

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

ALINE SANTOS FERREIRA

**ALIENAÇÃO PARENTAL E ABANDONO AFETIVO:
O DANO CAUSADO POR QUEM TEM O DEVER DE CUIDAR**

**CURITIBA
2018**

ALINE SANTOS FERREIRA

**ALIENAÇÃO PARENTAL E ABANDONO AFETIVO:
O DANO CAUSADO POR QUEM TEM O DEVER DE CUIDAR**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Centro Universitário Curitiba.

Orientadora: Prof^a. Me. Camila Gil Marquez Bresolin

**CURITIBA
2018**

ALINE SANTOS FERREIRA

**ALIENAÇÃO PARENTAL E ABANDONO AFETIVO:
O DANO CAUSADO POR QUEM TEM O DEVER DE CUIDAR**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientadora: _____
Prof^a. Me. Camila Gil Marquez Bresolin

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

***Ao meu querido, amado e doce Mateus,
meu sopro de vida e força propulsora.***

*E especialmente a todos os pais e mães que
através do exercício da paternidade e
maternidade contribuem para a construção
de uma sociedade melhor.*

RESUMO

O presente trabalho buscou demonstrar a possibilidade da superação, de premissas antagônicas existentes na doutrina e jurisprudência, quanto à (in)aplicabilidade do dano moral por abandono afetivo dos filhos, a partir de 3 paradigmas principais: A observância da evolução na estrutura jurídica e social da família e das relações paterno-materno-filiais ao longo dos tempos, e a necessidade do não retrocesso quanto à proteção do bens jurídicos e princípios que a constituição de 88 visou tutelar no seio familiar; O uso de uma interpretação lógico-sistemática, das responsabilidades decorrentes do poder familiar e dos princípios que as sustentam, principalmente no que concerne à afetividade nas relações paterno-materno-filiais, e na importância da proteção a convivência familiar para que esses deveres se concretizem; Por fim, pela abordagem dos aspectos conceituais e principiológicos da alienação parental e do abandono afetivo, como demonstração que, do cruzamento dos dois institutos, eles se assemelham em relação aos bens jurídicos que visam preservar e pelos princípios e dispositivos legais que podem ser invocados para sustentar a aplicação do dano moral nesses casos.

Palavras-chave: abandono afetivo, deveres parentais, dano moral na família, afeto, convivência familiar.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A FAMÍLIA E O LUGAR OCUPADO PELOS FILHOS DA SUA ORIGEM AO PÁTRIO PODER.	9
2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORIGEM DA FAMÍLIA.....	9
2.2 A PATRIA POTESTAS ROMANA E O MUNDIUM GERMANICO.....	13
2.2.1 Poder Paterno Romano.....	13
2.2.2 Poder Paterno Germânico.....	16
2.3 A EVOLUÇÃO DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR.....	18
2.3.1 O Direito Luso-brasileiro e Período Pré-Constituição de 88.....	18
2.3.2 A Família na Constituição de 1988.....	21
3 O PODER FAMILIAR E A PROTEÇÃO A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA.	25
3.1 CONCEITO.....	25
3.1.1 Características e Responsabilidades Decorrentes do Poder Familiar.....	27
3.1.2 A Perda, a Suspensão e a Extinção do Poder Familiar.....	30
3.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PODER FAMILIAR E A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	35
4 ALIENAÇÃO PARENTAL E ABANDONO AFETIVO	41
4.1 ALIENAÇÃO PARENTAL.....	41
4.1.1 A Síndrome da Alienação Parental.....	44
4.1.2 As Provas e o Processo.....	46
4.1.3 As Consequências Para o Alienante e as Medidas Judiciais Cabíveis.....	49
4.1.4 As Consequências Psicológicas da SAP no Menor.....	52
4.2 O ABANDONO AFETIVO.....	53
4.2.1 Aspectos Conceituais.....	53
4.2.2 O Dano Moral no Direito de Família.....	55
4.2.3 Responsabilidade Civil.....	56
4.2.4 A possibilidade do Dano Moral Por Abandono Afetivo.....	59
5. O DANO CAUSADO POR QUEM TEM O DEVER DE CUIDADO E PROTEÇÃO	63
5.1 OS INSTITUTOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL E DO ABANDONO AFETIVO E SEUS PONTOS DIVERGENTES E CONVERGENTES.....	63
5.1.1 Os Pontos Divergentes.....	64
5.1.2 Os pontos de Convergência.....	67
5.2 A JURISPRUDÊNCIA E OS PRECEDENTES DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO.....	70

5.3 O ABUSO DE DIREITO E A QUEBRA DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR COMO JUSTIFICAVA À APLICAÇÃO DO DANO MORAL AOS DOIS INSTITUTOS.....	78
6. CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS.....	92

1 INTRODUÇÃO

Partindo da concepção que atualmente a família se encontra totalmente reestruturada quanto aos princípios e normas constitucionais que lhe servem como base, e quanto à importância ocupada por seus membros no seio familiar, bem como, à responsabilidade que lhes cabem. O presente trabalho discutirá a relevância da busca e da aplicabilidade de meios legais e processuais adequados, que sejam capazes de proporcionar a efetivação dessas responsabilidades na realidade concreta.

Tratar-se-á, aqui, das responsabilidades decorrentes do campo das relações paterno-materno-filiais, mais especificamente da responsabilidade dos pais, quando eles por suas atitudes de abuso ou omissão, descumprem com seus deveres parentais, e assim, causam danos à saúde e a moral da prole.

A discussão acerca do cabimento do dano moral por abandono afetivo justifica-se, pela relevância que têm o papel dos pais na vida dos filhos, principalmente quando na infância e adolescência, e os danos que essa falta são capazes de causar no meio familiar e social. Também, pela importância que possuem as decisões judiciais, pois, pela coibição e a sanção de práticas ilegais ou danosas, são capazes de resultar em um impacto social positivo e educativo que resultam em estímulo a não reiteração destas práticas.

O Objetivo principal do presente trabalho, é através da discussão acerca da rejeição, que está presente ainda, em parte da doutrina, e na jurisprudência dominante quanto à possibilidade de indenização pelo dano moral decorrente do abandono afetivo, nas relações paterno-materno-filiais, demonstrar a possibilidade da superação, de premissas antagônicas existentes hoje na doutrina e na jurisprudência, quanto à (in)aplicabilidade do dano moral por abandono afetivo dos filhos.

Para o embasamento desta discussão, buscou-se demonstrar, através do uso de três paradigmas principais, uma fundamentação que possibilite a aceção do dano moral nos casos de abandono afetivo.

Tentará se demonstrar que após a evolução familiar, para efetivação de uma justa e eficiente tutela, há necessidade de que atualmente, em questões familiares faça-se uso de uma interpretação lógica sistemática das responsabilidades

decorrentes do poder familiar. Principalmente quanto ao princípio da afetividade nas relações entre pais-mães-filhos, e a importância que tem a convivência familiar para que essas responsabilidades sejam colocadas em prática.

Se abordarão alguns aspectos conceituais e principiológicos da alienação parental e do abandono afetivo, visando a demonstração que, mesmo que se tratem de questões jurídicas diferentes, há coincidência nos bens jurídicos que visam tutelar e proteger na família, bem como nos princípios e argumentações legais que podem ser arguidos quando da aplicação da responsabilidade civil dos pais.

Através disso, buscará se explicar e entender a questão da controvérsia que ainda há nos tribunais, à respeito da questão da aplicação do dano moral nos casos de abandono afetivo.

2 A FAMÍLIA E O LUGAR OCUPADO PELOS FILHOS DA SUA ORIGEM AO PÁTRIO PODER.

2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORIGEM DA FAMÍLIA

A família não possui um conceito estanque, e há de se dizer, ainda hoje não existe um conceito único e universal, capaz de definir esta instituição entre os diversos campos de estudo a que se dedica o homem. Pode haver divergências inclusive quando se fala em um mesmo campo de estudo, como ocorre no Direito; no mesmo sistema, a noção de família sofre um alargamento de natureza econômica, como ocorre na Lei do Inquilinato, ao proteger como sucessores do locatário, as pessoas residentes no imóvel, que viviam na dependência econômica do falecido (art. 11, I)¹; em outras oportunidades, a lei restringe o alcance do conceito familiar apenas a pais e filhos (art. 47, III)².³

O conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteraram no curso dos tempos⁴. A evolução não ocorreu de modo totalmente eventual, e a família, evoluiu e evolui paralelamente à sociedade em dado tempo e espaço.

Desde as famílias primitivas, a evolução familiar já mostrava ligação com os sistemas de parentescos. O modo como ocorrem às relações familiares, entre os membros de determinado núcleo familiar, sempre esteve vinculado à forma de parentesco usual na sociedade.

Conforme a família e a sociedade evoluíram no decorrer da história, os sistemas de parentesco também se alteraram. Segue-se pela explicação de Friedrich Engels:

¹Art. 11. Morrendo o locatário, ficarão sub - rogados nos seus direitos e obrigações: I - nas locações com finalidade residencial, o cônjuge sobrevivente ou o companheiro e, sucessivamente, os herdeiros necessários e as pessoas que viviam na dependência econômica do de cujus, desde que residentes no imóvel;

² Art. 47. Quando ajustada verbalmente ou por escrito e como prazo inferior a trinta meses, findo o prazo estabelecido, a locação prorroga - se automaticamente, por prazo indeterminado, somente podendo ser retomado o imóvel: III - se for pedido para uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio;

³ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil**: Família, 17ª ed. Atlas, 2016.p.1.

⁴ VENOSA, 2016. p. 2.

A família, diz Morgan⁵ é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado. Os sistemas de parentesco, pelo contrario, são passivos; só depois de longos intervalos, registram os progressos feitos pela família, e não sofrem uma modificação radical senão quando a família já se modificou radicalmente.⁶

Ainda que, a reunião em grupos tenha sido, de certa forma, início ao que hoje conhecemos por família, muito afastado está o caráter meramente sexual dos primeiros aglomeramentos humanos, aos moldes conceituais familiares herdados do direito romano que culminaram na família ocidental contemporânea.⁷

Explica Friedrich Engels, ao falar sobre origem da família, a classificação do antropólogo Lewis H. Morgan, na qual inicia por explicar as formas de família do homem primitivo. Na época primitiva, mulheres e homens pertenciam uns aos outros reciprocamente, além disso, o incesto era plenamente concebido, já que, sequer havia conhecimento ou interesse na parentalidade e consangüinidade, ou ainda, alguma restrição com relação a sexualidade advinda da moral. Denominou este momento de “estado primitivo de promiscuidade”, que deu origem as etapas da evolução da família até a forma que conhecemos hoje.⁸

Logo, aqui, se faz mister notar a importância da abordagem destes conceitos históricos, já que “estudar como os entes familiares se relacionavam no passado ajuda-nos a compreender como vivem no presente”⁹.

