidão de nascimento, o que implica dizer que ainda recaem sobre este pai as responsabilidades da filiação. “O fato de não ter mais o sobrenome no nome do

filho não isenta o pai de responsabilidades, tais como pensão alimentícia e sucessão hereditária. É uma forma de responsabilizar este pai pelo seu abandono", ressalta.

Em suma, analisando os argumentos de ambas as correntes acerca da possibilidade de indenização do dano causado por ausência de afeto, reza-se pela aprovação do Projeto de Lei nº 700/2007, pois "além de estabelecer uma regra inequívoca que permita a caracterização do abandono moral como conduta ilícita, também irá orientar as decisões judiciais sobre o tema, superando o atual estágio de insegurança jurídica criado por divergências em várias dessas decisões", como bem avalia o Senador Marcelo Crivella. (BRASIL, 2015).

Conquanto a questão não tenha entendimento pacífico, tampouco expressa previsão legal, devem os juízes ser cautelosos na análise de cada caso, para evitar que o Poder Judiciário seja acionado, por mágoa ou outro sentimento menos nobre, como instrumento de vingança contra os pais ausentes do convívio familiar ou negligentes dos deveres de assistência moral. Somente em casos especiais, quando plenamente demonstrada a influência negativa do descaso dos pais na formação e no desenvolvimento dos filhos, é que se justifica o pedido de indenização por danos morais.

5 CONCLUSÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 desencadeou o fenômeno da repersonalização das relações familiares, considerando o vínculo de afetividade como o elemento basilar para a identificação da família brasileira contemporânea, rompendo-se por derradeiro a premissa de que o núcleo familiar seja reconhecido nos moldes restritos do matrimônio, com o nítido interesse no patrimônio.

Inegável que o reconhecimento do afeto como uma verdadeira mola propulsora das relações familiares deriva da convivência diuturna. Assegurado tanto no plano constitucional quanto infraconstitucional, o direito da criança e do adolescente à convivência familiar é direito fundamental alicerçado na dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado, além da sociedade e principalmente da própria família, fazer com que tal direito seja plenamente efetivado, pois indispensável à formação das pessoas em desenvolvimento, vez que a negativa da convivência acarretará em danos à sua personalidade.

Há de se considerar que os subsídios das disposições normativas das declarações e convenções internacionais foram de suma importância para reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direitos que mereceram ser juridicamente protegidos, devido à peculiar condição de desenvolvimento em que se encontram. Aliás, é função social da família servir como o primeiro meio propício para desenvolver a personalidade dos menores, objetivando a realização pessoal e a convivência social.

Em decorrência da finalidade social da família, o poder familiar, consagrado pelo Código Civil de 2002, engloba um conjunto de direitos e obrigações a ser desempenhado em igualdade de condições pelo pai e pela mãe em relação aos filhos comuns. Todavia, constatou-se que a paternidade responsável comporta mais deveres que direitos. Isto porque o vínculo paterno-filial exige dos pais um compromisso reiterado de assistência material, moral, psíquica e afetiva ao filho, devendo aqueles atender as perspectivas deste no que se refere ao exercício dos seus direitos amparados na CRFB e no ECA.

Na hipótese de dissolução da sociedade conjugal, o genitor não guardião que descumprir os deveres por negligência, frustrando as prestações de ordem moral e material e, principalmente, abstendo-se do convívio com a prole, acarretará em abandono, de modo a afetar sua higidez psicológica e comprometer o seu desenvolvimento pleno e saudável, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção. Privar um filho do sentimento afetivo afronta diretamente contra a dignidade da pessoa humana, anulando a sua existência ou tornando-o um objeto.

Assim, a conduta omissiva do genitor em cumprir o dever de assistência moral configura ato ilícito, sendo fundamento suficiente para ensejar, conforme as regras da responsabilidade civil, indenização a título de danos morais decorrentes do abandono afetivo do menor.

Em que pese, ainda, a falta de expressa previsão legal neste sentido, a absorção do abandono afetivo pela responsabilidade civil é possível, haja vista o amparo constitucional e infraconstitucional aos interesses das crianças e dos adolescentes. Diga-se, ainda, que se todo e qualquer dano moral é passível de indenização, não é possível excluir-se deste rol aqueles danos exatamente referentes a interesses privilegiados pela legislação brasileira.

Outrossim, as jurisprudências apreciadas no terceiro capítulo analisaram a monetarização do amor e a impossibilidade que tem o judiciário de obrigar um pai a amar o filho. Todavia, a relevância do pedido deve se concentrar no conceito de ato ilícito, o qual parte da premissa de que a ninguém é dado o direito de ocasionar prejuízos a outrem, e se assim o fizer, deve reparar o dano que causou.

A indenização de ordem puramente moral tem o condão de compensar o filho abandonado, ao passo que representa também uma sanção punitiva e educativa para o genitor causador do dano. Afinal, o valor apurado não é para substituir os laços afetivos, mas, como qualquer ação de reparação moral, é para financiar os meios que possam compensar a dor, a solidão, o abalo psíquico, a angústia, o desamparo, entre tantas outras consequências experimentadas pela ausência de quem tinha o dever de cuidar.