Inicia-se aqui, a apresentação de uma espécie de panorama evolutivo dos moldes familiares, a começar pela denominada “família consanguínea”¹⁰. Nesta etapa evolutiva da família, excluiu-se a possibilidade da união entre descendentes e ascendentes, mas predomina o casamento entre irmãos e irmãs e primos e primas. Frisa-se aqui, que de acordo com o sistema de parentesco usual à época, não havia essa classificação de primos e irmãos, sendo todos tratados como se fossem irmãos e irmãs, ou seja, a figura dos primos não existia.

⁵ Friedrich Engels ao se referir ao antropólogo Lewis Henry Morgan.

⁶ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 16.ed. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 2002. p.30.

⁷ RAMOS, Patricia Pimentel de Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2.ed. Saraiva, 2015. p.31.

⁸ ENGELS, op.cit.

⁹ LEVY, Fernanda Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 5.

¹⁰ ENGELS, op.cit.

Seguindo com o panorama evolutivo, na “família punaluana¹¹”, se excluiu gradativamente as relações sexuais e conjugais entre irmãos. Há o surgimento e a divisão de alguns dos graus de parentesco. Surgem no tronco ancestral os parentes colaterais, que hoje chamamos de primas/primos e sobrinhos/sobrinhas. Foi o sistema de família punaluana, historicamente o mais relevante em termos de modificação, conhecimento e evolução, para aproximar a divisão dos laços consanguíneos tal quais hoje se identificam e reconhecem os graus de parentesco.

Nesta altura da história, com a proibição de casamento de acordo com o parentesco, se tornava cada vez mais difícil os casamentos ou uniões por grupos, se consolidando a figura da união entre pares. Porém, ainda, não era infidelidade considerada um tabu, desta forma, antes disso e durante muito tempo ainda, o reconhecimento consanguíneo dos filhos se deu apenas pela forma matriarcal.

Reconhecia-se, a descendência, bem como os direitos hereditários por assim dizer, apenas nas relações de filhos e mães, fato este justificado porque, ainda que, já houvesse a união por duplas, ela não era totalmente predominante. Havia então, por conta dos relacionamentos grupais, a impossibilidade de se conhecer a descendência por parte do pai. Prevaleceu neste tempo, o chamado “direito materno”.

Tal realidade começa ser mudada gradativamente com o modelo de matrimônio da “família sindiásmica”, que concomitantemente ao acúmulo de propriedade e riquezas, que ocorreu ao longo da história do homem e do trabalho, introduziu na entidade familiar a figura do autêntico pai, e deu então ao homem, a partir daí, posição mais importante que a da mulher.¹²

A partir dessas mudanças, aboliu-se paulatinamente a filiação feminina e o direito hereditário materno, ainda que não se possuam informações concretas de quando efetivamente isso tenha ocorrido. Com a abolição do “direito materno”, se propiciam rápidas e concretas condições para o surgimento da monogamia.¹³

A família monogâmica, a partir de então, predomina entre as principais civilizações que se tem conhecimento, predominando também a partir de então a hegemonia do homem sobre a mulher.

¹¹ ENGELS, 2002.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

Ainda que, aparentemente a monogamia apareça como importante marco ao início de uma evolução no núcleo familiar daqueles tempos, ao ponto de torná-lo muito próximo aos moldes de família ocidental que conhecemos hoje, é importante salientar que isso não se deu de forma singular entre as nações, que já àquela época tinham suas peculiaridades civis, religiosas e costumeiras.

A questão monogâmica, e as questões filiativas, deixaram seus resquícios já nas primeiras codificações jurídicas que o homem tem conhecimento. Como por exemplo, no código de Hamurabi, que proibia o incesto, e onde o poder paternal era em partes codificado. E também no código de Manu, com a punição do adultério.¹⁴

A monogamia era predominante, mas ainda existia a poligamia só que de forma diferente. A poligamia, a partir de então, passa a ser apenas um direito do homem, principalmente aos que detinham determinado tipo ou parcela de poder.

Firmou-sena monogamia a supremacia do homem, de modo que, pode-se dizer que a progressiva evolução nas formas de casamento a esta altura, serviu para repressão da liberdade sexual da mulher se comparado à liberdade que tinham na fase de casamentos por grupos, não deixando de existir os relacionamentos plurais extraconjugais, mas apenas sendo praticados pelos homens.¹⁵

Notável, foram as transformações que sofreu o núcleo familiar desde o homem bárbaro. Para efeito didático, muito conveniente é a forma simples e resumida que tem um trecho da obra de Friedrich Engels, que serviu de base ao que inicialmente se percorreu até aqui:

Como vimos, há três formas principais de matrimônio, que correspondem aproximadamente aos três estágios fundamentais da evolução humana. Ao estado selvagem corresponde o matrimônio por grupos, à barbárie, o matrimônio sindiasmico, e à civilização corresponde a monogamia com seus complementos: o adultério e a prostituição. Entre o matrimônio sindiasmico e a monogamia, intercalam-se, na fase superior da barbárie, a sujeição aos homens das mulheres escravas e a poligamia.¹⁶

Após a barbárie, passando-se às civilizações ocidentais, especificamente a grega e a romana, entre essas nações a família era concebida no aspecto do dever cívico, ou seja, para o fortalecimento do Estado e do exército. Motivado por isso,

¹⁴ LEVY, 2008. p.6.

¹⁵ ENGELS, 2002.

¹⁶ Ibid, p. 81.

havia a preferência por gerir filhos homens. Dessa forma “no direito romano assim como no grego, o afeto natural, embora pudesse existir, não era o elo entre os membros da família.”¹⁷.

Com o advento do cristianismo, surgiu à renúncia das relações grupais a favor do casamento, pois a relação sexual no casamento era entendida unicamente como um meio de alcançar os fins da procriação, “e a tolerância inicialmente conferida as uniões livres foi substituída pela sanção contra os concubinos. Valorizou-se, desse modo, a família constituída mediante casamento.”¹⁸

Oportuno se faz explicar que ainda que aparentemente até aqui tenha se detido em maior parte a falar na evolução da família com ligação direta a evolução do casamento, se fez necessária esta breve introdução para que adequadamente possamos passar a análise das características principais do pátrio poder brasileiro iniciando pelo direito luso brasileiro, até a evolução atual ao poder familiar. Antes e não menos importante porém dedicar-se-á um breve estudo ao pátrio direito romano por ter tido influência no direito pátrio brasileiro através do direito português e ainda de forma mais breve do direito pátrio germânico comparado ao romano, este por seu caráter precoce de em ainda remotas épocas entender o pátrio poder de forma mais protecionista que se comparado ao arbitrário sistema adotado por outros povos.

2.2 A PATRIA POTESTAS ROMANA E O MUNDIUM GERMANICO

2.2.1 Poder Paterno Romano

Nada mais adequado para compreensão do direito romano que o estudo de sua entidade familiar, o regramento conferido a esta entidade tinha seu cerne na intenção de manutenção da unidade familiar, e primordialmente foi marcado por um patriarcado exacerbado¹⁹. Contudo, esse poder sem limites se abrandou com o

¹⁷ AKEL, Ana Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.3.

¹⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. v. 5, 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.26.

¹⁹ LEVY, 2008.

tempo, influenciado principalmente pelo estoicismo e pelo cristianismo, porém a religião não foi influencia única nesse abrandamento, ele aconteceu também por fatores políticos junto com os períodos do império.²⁰

O poder do *pater familias* foi mitigado junto às fases do direito romano. Em que pese, a origem da *patria potestas* abarcar teorias de cunho religioso, econômico e patriarcal²¹, parece perfeitamente cabível uma ligação de proporcionalidade entre os períodos de maior influência da religião no direito romano com o poder exacerbado da *patria potestas*. Além disso, este poder exacerbado embrandeceu pouco a pouco, à medida que o estado aumenta seu interesse em controlar e tutelar os direitos dos cidadãos para garantir seu poder hegemônico.

A autoridade paternal romana não tinha como parâmetro a consanguinidade, tinha fundamentos políticos e principalmente religiosos²². O núcleo familiar era composto de modo que, “cada lar tinha uma religião, o *pater familias* era o responsável pela veneração dos penates, deuses domésticos”.²³

O exercício da *patria potestas*, ao contrário do status de *pater familias*,(que podia ser adquirido pelo filho apenas em decorrência da morte do pater e independente de ser casado ou ter filhos), surgia apenas em duas situações: o nascimento de filho decorrente de *justae nuptiae* (o casamento legal romano), e pela adoção romana.

A adoção romana se dividia em dois tipos: a *adrogatio*, que era a adoção de pessoa sui iuris, (ou seja, pessoa livre no sentido de não estar sujeita ao poder de nenhuma outra) ou pela *adoptio*, que era a adoção de pessoa *alieni iuris* (pessoa já sujeita a poder de outra).

Uma vez adquirida, inicialmente a *patria potestas* era vitalícia e versava sobre todos que integravam o grupo doméstico não apenas os filhos, o poder do pater acabava somente em decorrência de sua morte ou de evento imprevisível e extraordinário como a *capitis deminutio* (perda de capacidade do pater) ou ainda, pela sua prisão em batalha. Havia também a hipótese da *emancipatio* (emancipação) do filho.²⁴

²⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Direito de Família**. Coleção Direito Civil. Vol.6. 28.ed.São Paulo: Saraiva 2004. p. 378.

²¹ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo. Revista dos tribunais, 1994.p.30.

²² ROCHA, Jose Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**. Rio de Janeiro. Tupã, 1960. p.18.

²³ RAMOS, 2015. p. 31.

²⁴ SANTOS NETO, 1994.

O direito romano regulamentando a *pátria potestas*, concedia ao *pater* poderes de autoridade arbitrários e quase que ilimitados, em contrapartida, aos submetidos ao poder do *pater*, pouco restava, senão aceitar a completa submissão ao poder absoluto sobre suas vidas, e sobre a disposição dos bens que adquiriam, pois por muito tempo foram nulas as garantias a eles oferecidas.

Gozando o *pater* de muitos direitos quanto aos filhos em sua esfera de poder, entendem-se como mais relevantes quatro deles;

O *ius vitae et necis*, condenar o filho a morte era visto como mero direito de exercício pelo *pater*, detinha ele o direito de vida e morte do filho, a prática foi abolida apenas no fim do período clássico, e se transforma em *ius domesticæ emendationis* (poder de corrigir os filhos) com o império de Justiniano.²⁵

O *ius exponendi*, podia o *pater* abandonar o filho recém-nascido. Sobre essa faculdade explica Jose Virgilio Castelo Branco Rocha:

Ao que parece, a exposição do filho era circunscrita aos casos de parto monstruoso. Se o *pater familias* fosse apenas chefe de uma comunidade doméstica, não haveria como explicar o *ius exponendi*; mas acima de tudo, era ele o cabeça de uma entidade política e econômica, a quem assistia o direito de seleção eugênica em benefício da comunidade.²⁶

Ius vendendi, era a venda do filho pelo pai. Tinha caráter econômico, porém nada impedia que fosse praticado com o fim de afastar o filho indesejado, tinha duração de cinco anos, e retomava o pai, os poderes sobre o filho e o exercício da *pátria potestas* após esse tempo.²⁷

Noxae deditio, exclusivamente, respondia pela família o chefe do lar. Qualquer ato cometido por um membro da família era do *pater familias* a responsabilidade, sendo assim, quando o filho praticava ato ilícito, cabia ao *pater* a escolha de suportar junto a família a vingança do ofendido (na época exercida como espécie de vingança privada) ou entregar o filho a ele para repará-lo com a prestação de serviços. Essa entrega tinha efeitos temporários, já que o *pater familias* não perdia seus direitos de pai, não importando em cessão de direitos.²⁸

²⁵ Ibid.

²⁶ ROCHA, 1960. p. 25.

²⁷ SANTOS NETO, op. cit.

²⁸ ROCHA, 1960.

O poder paterno romano tinha características bastante fortes e rígidas, ainda que, para aqueles tempos mais antigos e de direito costumeiro e religioso. Há indícios da autoridade paterna discricionária entre povos da antiguidade que antecederam Roma, como hebreus, hindus e israelitas²⁹. A esse respeito, discorreu Santos Neto:

O rigor de que se revestia o pátrio poder entre os romanos não foi uma exceção na antiguidade. De fato, embora no dizer de Gaius nenhum outro povo a exceção dos gálatas, tenha tido o poder paterno tão bem disciplinado quanto os romanos, é certo que quase todos os povos conheceram a autoridade do chefe da casa sobre os que nela habitavam. A família patriarcal, com efeito, era regra, e foi constante a presença de uma ideia de autoridade dos pais sobre os filhos, bem como sobre pessoas a estes assimilados (na Pérsia e na Armênia os irmãos e irmãs que permaneciam habitando a casa do primogênito). [...] As primeiras limitações a tal direito emanaram de legislações que sobrepujaram o interesse do estado ao interesse da família [...].³⁰

O fundamento político e religioso do poder pátrio em Roma explicaria seus exageros, sendo o pater não apenas o líder religioso, mas também “o chefe de um pequeno agrupamento humano, a família, que constitui a célula que se baseia toda organização política do estado.”³¹

2.2.2 Poder Paterno Germânico

Os bárbaros introduziram o chamado “regime de lei pessoal”, conservando suas instituições, e permitindo que paralelamente, os romanos conservassem as suas.³²

O direito germânico ainda que em determinado momento mais primitivo, concebeu direitos tal qual o *pater* famílias romano, tais como, o de dispor sobre a vida dos filhos no momento do nascimento, “quando vieram a lume as primeiras legislações romano-germânicas, tal direito, bem como a absoluta maioria dos poderes de disposição arbitrária dos filhos, estava já eliminado.”³³

²⁹ Ibid. p. 24.

³⁰ SANTOS NETO, 1994. p. 31.

³¹ RODRIGUES, 2004. p. 378.

³² MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. Atlas, 2010. p. 20.

³³ SANTOS NETO, 1994. p.35.

O direito pátrio germânico em maior parte, tal qual, se concebeu o direito sobre os filhos mais modernamente, não concedeu prerrogativas ilimitadas ao exercício deste poder, pois, ligada a ele estava, uma postura protecionista na relação entre pais e filhos.

O poder pátrio germânico não era vitalício. Entre os povos germânicos havia determinada noção de maioridade, “o pátrio poder cessava assim que o infante estivesse suficientemente forte para se defender por si próprio.”³⁴ Nota-se aí, por si só, o cerne protecionista conferida a figura do *mundium* germânico.

As filhas por sua vez, estavam sujeitas ao poder do pai até o casamento, e quando casadas, o *mundium* passava a ser exercido pelo marido.

O termo do exercício do *mundium*, no direito germânico, demonstrava seu caráter /função de proteção:

[...] os povos do norte não conheceram, a não ser tardiamente, o princípio da repressão dos delitos pelo Estado. Tal repressão era abandonada a vingança individual; era o direito do mais forte que prevalecia. Como, num sistema como esse, parece evidente que uma criança cujos interesses estivessem em jogo levaria sempre a pior dada a sua fragilidade natural, confiava-se ao pai a missão de suprir essa lacuna e atuar em defesa do filho. Daí se concluir que o poder dado ao ascendente não era estabelecido senão no exclusivo interesse daquele que lhe estava submisso. Não havia, como em Roma, um jugo tão severo.³⁵

Outro aspecto bastante relevante se dava no campo patrimonial, ao contrário do direito paterno romano os bens não estavam na esfera de disposição e a bel prazer do *pater*, havia espécie de uso comum dependendo das necessidades da família.

Inicialmente não se admitia o exercício do poder pátrio pela mãe, pela fragilidade de força da mulher comparada a do homem, subentendia-se que ela não seria capaz da defesa dos filhos na falta do pai, exercício que era delegado aos parentes masculinos mais próximos. Deixando pouco a pouco a vingança privada de existir e assumindo o Estado este papel de sancionador, começa a ser permitido o exercício do *Mundium* pela mãe.³⁶

³⁴ Ibid.p.36.

³⁵ PAGET, 1869 apud. SANTOS NETO.

³⁶ SANTOS NETO, 1994

Havia na família Germânica relativa isonomia quanto aos membros que a compunham, além disso, a despolarização das relações matrimoniais neste modelo de família, concomitantemente ao protecionismo dos filhos, demonstram que os germânicos buscavam tratar de valores cuja importância é reconhecida ainda hoje.³⁷

2.3 A EVOLUÇÃO DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

2.3.1 O Direito Luso-brasileiro e Período Pré-Constituição de 88.

Não convém a tentativa de esgotar o assunto das origens do poder familiar no direito brasileiro já que não seria possível ou ainda pertinente ao que se pretende neste trabalho, porém não se pode ignorar completamente alguns aspectos relevantes que influem diretamente para que esse poder o seja como é hoje.

Durante a idade média, os sistemas adotados foram o romano e o germânico, tal miscigenação se deu conforme explica Santos Neto “geralmente os sistemas adotados eram híbridos, mas quase sempre se percebia o predomínio de uma ou outra posição”.³⁸

A religião influenciou em todo direito durante a idade média, pode-se dizer que houve uma fusão, ainda que, com prevalência de um sobre o outro, entre o direito romano, o direito germânico e o cristianismo, que na forma do direito eclesiástico formaram o direito pátrio europeu, inclusive o direito português que deu origem ao poder pátrio no Brasil:

Na Idade Média, é confrontada a noção romana de pátrio poder com a compreensão mais branda de autoridade paterna trazida pelos povos estrangeiros. De qualquer modo, a noção romana, ainda que mitigada, chega até a Idade Moderna. O patriarcalismo vem até nós pelo Direito português e encontra exemplos nos senhores de engenho e barões do café, que deixaram marcas indeléveis em nossa história.³⁹

³⁷ MALUF, 2010. p. 20.

³⁸ SANTOS NETO, op cit. p.39.

³⁹ VENOSA, 2016. p. 344.

O pátrio poder chega ao Brasil junto com a legislação portuguesa, através do antigo direito luso-brasileiro, e fez jus ao nome, pois trouxe exacerbada carga patriarcal, na qual todo o poder estava garantido e era exclusivo do pai, e a mulher não poderia exercê-lo nem mesmo com o falecimento do marido.⁴⁰

Durante as ordenações a chefia do pai bem como qualquer proteção a ele confiada, somente estava dirigida aos filhos legítimos concebidos no casamento, e tal qual a *pátria potestas*, era vitalício, não se extinguindo com a maioridade, “somente com a resolução de 31 de outubro de 1831 foram fixados aos 21 anos o termo da menoridade e a aquisição da capacidade civil.”⁴¹

Tão logo a entrada da República, o Decreto 181 de 1890, possibilitou que a viúva exercesse o pátrio poder, desde que não contraísse novas núpcias.

Prevaleceu por muito tempo, o tratamento nada isonômico entre as figuras de mãe e pai, sobre este tratamento, lembra Maria Berenice Dias:

O código civil de 1916 assegurava o pátrio poder exclusivamente ao **marido** como cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal. Na falta ou impedimento do pai é que a chefia conjugal passava a **mulher**, com isso, assumia ela o exercício do poder familiar com relação aos filhos. Tão perversa era a discriminação que, vindo a viúva a casar novamente, perdia o pátrio poder com relação aos filhos, independentemente da idade deles. Só quando enviuvava novamente é que recuperava o pátrio poder (CC/1916 393). O estatuto da mulher casada (L 4.121 /62), ao alterar o código civil de 1916, assegurou o pátrio poder a ambos os pais, mas era exercido pelo marido com a **colaboração da mulher**. No caso de divergência entre os genitores, prevalecia a vontade do pai, podendo a mãe socorrer-se da justiça.⁴²

A família pré e pós codificada era marcadamente patriarcal, patrimonializada, matrimonializada e hierarquizada⁴³.

O Código Civil de 1916 surge como fruto da família agrária e patriarcal do século XIX, bem como de um Estado influenciado pela codificação religiosa, “nas legislações com maior ou menor âmbito manteve-se a indissolubilidade do vínculo

⁴⁰ LEVY, 2008. p.10.

⁴¹ Ibid.

⁴² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9 ed. rev., atual e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.p.434.

⁴³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro. Renovar, 2005. p. 34.

do casamento e a *capitis deminutio* (a incapacidade relativa da mulher), bem como a distinção legal de filiação legítima e ilegítima.”⁴⁴.