Na mesma diretriz, o vínculo afetivo dificilmente será restabelecido após um litígio judicial e a reparação pecuniária não preencherá o dano causado à integridade física da criança e do adolescente, contudo, aos menos propiciará satisfação. Por outro vértice, negar a possibilidade de indenização seria consentir com a inobservância do dever de cuidado, banalizando a função paterna.

Por isso o estudo da responsabilidade civil pela ausência de afeto não pode deixar de merecer as atenções doutrinárias e jurisprudenciais, pois de forma alguma pode-se dizer que a questão está pacificada, aliás, conforme verificou-se, ainda existem muitas indagações que permeiam sobre o tema. Enquanto não houver definição legal acerca do assunto, o Poder Judiciário continuará proferindo suas decisões com base nos diferentes entendimentos doutrinários e nos princípios que regem a aplicação do Direito de Família, de acordo com cada situação fática, pautado pela sensibilidade e bom senso do julgador.

Portanto, se o pai não tem culpa de não amar o filho, tem a culpa de tê-lo negligenciado, devendo arcar com a responsabilidade de tê-lo abandonado, por não ter

cumprido com o seu dever de assistência moral, bem como por não ter convivido com o filho. Sendo assim, seguindo a corrente majoritária, a omissão do pai gera dano afetivo suscetível de indenização, uma vez que o abandono viola a norma jurídica e a integridade física do menor.

Diante de todo o exposto, conclui-se, então, que de fato não há como obrigar um pai a amar o seu filho, mas é dever daquele propiciar a convivência familiar. Afinal, os filhos de hoje, serão os pais de amanhã, e desta forma, só poderão transmitir para seus futuros descendentes aquilo que vivenciaram e receberam de seus ascendentes, pois o amor nasce e se prospera justamente da convivência do genitor para com o filho.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **Direito civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 10-17.

AZEVEDO, Laura Maciel Freire de. Abandono afetivo: do foco do problema a uma terceira solução. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 30, p. 247-277, jun./dez. 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 201-213.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa Brasileira de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 março 2015.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 6 abril 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 março 2015.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 1 abril 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 700, de 2007**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516> . Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 757.411/MG. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15890657&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 9 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Filho abandonado poderá trocar sobrenome do pai pelo da avó que o criou**. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Filho-abandonado-poder%C3%A1-trocar-sobrenome-do-pai-pelo-da-av%C3%B3-que-o-criou>. Acesso em: 10 maio 2015.

CABEZÓN, Ricardo de Moraes. **O afeto como bem jurídico tutelado nas relações familiares**. Disponível em: < file:///C:/Users/Usuario/Downloads/04.pdf>. Acesso em: 4 maio 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono afetivo paterno-filial. **Revista brasileira de direito de família**, Belo Horizonte, v. 8, n. 36, p. 71-87, jun./jul. 2006.

CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. Apresentação. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. xxi.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CINTRA, Maria do Rosário Leite. Convivência familiar. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. Como e a quem indenizar a omissão do afeto? *Revista brasileira de direito de família*, Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 131, out./nov. 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Solidariedade Humana. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 41-44.

DANTAS, Ana Florinda. O controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2004. p. 113-154.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Guarda compartilhada, uma novidade bem-vinda!**. Disponível em: < http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_guarda_compartilhada,_uma_novidade_bem-vinda.pdf>. Acesso em: 9 abril 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – Além da obrigação legal de caráter material**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2015. p. 1-36.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Filho consegue na Justiça retirar sobrenome do pai que o abandonou**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5578/Filho+consegue+na+Justi%C3%A7a+retirar+sobre+nome+do+pai+que+o+abandonou>>. Acesso em: 10 maio 2015.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

LIRA, Wladimir Paes de. O direito à convivência familiar da criança e do adolescente como direito humano fundamental. **Revista fórum de direito civil**, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, p. 41-76, maio/ago. 2014.

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

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 61-70.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0145.07.411698-2/001. Relator: Des. Barros Levenhagen, 16 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AC_10145074116982001_20b2c.pdf?Signature=EVCBMfJHcjFRhdOZOtpMqZ73%2Fqs%3D&Expires=1433906326&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=7c43be89a64d003f27e0c7b23a1aeba2>. Acesso em: 10 maio 2015.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 7.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 22. ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Revista sociedade e Estado**, Brasília, v. 21, n. 03, p. 667-680, set./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>>. Acesso em: 9 maio 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei 8.060/1990. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 2013.005968-7. Relator: Des. Fernando Carioni. Criciúma, 07 de maio de 2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000NX3R0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=5619699&pdf=true>>. Acesso em: 10 abril 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 2013.086591-8. Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato. Rio do Sul, 18 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000QJAA0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=6540316&pdf=true>>. Acesso em: 7 maio 2015.

SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 123-147, ago./set. 2004.

SIQUEIRA NETO, Lélío Ferraz de. Direito de visitas. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 170-173.

TARTUCE, Flávio. Abandono afetivo parental (indenização) – comentários a julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família**: novas tendências e julgamentos emblemáticos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 280-294.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito de família. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. v. 5.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. v. 2.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4.

ANEXOS

ANEXO A – Projeto de Lei nº 700/2007