Apenas as uniões originadas no casamento eram reconhecidas como família, deste modo, o estado civil dos pais, determinava também a legitimidade dos filhos, que quando concebidos fora do casamento não recebiam o mesmo tratamento dos concebidos dentro da relação de matrimônio.

Aos filhos denominados ilegítimos (concebidos fora do casamento), ainda se fazia uma divisão, de modo que, os concebidos sem que os pais tivessem algum impedimento eram denominados “naturais” e poderiam gozar dos mesmos direitos dos filhos legítimos caso viessem os pais casar-se. Os espúrios eram os filhos de pais impedidos de casar, “permaneceram por longo tempo ao desamparo legislativo, como se percebe pela regra do art. 358 do código civil de 1916, segundo qual não podiam ser reconhecidos os filhos adulterinos e incestuosos.”⁴⁵

Houve nesta época, uma nítida segregação além de “uma covarde e discriminatória classificação dos filhos, sempre em função do vínculo existente entre os pais.”⁴⁶

Isto ocorria, porque notadamente o código civil de 1916 era exacerbadamente patrimonialista e tinha no patrimônio seu objetivo maior, “a esse propósito, alinharam-se o autoritarismo e a discriminação nas relações familiares, em que o marido, o casamento civil e a exclusividade dos filhos legítimos eram pontos preponderantes.”⁴⁷

De toda sorte, com a evolução dos costumes e dos tempos, o cenário muda pouco a pouco. “A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico.”⁴⁸

Com a constituição de 1988 a família ganha ares de solidariedade entre seus membros, “não mais subsiste a família instituição, a qual deveria ser protegida a todo custo, pois valia por si só.”⁴⁹

⁴⁴ VENOSA, 2016. p. 16.

⁴⁵ VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro. Renovar, 2004. p. 18.

⁴⁶ Ibid. p.12.

⁴⁷ TEIXEIRA, 2005. p. 27.

⁴⁸ LOBO, Paulo. **Direito civil** – Famílias.7ª ed. Saraiva, 2017. p. 15.

⁴⁹ TEIXEIRA, 2005. p. 27,28

2.3.2 A Família na Constituição de 1988.

Várias foram às mudanças ocorridas na sociedade do Século XX, a Constituição Federal de 88 não se manteve distante ao que a sociedade de fato presenciou e viveu até aquela época, consagrando vários princípios e valores conquistados pelas revoluções intelectuais e sociais. Da mesma forma, como ocorreu com o direito de modo geral, a família ganha seu espaço na gama das relações jurídicas constitucionalizadas, vejamos nas palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira como se deram algumas dessas mudanças na família:

Muitos fenômenos contribuíram para uma nova arquitetura familiar no século XX, tais como a quebra da ideologia patriarcal, a revolução feminista, a redivisão sexual do trabalho e a evolução do conhecimento científico. [...] a verticalidade das relações começa a ceder lugar à busca de uma horizontalidade que caracterizava a “família igualitária”. A procriação desvinculou-se do casamento, com o advento dos métodos anticoncepcionais [...] A valorização da afetividade no interior da família a despatriarmonizou, pois fez com que ela deixasse de ser, essencialmente um núcleo econômico.⁵⁰

Se tornando nuclear e cada vez mais reduzida em número de filhos devido aos métodos contraceptivos, a família já não cabia valor puramente econômico e individualista, perdia seu viés de unidade produtora. “A família atual busca sua identificação na solidariedade (art.3, inc. I, da Constituição), como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos.”⁵¹

De fato, contemporaneamente a família se desvinculou da estrita ideia de casamento, além disso, “mudando a concepção de família, modifica-se também a forma de proteção destinada aos filhos.”⁵² Os laços biológicos cederam lugar prioritário ao compromisso da afetividade, inclusive no âmbito das relações parentais.⁵³

⁵⁰ TEIXEIRA, op.cit. p.29.

⁵¹ LOBO, 2017. p.17.

⁵² VENCELAU, 2004. p. 42.

⁵³ TEIXEIRA, 2005. p. 30.

A constituição de 88 dedicou seu capítulo VII à família, e deu ênfase neste mesmo capítulo as partes mais frágeis do seu núcleo, a criança, o adolescente, o idoso.

Nos oito incisos de seu artigo 226,⁵⁴ ainda que não taxativo e atualmente interpretado pela doutrina e jurisprudência de modo ampliativo, conceitua-se a família de formas abrangentes extinguindo o preconceito com relação às famílias não matrimonializadas, e enfatizando os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Especificamente no § 5º trouxe a igualdade entre homens e mulheres, quanto a direitos e deveres na sociedade conjugal, inclusive na autoridade e no exercício da filiação.

Por sua vez em seu art. 227⁵⁵ impõe solidariamente à família ao estado e a sociedade o ônus de proteção e cuidado, aos que ainda não são capazes de fazer por si próprios, ou seja, crianças adolescentes e jovens. Ainda no artigo 229⁵⁶ consagra o princípio da solidariedade recíproca entre os membros da família.

O novo texto constitucional retirou toda carga discriminatória que recebiam os filhos conforme sua origem. O art. 227, § 6, trouxe completa igualdade de tratamento à prole⁵⁷. Independente qual seja a origem, ou o vínculo existente entre os pais, os filhos devem ser tratados igualmente, é hoje vedado qualquer tipo de discriminação, pois, estabeleceu-se o princípio da isonomia entre os filhos.⁵⁸

⁵⁴ **Constituição Federal.** Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

⁵⁵ **Constituição Federal.** Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁵⁶ **Constituição Federal.** Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade

⁵⁷ **Constituição Federal.** Art. 227. [...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁵⁸ MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 7ª ed. Forense, 2016. p. 491.

Infraconstitucionalmente, a isonomia entre os filhos também se consolidou, pois, conforme, Melo Vencelau: “[...] o art. 20 do ECA o repete literalmente para positivar também no plano infraconstitucional o princípio da unidade da filiação, com a mais absoluta vedação da discriminação entre os filhos.”⁵⁹

A Constituição de 1988 rompeu com a desigualdade jurídica nas famílias brasileiras:

Somente com a Constituição de 1988, cujo capítulo dedicado às relações familiares pode ser considerado um dos mais avançados dentre as constituições de todos os países, consumou-se o término da longa história da desigualdade jurídica na família brasileira. Em normas concisas e verdadeiramente revolucionárias, proclamou-se em definitivo o fim da discriminação das entidades familiares não matrimoniais, que passaram a receber tutela idêntica às constituídas pelo casamento (caput do art. 226), a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal (§ 5o do art. 226) e na união estável (§ 3o do art. 226), a igualdade entre os filhos de qualquer origem, seja biológica ou não biológica, matrimonial ou não (§ 6o do art. 227.)⁶⁰

Com a promulgação da constituição de 1988, foi alcançada igualdade entre o homem e a mulher no exercício do pátrio poder, grande avanço se comparado as todas as codificações anteriores.

O Estatuto da Criança e do adolescente, promulgado logo após no ano de 1990, segue a norma constitucional, e de modo mais específico na literalidade de seu art. 21⁶¹, possibilita de forma clara que essa igualdade seja exercida, pois, na contramão das legislações anteriores, retira qualquer vantagem do pai em relação à mãe, prevendo que em caso de discordâncias em questões que envolvam os filhos, qualquer um deles pode recorrer à autoridade judicial para que esta resolva a questão, não mais prevalecendo à vontade do pai.

A expressão pátrio poder induzia à noção de um poder do pai sobre os filhos, afigurando-se incoerente com a igualdade dos cônjuges, indo de encontro à doutrina da proteção integral dos filhos como sujeitos de direitos [...].⁶² Estavam pai e mãe unidos de igualdade no exercício da criação dos filhos, saíra o “pater” do centro do

⁵⁹ VENCELAU, 2004. p. 48, 49.

⁶⁰ LOBO, 2017. p. 42.

⁶¹ ECA. Lei 8.069/90. Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

⁶² MADALENO, 2016. p. 682.

núcleo familiar, não restava sentido ao uso da denominação “pátrio poder” a esse exercício. Porém apenas com o código civil de 2002 caí em desuso a terminologia “pátrio poder” passa-se então a usar a expressão “poder familiar”.

Analisada a evolução histórica da família, seu caráter de continua mutabilidade e as raízes que permearam as relações entre pais e filhos do pátrio poder ao poder familiar, e até a Constituição Federal de 1988, prossegue-se ao estudo de como atualmente encontra-se este poder, hoje dever, e no que se baseiam suas premissas, que atribuem à relação de pais e filhos, caráter protecionista e de responsabilidades.

3 O PODER FAMILIAR E A PROTEÇÃO A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA.

Do *ius vitae et necis* na *pátria potestas*, até o reconhecimento dos filhos como sujeitos de direito, muitos entraves foram superados no seio familiar.

O direito como um todo em muito evoluiu, à luz do neoconstitucionalismo. O direito de família, especialmente, é ramo do direito que serve-se dos princípios e da hermenêutica, como forma de alcançar a justa e efetiva tutela jurisdicional.

Surge na Constituição Federal de 1988 a proteção aos vulneráveis. O exercício do poder familiar na forma dos deveres é um dos modos de garantir essa proteção. Contudo para entender a lógica desses deveres, é necessário conhecer também os princípios que os originam e dão forma.

3.1 CONCEITO

Atualmente, o poder familiar encontra-se baseado em princípios como do melhor interesse da criança e na doutrina da proteção integral, e todo seu exercício deve estar neles orientados.

Para Silvio Rodrigues “O poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes.”⁶³, para Patrícia Ramos poder familiar é “um conjunto de prerrogativas legais reconhecidas aos pais para a criação, orientação e proteção dos filhos menores de 18 (dezoito) anos.”⁶⁴, conforme se depreende da leitura à seguir:

Na atualidade, a concepção do poder familiar é instrumental e democrática, funcionalizada para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho, visando à sua educação e criação de forma participativa, com respeito à sua individualidade e integridade biopsíquica, e, sobretudo, pautada no afeto.⁶⁵

⁶³ RODRIGUES, 2004. p. 380.

⁶⁴ RAMOS, 2015. p.43.

⁶⁵ Ibid.

O instituto deixa de lado seu caráter patriarcal ilimitado, que visava tão somente o interesse do *pater* tal qual ocorria na *pátria potestas* romana, para progressivamente se transformar em um mecanismo de defesa dos interesses dos filhos que se calçou em três principais pontos; a limitação do tempo de exercício do poder parental (maioridade dos filhos), a limitação dos direitos concedidos a quem exerce o “poder” sobre os filhos, e a intervenção do Estado nas relações familiares de forma conceder especial proteção à criança e ao adolescente, assumindo papel de fiscalizador do efetivo exercício do poder parental.⁶⁶

Parte da doutrina contemporânea critica o termo “poder familiar”, inclusive em projeto do Estatuto das famílias⁶⁷ que tramita no poder legislativo, “poder familiar” é substituído por “autoridade parental”.

Neste plano, demonstra Silvio Salva Venosa, fazer parte da doutrina contrária a atual denominação: “O poder familiar, ou melhor, a autoridade parental, não é o exercício de um poder ou uma supremacia, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei.”⁶⁸

A justificativa adotada por grande parte da doutrina que dirige críticas a essa denominação, se pauta na mesma linha de raciocínio adotada por Silvio Rodrigues:

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, que, antes de poder, como visto, representa uma obrigação dos pais, e não da família, como sugere o nome proposto.⁶⁹

Independente de como se prefira denominar, pode-se dizer que hoje o poder familiar se encontra alçado em princípios e regras que visam não mais o interesse dos seus detentores, mas o interesse dos que estão a ele sujeitos, permitindo a estes um pleno desenvolvimento de suas potencialidades físicas, mentais, culturais,

⁶⁶ RAMOS, 2015. p. 43.

⁶⁷ Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013 que: Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Autoria: Senadora Lídice da Mata.

⁶⁸ VENOSA, 2016. p. 432.

⁶⁹ RODRIGUES, 2004. p. 379.

afetivas, através das garantias que devem ser prestadas por quem detém o que hoje é um poder dever.⁷⁰

3.1.1 Características e Responsabilidades Decorrentes do Poder Familiar

Mudanças como, o exercício em conjunto do poder parental, e da direção da família compartilhados por pai e mãe em igualdade de condições, alteraram também o conteúdo da autoridade parental.⁷¹

Como já foi anteriormente mencionado, atualmente se encontram igualmente amparados por lei, o pai e a mãe para o exercício pleno e dentro dos ditames da lei, do poder familiar, bem como, são os dois igualmente detentores das prerrogativas e do ônus decorrentes desse exercício. Contudo os filhos não devem ser vistos como sujeitos passivos da relação parental, mas sim como destinatários dessa incumbência que é conferida aos pais por força da relação paterno-filial, devem nessa relação ter opinião e autonomia reconhecidas, de acordo com o grau de maturidade que possuem.⁷²

Consegue-se resumir as principais mudanças ocorridas entre o pátrio poder e o poder familiar, e a forma como era, e como é, atualmente aplicado esse poder dever na lei, nas palavras de Ana Carolina Teixeira:

O antigo pátrio poder tinha como principal escopo a gerência do patrimônio dos filhos, além de sobrelevar seu aspecto formal, de representação ou assistência dos menores para a prática de atos jurídicos. Sua essência era marcadamente patrimonial, pois o processo educacional não tinha tanto relevo, uma vez que se perfazia na autoridade paterna e no dever de obediência do filho. Essa ascendência autoritária era natural e inquestionada, além de ser fundamentada na desigualdade paterno-filial. Atualmente essa concepção não mais subsiste. O conteúdo do poder familiar mudou porque também se transformou a relação parental que, hoje, é pautada no afeto. No âmbito de uma família solidarista, o autoritarismo cedeu espaço à afetividade. A autoridade é conjugada com o amor.⁷³

⁷⁰ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Direito de Família**. - Vol. 5 7ª ed. Forense, 2015. P. 285.

⁷¹ TEIXEIRA, 2005. P. 129.

⁷² RAMOS, 2015. p. 45.

⁷³ TEIXEIRA, op. cit., 128/129.

O divórcio, a separação, o estado civil atual de qualquer dos pais, ou até mesmo que nunca tenham tido os pais convívio, por si só não obsta nem retira o poder familiar de qualquer um deles, mesmo que, uma das partes destituída da guarda física do filho, e a relação parental nestes casos possa concretamente se mostrar mais problemática, não retira do genitor (a) o seu ônus e nem inibe suas prerrogativas⁷⁴. A ressalva fica por conta do filho que não teve reconhecida filiação em registro, pois se subentende que, a carga legal do exercício do poder familiar incumbida ao genitor não está vinculada ao nascimento do filho, mas ao seu registro civil, de forma que o art. 1633⁷⁵ do Código Civil é claro ao dizer que o filho não reconhecido pelo pai fica sob poder familiar exclusivo da mãe.⁷⁶

O conteúdo do poder familiar na forma dos deveres ou ônus, não está contido de forma taxativa e única em algum trecho da legislação brasileira, devendo sua interpretação se fazer através da junção de todo o conjunto legislativo consoante principalmente na Constituição Federal, no ECA, e no Código Civil; seu conteúdo principiológico encontra principalmente em princípios como do melhor interesse do filho (da criança), da paternidade e maternidade responsável e da doutrina da proteção integral e do conteúdo jurisprudencial que sobre ele versa. Seguindo este mesmo espírito diz Carlos Roberto Gonçalves:

Os deveres inerentes aos pais não são apenas os expressamente elencados no Código Civil, mas também os que se acham esparsos na legislação, especialmente no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei da Palmada (Lei n. 13.010/2014) e na Constituição Federal (art. 227), tais como os que dizem respeito a sustento, guarda e educação dos filhos, os que visam assegurar aos filhos o direito à vida, saúde, lazer, profissionalização, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, bem como os que visam impedir que sejam submetidos a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁷⁷

Além do já mencionado art. 227 da Constituição Federal, que trata dos direitos fundamentais da criança, que devem ser garantidos pela família, mas prioritariamente e principalmente pelos pais⁷⁸. observa-se no art. 229⁷⁹ da

⁷⁴ MADALENO, 2016. P. 685.

⁷⁵ Código Civil. Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

⁷⁶ RAMOS, 2015. P. 46.

⁷⁷ GONÇALVES, 2017. p. 431.

⁷⁸ TEIXEIRA, 2005. p. 129.

Constituição Federal, que foi recepcionado no caput do art. 22⁸⁰ do Estatuto da Criança e do Adolescente, os deveres elencados aos pais, de guarda, proteção, sustento e educação, que devem ser dispensados aos filhos no exercício do poder familiar.⁸¹

Por sua vez o Código Civil de 2002, em seu capítulo V, que trata do poder familiar, é mais específico ao elencar os deveres dos pais no exercício deste poder, pode-se extrair da leitura do artigo 1634⁸², e de sua interpretação feita em consonância com os já mencionados mandamentos constitucionais (art.227 e art.229), por dever de “dirigir-lhes a criação e educação” não apenas no dever alimentar e de sustento, (ainda que este detenha tal relevância que constitua crime por abandono material deixar de fazê-lo sem justa causa ao filho menor de 18 anos, conforme art. 244 do Código Penal brasileiro ⁸³) ou de educação formal, mas sim um suporte total e necessário em todos os âmbitos, seja ele de necessidades alimentares, psíquicas, morais ou sociais.

Devem, portanto, zelarem os pais pela integridade física e moral dos filhos, proporcionando-lhes um desenvolvimento completo até o momento de sua

⁷⁹ Constituição Federal. Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁸⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais

⁸¹ MADALENO, 2016. p. 686.

⁸² Código Civil. Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014) IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

⁸³ Código Penal. Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003) Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei nº 5.478, de 1968)

independência, possibilitando sua devida inserção como indivíduo na sociedade de forma mais adequada possível.⁸⁴

Sobre este dever de criação, pode-se dizer de forma simplificada, que:

A criação está diretamente ligada ao suprimento das necessidades biopsíquicas do menor, o que atrela à assistência, ou seja, à satisfação das necessidades básicas, tais como, cuidados na enfermidade, orientação moral, o apoio psicológico, as manifestações de afeto, o vestir, o abrigar, o alimentar, o acompanhar física e espiritualmente.⁸⁵

O dever de educar se dá em todos os âmbitos, tendo os pais a responsabilidade primária em preparar o filho como cidadão e profissional, proporcionando desenvolvimento da personalidade como um todo. O dever de educação no sentido da educação formal, deve se dar, de modo que, os pais de acordo com suas possibilidades e em um esforço possível, devam propiciar condições de acesso à cultura e a capacitação profissional, para que inserido ao mercado de trabalho os filhos possam construir sua própria liberdade.⁸⁶

O poder familiar independente se decorre de paternidade legal ou natural é **indisponível**, não podendo seus titulares transferi-lo. É **indivisível**, porém o seu exercício pode ser dividido entre os pais quando estes estão separados. É **imprescritível** ainda que não exercido, não se extingue, a não ser por previsão em lei.

3.1.2 A Perda, a Suspensão e a Extinção do Poder Familiar.

A criança e o adolescente constituem toda expectativa futura de uma nação, quanto mais cuidados são à eles dispensados e garantidos em aspectos físico, psíquico ou mental, melhores serão os adultos que teremos para desempenhar papéis fundamentais a sociedade no futuro.

⁸⁴ MADALENO, op. cit., p. 687.

⁸⁵ LIMA, 1984 apud TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro. Renovar, 2005. p. 135.

⁸⁶ Ibid.

Tem o papel da família e dos pais, nessas fases, tal importância que, interessa não apenas pessoal e interno do ambiente familiar, mas da sociedade como um todo que será futuramente afetada por comportamentos decorrentes de experiências vividas durante a infância e adolescência. Diante de tamanha relevância explica-se a legitimação do Estado a interferir no ambiente familiar quando o exercício do poder familiar ou a falta dele passa a ser nocivo aos filhos⁸⁷.

Segundo Rolf Madaleno “existem três distintas figuras reguladas pelo Código Civil com relação à perda do exercício do poder familiar, a saber: a extinção, a suspensão e a perda do poder familiar”.⁸⁸

A suspensão do poder familiar é a medida menos grave de interferência do estado no âmbito da família. Para Lisboa “a suspensão do poder familiar é o impedimento temporário do seu exercício, por decisão judicial.”⁸⁹, está prevista no art. 1637⁹⁰ do Código Civil, e é imposta nas infrações consideradas menos gravosas, se comparadas as que podem culminar na perda do poder familiar. As possibilidades estão previstas no mencionado artigo, e, segundo Venosa “são apresentadas de forma genérica, dando margem ampla de decisão ao magistrado.”⁹¹

Rolf Madaleno cita exemplo de uso comum da suspensão do poder familiar no caso concreto, e como ela se processa nesse caso específico:

A suspensão é temporária e perdura enquanto se apresenta efetivamente necessária, sendo muito frequente a sua aplicação judicial nas disputas sobre o sagrado direito de convivência, quando o genitor guardião, por mera vingança, procura obstruir as visitas do outro progenitor, tratando o Judiciário de alterar a guarda, como também de suspender o poder familiar quando constatar uma nefasta ascendência do pai ou da mãe sobre o indefeso dependente, verdadeiro clima de transferência de responsabilidade e uma desmedida e covarde cobrança de dever de lealdade, aterrorizando o inocente filho pelas faltas que nunca causou. Uma vez cessada a causa, retoma o ascendente o poder familiar, necessitando se submeter a uma avaliação psiquiátrica a bem da higidez psíquica e do futuro da criança ou

⁸⁷ RODRIGUES, 2004. p. 392.

⁸⁸ MADALENO, 2016. p. 697.

⁸⁹ LISBOA, 2013. p. 244.

⁹⁰ Código Civil 2002. Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm

⁹¹ VENOSA, 2016. p. 361.

do adolescente, podendo até ser compelido judicialmente à avaliação ou a uma terapia pela imposição de *astreintes*.⁹²

A suspensão não extingue o direito, apenas o seu exercício, de modo que, ainda que a lei não estabeleça um limite de tempo, é temporária e extinguindo-se os motivos que levaram a decretá-la, o poder familiar voltará a ser exercido normalmente.

Pode ser requerida pelo Ministério Público ou por quem tenha interesse legítimo, além disso, pode ser decretada no início (como espécie de tutela antecipada) ou incidentalmente no curso do processo de extinção do poder familiar.⁹³

Não é necessária que a conduta seja frequente ou reiterada, podendo apenas que um episódio seja suficiente, para culminar a suspensão, se o juiz assim entender. Também fica a critério do juiz sua extensão podendo ser, suspensão total de todos os poderes inerentes ao poder familiar, ou parcial, atingindo o exercício do poder familiar em uma ou mais esferas de disponibilidade, e mantendo as outras, como por exemplo, a continuação da convivência ou da administração dos bens. Pode também se restringir a um filho e não a toda prole.⁹⁴

Quando a suspensão atinge apenas um dos genitores, o outro ficará responsável pelo exercício do poder familiar, apenas sendo este incapaz ou falecido, que se nomeará tutor para enquanto perdurarem os efeitos da sanção.⁹⁵

O Código Civil ainda que regule a suspensão do poder familiar, não diz nada quanto ao seu procedimento, Carlos Roberto Gonçalves, ensina que não havendo incompatibilidade, faz-se uso neste caso do Estatuto da Criança e do Adolescente:

A suspensão do poder familiar poderá ser decretada liminar ou incidentalmente, ficando o menor confiado a pessoa idônea (ECA, art. 157). A sentença que decretar a perda ou suspensão será registrada à margem do registro de nascimento do menor (art. 163). Observar-se-ão, assim, o procedimento contraditório exigido no art. 24 e os trâmites indicados nos arts. 155 a 163 do aludido Estatuto.⁹⁶

⁹² MADALENO, 2016.

⁹³ LISBOA, 2013. p. 345.

⁹⁴ GONÇALVES, 2017. p. 432.

⁹⁵ LOBO, 2017. p. 297.

⁹⁶ GONÇALVES, op. cit., p. 433.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 23⁹⁷, deixa claro que a pobreza, ou ainda, a falta ou pouca disponibilidade de recursos materiais, não é causa para suspensão do poder familiar (a não ser que concorrente com outros motivos).

Paulo Lobo elenca entre as hipóteses legais de causa de suspensão do poder familiar, a alienação parental praticada por um dos genitores.⁹⁸

Dispõe ainda, o parágrafo único do art. 1637 do Código Civil, sobre a suspensão do poder familiar nos casos de condenação penal transitada em julgado.

As hipóteses de extinção do poder familiar estão contidas no art. 1635⁹⁹ do Código Civil, e podem decorrer de causas naturais (morte, decurso de tempo), por causas sociais (adoção) ou ainda por causas legais que são as hipóteses previstas quando a perda é decretada por sentença judicial, respeitado o devido processo legal.

A extinção interrompe de modo definitivo a autoridade parental, e suas hipóteses legais são taxativas e não extensivas porque versam sobre restrição de direitos fundamentais.¹⁰⁰

O Código Civil de 2002, não faz distinção entre “destituição do poder familiar” e “extinção do poder familiar”, como ocorria na redação do código de 1916, ficando ambas sob esta última denominação. A distinção fica então por conta da doutrina, que diz, ser a destituição do poder familiar o “impedimento definitivo do exercício deste por decisão judicial”. Já a extinção do poder familiar, é o “termo do exercício do poder familiar por fatores diversos da destituição ou da suspensão, por motivos não desfavoráveis ao seu detentor”.¹⁰¹

No caso da morte de apenas um dos pais, assim como ocorre na suspensão do poder familiar de apenas um dos genitores, o poder familiar passa a ser exercido pelo sobrevivente, caso ocorra de os dois genitores falecerem, o que se discute é a

⁹⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. § 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção. § 2º A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha.

⁹⁸ LOBO, 2017. p. 297.

⁹⁹ Código Civil. Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único; III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

¹⁰⁰ LOBO, op. cit., p. 296.

¹⁰¹ LISBOA, 2013. p. 246.

tutela conforme art. 1728¹⁰² do Código Civil. Caso a morte se trate do filho, não há que se fazerem maiores esclarecimentos, visto que ela não permite a continuidade no exercício do poder familiar.

A emancipação também é causa de extinção do poder familiar, “é o ato de vontade dos pais para que o filho maior de 16 anos e menor de 18, atinja e exerça a plenitude da capacidade negocial.”¹⁰³ A emancipação é irrevogável, e feita por instrumento público ou mediante sentença judicial. Também ocorre a emancipação do filho que contrai casamento, exerce emprego público efetivo, que cola grau em ensino superior, e do filho que tendo pelo menos 16 anos exerce atividade empresarial ou emprego, tenha economia própria.

Tendo o filho completado dezoito anos, adquire a capacidade civil e cessa o poder parental, pois o poder familiar deixou de ter o caráter perpétuo do pátrio poder romano.

A adoção extingue o exercício do poder familiar pelos pais biológicos em relação a criança, passando ela a ficar sob o poder/dever dos novos pais na família adotante.

A destituição ou perda do poder familiar, é a causa de extinção do poder familiar prevista no inciso V do artigo 1635 do Código Civil, quando por incorrerem em falta grave, ou reiteradas condutas que causem a suspensão do poder familiar, perdem os pais por sentença judicial o exercício total do poder parental. Ocorrerá nas hipóteses previstas no art. 1638¹⁰⁴ do Código Civil, podendo ser levantada pelo Ministério público ou por quem detenha legítimo interesse.

A perda do poder familiar trata-se de medida extrema de intervenção do Estado no seio da família, causando efeitos não apenas aos pais destituídos do poder, mas também aos filhos, de modo que, deve ser adotada somente em *última ratio* e em prioridade do melhor interesse do filho, vejamos:

¹⁰² Código Civil. Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela: I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II - em caso de os pais decaírem do poder familiar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm

¹⁰³ LOBO, 2017. p. 296

¹⁰⁴ Código Civil. Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Por sua gravidade, a perda da autoridade parental somente deve ser decidida quando o fato que a ensejar for de tal magnitude que ponha em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho. A suspensão da autoridade parental ou adoção de medidas eficazes devem ser preferidas à perda, quando houver possibilidade de recomposição ulterior dos laços de afetividade. A perda é imposta no melhor interesse do filho; se sua decretação lhe trazer prejuízo, deve ser evitada. O Código Civil enumera as seguintes hipóteses: castigo imoderado, abandono do filho, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, prática reiterada das hipóteses de suspensão.¹⁰⁵

Ao mencionar o abandono do filho, a *priori* abre o código civil um grande leque de possibilidades, que podem ser desde o abandono de fato até o abandono moral ou sentimental. Fato é que, o abandono podendo ocorrer de várias formas, a depender do modo e de quem o interpretará, deve o magistrado levar em consideração não apenas as circunstâncias que podem ser diversas em situações e intenções, mas também se a perda do poder parental se faz a única hipótese possível, segundo o melhor interesse da criança, e ainda, se o abandono do caso concreto é capaz por si só de romper com qualquer possibilidade de continuação de efetivos laços que possam unir o pai ou mãe à sua prole.

A perda do poder familiar está prevista também no código penal quando houver condenação em crime doloso contra a pessoa do filho (art. 92, II), além disso a CLT também tem a previsão de perda do poder familiar quando se permite aos filhos que trabalhem em locais impróprios a moral ou nocivos a sua saúde¹⁰⁶ (art. 437, par. único).

Como visto o conteúdo do poder familiar bem como seus deveres carregam grande carga principiológica de origem constitucional, própria, e até mesmo de tratados internacionais, de modo que se faz mister, ainda que de forma resumida, entender do conteúdo dos principais princípios que norteiam a relação pai e filho.

3.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PODER FAMILIAR E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

¹⁰⁵ LOBO, 2017. p. 298.

¹⁰⁶ GONÇALVES, 2017.p. 433.

Sabe-se que os princípios possuem elevada carga de importância para o ordenamento jurídico, de modo que no caso concreto, sem estes, a aplicação da lei, se tornaria sobremaneira difícil. Do mesmo modo que não havendo tais, junto a constituição, para servir de norte ao legislador, a tarefa legislativa se tornaria confusa e ineficiente.

Princípios e regras são ambos, espécies de normas que se complementam desempenhando diferentes funções, não guardando entre si hierarquia¹⁰⁷.

Para Manoel Messias Peixinho “Princípio é a origem, é a fonte ou a origem, permanente sustento e termo último das coisas. Em suma, o princípio é aquilo do qual as coisas vêm, aquilo pelo que é, e aquilo no qual terminam.”¹⁰⁸

Todo Direito de Família está pautado em princípios próprios ou constitucionais, que se mostram importantes fontes para que se encontre uma melhor solução nos casos concretos, pois, “os textos legislativos (regras) não conseguem acompanhar a realidade e a evolução social da família.”¹⁰⁹.

Aqui se deterá a falar, sobre os que entende-se estarem mais ligados ao instituto do poder familiar e a doutrina da proteção integral da criança, doutrina essa que embora encontre menção no Estatuto da Criança e do Adolescente, não foi conceituada, talvez pela dificuldade em padronizá-la, já que não se encontra alocada em dispositivos de lei específicos.

Denomina-se **Doutrina da Proteção Integral**, os direitos fundamentais consagrados no art. 227 da Constituição Federal, que dizem respeito à criança e o adolescente, e os princípios decorrentes da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e da Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989, que influenciaram vários países, e demonstram a posição de vanguarda do Brasil ao recepcionar esses princípios precocemente em sua ordem constitucional.

A recepção ocorreu através dos princípios do melhor interesse da criança, da condição peculiar de desenvolvimento (art. 6¹¹⁰ Estatuto da Criança e do

¹⁰⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 148, 149.

¹⁰⁸ REALE, 2012 apud PEIXINHO, Manoel Messias. **A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais**. 4^a ed. Atlas, 2015. P.75.

¹⁰⁹ PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3^a ed. Saraiva Educação, 2016. p. 57.

¹¹⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 6^o Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm

Adolescente), e do princípio da tríplice cooperação, entre família, sociedade e Estado, como responsáveis em assegurar as crianças e adolescentes o cumprimento das garantias fundamentais.¹¹¹

A condição de pessoa em desenvolvimento, detentora de maiores fragilidades e vulnerabilidade, justifica a quebra da igualdade formal, ao estabelecer um regime especial de proteção à criança e ao adolescente, busca-se através dessa proteção atingir uma igualdade jurídica material, nas relações que envolvam crianças e adolescentes e seus interesses e direitos¹¹².

Todo direito de família, é dotado de princípios explícitos e implícitos, de modo que, pode se fazer a seguinte divisão dos seus principais:

Os princípios jurídicos aplicáveis ao direito de família subdividem-se em princípios fundamentais – abrangendo a dignidade da pessoa humana e a solidariedade –, e princípios gerais, onde se inserem a igualdade, a liberdade, a afetividade, a convivência familiar e o princípio do melhor interesse da criança.¹¹³

O princípio fundamental da **dignidade da pessoa humana** é reconhecido como o princípio sobre o qual se baseia todo ordenamento jurídico pátrio, e assim, como os demais princípios constitucionais, é verdadeiro alicerce de todo sistema, de modo que, deve ser obedecido rigidamente para que não se decomponha todo sistema jurídico, pois é uma conquista da razão ético-jurídica.¹¹⁴

Por “dignidade humana”, entende-se, a dignidade inerente a todo indivíduo por ser e nascer humano, e a dignidade a que o sujeito possui de viver uma vida digna.¹¹⁵

A família é o organismo fundamental, para que seja garantida a dignidade humana nesses dois prismas, pois atualmente está funcionalizada a promover a dignidade de seus membros, e principalmente a dignidade dos filhos.

¹¹¹ TEIXEIRA, Gabriela Cruz Amato. **A Responsabilidade Civil pelo descumprimentos do dever de cuidado parental**: Uma análise a partir das perspectivas do abandono afetivo e da alienação parental. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto. PORTUGAL, 2016. v. 8.

¹¹² MACHADO, Martha de Toledo apud PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3 ed. Saraiva Educação, 2016. p. 157.

¹¹³ LOBO, Paulo. Famílias. Apud MALUF, Carlos Dabus, MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Curso de Direito de Família**, 1ªed. Saraiva, 2015. p. 65.

¹¹⁴ NUNES, Luiz Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: Doutrina e Jurisprudência. 3.ed. Saraiva, 2010.

¹¹⁵Ibid., p. 64.

Cabe aos pais através do poder familiar que lhes foi incumbido assegurar aos filhos uma vida digna desde seu nascimento, além de que são diretamente responsáveis por zelar pelo desenvolvimento da personalidade de sua prole.¹¹⁶

O **princípio da igualdade** no direito de família, tem previsão constitucional e diz respeito tanto a igualdade dos cônjuges no que tange seus direitos e deveres (art. 227 § 5 CF), quanto a igualdade dos filhos independente de qual seja sua origem (art. 227 § 6 CF).

O Código Civil de 2002, em harmonia com o princípio da isonomia constitucional, e de maneira oposta ao art. 233 do Código Civil de 1916, que previa a chefia da sociedade conjugal ao homem, veio igualar homem e mulher na administração e manutenção da família.

No art. 1567, parágrafo único, prevê o Código Civil, que em caso de divergência não mais prevalece a palavra do homem, podendo ambos recorrer a intervenção judicial, ressaltando que a direção da sociedade conjugal se rege no interesse do casal e dos filhos. O art. 1568, por sua vez, diz ser de ambos a responsabilidade pelo sustento e educação dos filhos, assim como faz o art. 1566, inc. IV, de forma sinônima.

A igualdade ou isonomia dos filhos, não admite distinção entre a prole independente de como foram concebidos ou ainda se foram adotados, vedando qualquer menção discriminatória no assento de nascimento, no exercício do poder familiar, nos direitos sucessórios etc.¹¹⁷

Lisboa diz ser o princípio da **paternidade responsável**, aquele, pelo qual, devem os pais “outorgar aos filhos, havidos do casamento ou não, todos os meios para o pleno desenvolvimento de suas faculdades físicas, psíquicas e intelectuais.”¹¹⁸

Parte da doutrina, diz ser o princípio da paternidade responsável um desmembramento do princípio da responsabilidade, independentemente de sua origem ou abrangência, fato é que sua importância transcende o interesse particular.

O princípio, diga-se dever, da **convivência familiar** encontra-se implícito no art. 227 da Constituição Federal, e, no que tange à criança e ao adolescente sujeitos a autoridade parental, possui regras específicas de como deve se dar.

¹¹⁶ GONÇALVES, 2017.p.22, 23.

¹¹⁷ Ibid. p. 23, 24.

¹¹⁸ LISBOA, 2013. p. 40.

O direito a convivência, não se restringe ao convívio com os genitores na família nuclear indo além da relação paterno-materno-filial, e alcança outros parentes como avós, tios etc. Portanto, ainda que, não tenham os genitores convivência alguma, deve ser ao filho garantido a convivência com cada um deles, não cabendo ao genitor guardião estabelecer barreiras para que isto ocorra (observados os casos excepcionais previstos em lei que passa o guardião ter essa prerrogativa).

Cabe ainda aqui observar a importância de decisões judiciais criteriosas e cuidadosas com relação a estabelecimento de regime de visitas, já que o direito ao convívio é direito da criança e não apenas do genitor¹¹⁹.

Ligado intimamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, está o princípio da **afetividade**, e na relação parental, deve estar vinculado a responsabilidade.

Este princípio encontra hoje larga aceitação e aplicação jurisprudencial e doutrinária no direito das famílias, pois é resultado da nova concepção de família, que resultou das intensas mudanças no seio desta, nas últimas décadas.

Conveniente frisar que nesta seara, deve-se entender a afetividade, não como faculdade subjetiva que o direito pretende impor, mas trata-se de princípio imperativo decorrente da responsabilidade parental, e do dever de proteção.¹²⁰ Explica Paulo Lobo:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.¹²¹

O princípio do **melhor interesse da criança** tem íntima relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e adolescente, bem como, é um princípio propagador da doutrina da proteção integral, além de reflexo desta.¹²²

¹¹⁹ LOBO, 2017.

¹²⁰ PEREIRA, op.cit.

¹²¹ LOBO, 2017. p. 69.

¹²² PEREIRA, 2016.

Paulo Lobo entende que tal princípio “não é uma recomendação ética, mas norma determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado.”¹²³

Em suma, por este princípio, entende-se que, em situações que tenham conflitos de interesses que envolvam a criança, prima-se pelo melhor interesse dela, em detrimento dos interesses dos adultos.

Conforme se desprende da leitura a seguir:

Diante da enorme gama de direitos que o princípio do melhor interesse da criança engloba, surgem inúmeras dificuldades no que diz respeito ao seu grau de aplicabilidade. Entretanto, é papel do magistrado prezar pelo máximo grau de sua otimização, utilizando as normas constitucionais e infraconstitucionais que o respalda, uma vez que é dever do Poder Judiciário consolidar, em sua prática diária, decisões afirmativas da prevalência dos direitos e interesses da criança e do adolescente [...].¹²⁴

Durante o caminho percorrido até agora, buscou-se demonstrar a forma como o direito de família, por tratar das relações mais intimamente humanas, é um ramo do direito dinâmico, de modo que, sua evolução se dá de forma constante e não estacionária, ocasionando o surgimento sucessivo de novos paradigmas.

Buscou-se também, propiciar uma base sólida para a compreensão do surgimento e da aplicabilidade dos institutos que são tema deste estudo, a alienação parental e o abandono afetivo, que como supramencionado, fazem parte destes novos paradigmas contemporâneos.

Após analisadas todas as questões que envolvem as responsabilidades parentais, e a importância que elas têm no desenvolvimento saudável e digno dos filhos, passará a se falar, de dois novos dilemas encontrados no seio da família pelo direito. Explanar-se-á, como tem se mostrado o entendimento doutrinário sobre eles e como e por quais princípios e leis, eles tem se sustentado, além das estratégias de coibição.

¹²³ LOBO, op. cit., p. 74.

¹²⁴ AKEL, 2009. p.4.

4 ALIENAÇÃO PARENTAL E ABANDONO AFETIVO

Várias foram as modificações, para que, se chegasse ao modelo de família que não mais possui cunho patrimonial e patriarcal, e está calçada no afeto e na igualdade.

A família deixa de ter um fim em si mesmo, e a proteção que antes era conferida pelo Estado à instituição, passa a ser dispensada aos seus membros, deixa de ser meramente biológica e passa a ser formada pelas relações de afeto, concomitantemente, passa a criança a ter reconhecida sua importância para sociedade, bem como, sua fragilidade intrínseca, de modo que passa a receber tratamento prioritário nas relações que estejam envolvidos seus interesses ou garantias.

Através dos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da responsabilidade, do melhor interesse da criança e das diversas leis, sejam de origem constitucional ou ordinária, encontram-se a criança e o adolescente hoje amplamente amparados pelo direito.

O núcleo familiar é, a priori, onde todas essas garantias tomam forma através do melhor interesse dos filhos, na família, é onde o menor deve encontrar apoio moral e psíquico até seu desenvolvimento completo e saudável através da convivência familiar com os pais.

Porém na realidade não é tão simples assim, e os próprios pais, agindo contra ou omitindo-se de seus deveres, causam danos aos filhos.

4.1 ALIENAÇÃO PARENTAL

Muitas vezes, a convivência com um dos genitores se torna tóxica e prejudicial, justamente porque pelas mais diversas razões íntimas e pessoais, o genitor em desrespeito a sua responsabilidade parental de proteção, faz do filho instrumento de vingança ou objeto para o alcance de um nefasto e egoísta objetivo de castigar o sujeito de sua insatisfação ou sofrimento, privando a criança ou o

adolescente de seus direitos de convivência e afetividade com o outro genitor na fase mais importante de sua formação. Caroline Buosi, diz que:

[...]O inconformismo do cônjuge com a separação, a depressão, a insatisfação das condições econômicas advindas pelo fim do relacionamento, a necessidade de posse exclusiva sobre os filhos, a solidão a que se vê no presente ou o fato do ex-cônjuge manter a relação com o parceiro da relação extramatrimonial que adveio a separação são causas determinantes para que um dos cônjuges (geralmente o detentor da guarda) utilize-se da única “arma” que ainda lhe resta para atingir e vingar-se do outro: os filhos do ex-casal.¹²⁵

Casos como o supracitado se tornaram cada vez mais comuns no judiciário, de modo que, o Estado na busca da solução efetiva criou o Projeto de Lei nº 4.053 de 2008, que em 2010 se transformou na Lei 12.318/2010, a lei que dispõe sobre a alienação parental.

Carlos e Adriana Maluf, dizem que a alienação parental é a “conduta dos pais, geralmente em litígio, que usam o filho como instrumento para atingir e punir o outro, que teria sido o responsável pela separação”.¹²⁶ Fabio Figueiredo diz estar configurada a alienação quando um dos pais, denominado alienador, atua de modo a confundir a percepção da criança ou adolescente de forma depreciativa em relação à pessoa que deseja atingir, “de maneira a instalar uma efetiva equivocidade de percepção no alienado (criança ou menor) quanto aos elementos que compõem a personalidade do vitimado.”¹²⁷ Para Phillips Freitas “o cônjuge alienador, modifica a consciência de seu filho, por meio de estratégias de atuação e malícia (mesmo que inconscientemente), com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor”.¹²⁸

O conceito legal da alienação parental está no art. 2º caput, da lei de alienação parental.¹²⁹

A lei contemplou também a figura dos avós, contudo, na prática o que se percebe da conduta é que é mais comum no sujeito de um dos pais e normalmente

¹²⁵ FONSECA, 2006 Apud BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação parental: uma interface do direito e da psicologia**. Ed. Juruá. Curitiba, 2012. p. 58.

¹²⁶ MALUF, 2015. p.641.

¹²⁷ FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Alienação parental**. 2ª ed. Saraiva, 2013. p. 47.

¹²⁸ FREITAS, Phillips. **Alienação Parental: Comentários à Lei 12.318/2010**. 4. ed. Forense, 2015.

¹²⁹ Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

no que detém a guarda física de fato. Ocorre mais rotineiramente também nos casos de separação ou divórcio, porem como pondera Maria Berenice Dias, “sequer é necessário que os pais estejam separados, pois muitas vezes, mesmo na vigência do casamento ou da união estável um dos genitores insiste em desqualificar o outro”¹³⁰.

A condição de filho há muito deixou de estar vinculada as relações afetivas entre os genitores, e mais do que isso, ainda que venha a família a se romper ou a se reconstituir, ou ainda, que nunca tenha se constituído a relação familiar entre pai e mãe, a relação afetiva entre pais e filhos deve ser resguardada em todas essas hipóteses, pois configura o núcleo da afetividade esperada da família.

Devem, portanto os pais preservar os filhos de qualquer sentimento ou "relação de animosidade, de ódio, de inimizade, que transcende a relação entre eles e passa a influenciar a relação deles para com os filhos menores.”¹³¹

Rolf e Ana Madaleno trazem à conhecimento as situações mais comuns em que se manifesta a pratica de alienação por um dos pais:

[...] Geralmente tem seu início a partir das disputas judiciais pela guarda dos filhos, uma vez que os processos de separação em geral tendem a despertar sentimentos de traição, rejeição, abandono e angústia. [...] Ainda, fruto do luto não elaborado acerca do fim dessa relação e as mudanças dela decorrentes somadas a um período de instabilidades emocionais, pode fazer com que os pais se utilizem de seus filhos como instrumentos da agressividade e desejo de vingança direcionados ao outro. Pode surgir também no momento em que o menor alcança uma idade que o capacita a ampliar o horário de visitas ou a pernoitar com o pai não guardião¹³².

Contudo, a possibilidade e comum ocorrência da alienação parental, nos processos que envolvam guarda e direito de convivência não deve ser banalizada de maneira que “diante de toda e qualquer alegação contra um dos genitores, seja contra o outro configurada essa campanha depreciativa, uma vez que podem ser verdadeiras as acusações promovidas”¹³³, pois trata-se de assunto do maior interesse da criança e do adolescente que se veem em meio ao litígio e que

¹³⁰ DIAS, Maria Berenice (coord.): **Incesto e alienação parental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 6.

¹³¹ FIGUEIREDO, 2013. p. 43.

¹³² MADALENO, Ana Carpes, MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental**. 4ª ed. Forense, 2017. p. 45.

¹³³ FIGUEIREDO, op. cit., p.45.

merecem ter a proteção estatal corretamente prestada, sob pena de grandes perdas à sua integridade física e a seu desenvolvimento psíquico e moral.

As atitudes que se desencadeiam em meio ao convívio e ao lar são diversas e ilimitadas, podem se dar através de atitudes ou comentários mais sutis, outras vezes em forma de chantagens emocionais, e algumas vezes até mesmo ameaças para causar no menor a sensação de culpa. É espécie de campanha continua e silenciosa promovida pelo genitor alienante visando destruir os vínculos do filho com o outro genitor, e muitas vezes sob a desculpa de viés de proteção.¹³⁴

O art. 2º da lei de dispõe da alienação parental, elucida as hipóteses configuráveis como perpetração da referida conduta¹³⁵. Exemplifica a lei como atos de alienação a campanha de desqualificação de um genitor em detrimento do outro, bem como, a mudança injustificada de domicílio, a omissão de informações da criança, também a imposição de obstáculos visando dificultar ou atrapalhar o contato e o exercício do convívio com à prole, entre outros. O rol é exemplificativo, podendo outras condutas diversas dessas serem entendidas como atos de alienação.

Na simples leitura do artigo de lei, percebe-se a dificuldade que enfrenta o magistrado para chegar a uma conclusão correta da ocorrência de alienação parental ou não, devido ao grande grau de subjetividade e sutileza na conduta, principalmente no que diz respeito aos inc. I, II e VI, ficando, dessa forma, mais do que claro a necessidade e a importância do auxílio ao magistrado pela equipe multidisciplinar capacitada que atua nesses casos.

4.1.1 A Síndrome da Alienação Parental

¹³⁴ MADALENO, 2017.

¹³⁵ Art. 2º. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

A SAP, ou seja, a “síndrome da alienação parental” foi a denominação encontrada pelo Psiquiatra Richard Gardner, para a fase em que a criança ou o adolescente após perpetrada a “campanha de desqualificação” inconscientemente absorve o seu conteúdo, de forma a crer sem ressalvas que o que foi pelo genitor criado, acrescido ou omitido é de fato verdade.

Nesta fase o menor passa a contribuir inconscientemente com a campanha de afastamento do genitor vítima da conduta.

Especialistas identificaram, sintomas que ocorrem em três fases distintas, e cada uma delas é identificada de acordo com o grau de gravidade que a campanha de alienação causou a criança, e a capacidade de interferência que esses sintomas produzem na relação entre a criança e o genitor contra o qual ela foi perpetrada.

O estágio leve, é aquele em que ainda que já tenha se iniciado a campanha de desqualificação, e a criança já absorvido parcialmente os sentimentos ou impressões que o alienante pretendia, ainda mantém bons sentimentos, mesmo que confusos, pelo outro genitor.

Quando já começam a existir os embaraços ao convívio e as visitas, normalmente a campanha está no seu estágio moderado, e a criança apresenta uma espécie de super fortalecimento de vínculo com o genitor alienante, enquanto sua ligação com o outro genitor vai se tornando frágil, ainda que ela não relute em manter contato. Ocorre o que, Ana e Rolf Madaleno, nomeiam como uma relação de cumplicidade entre o genitor alienante e a criança.¹³⁶

No grau mais grave da síndrome quando, e se, ainda ocorrem as visitas, a própria criança passa a dificultá-las, seja na comunicação ou com desculpas de modo a impedi-las. Com a síndrome já nesse estágio, a própria criança passa a hostilizar o genitor contra quem perpetrado-se a campanha de desqualificação, de modo que, nesta altura a criança já absorveu para si, como próprias as verdades e sentimentos criados pelo genitor alienante. A criança passa a ver e sentir o seu outro genitor como uma verdadeira ameaça.

Priscila Corrêa da Fonseca demonstra de maneira didática, a diferença que há entre a alienação parental e a SAP:

¹³⁶ MADALENO. Ana e Rolf, 2017. p. 34.

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento.¹³⁷

Portanto, a SAP difere-se da alienação parental no sentido de que, a alienação parental é a conduta perpetrada por um dos genitores, enquanto a síndrome da alienação parental é os efeitos experimentados pela criança, que foi vítima da campanha de alienação.

Nesta altura é conveniente o esclarecimento de que a lei 12.318 de 2010 não veio tratar da Síndrome da Alienação Parental, já que ela ainda não se encontra inserida em nenhum CID (código internacional de doenças), mas veio tratar da alienação parental na conduta, ou no processo pelo qual de maneira consciente ou inconsciente um dos genitores, na maioria dos casos o genitor guardião, através da implantação de falsas memórias, busca minar a relação da criança com o outro genitor causando gradualmente rompimento de laços afetivos entre eles¹³⁸.

Além disso, referida lei é mais um dos mecanismos atuais do direito no combate a morosidade judicial, frente a efetiva tutela jurisdicional, pois prevê a tramitação prioritária do processo havendo a suspeita ou comprovação da alienação, de modo que tal atitude é favorável a criança já que a prestação jurisdicional rápida nesses casos evita o afastamento imotivado entre pais e filhos.¹³⁹

4.1.2 As Provas e o Processo

A conduta delituosa que configura a alienação, como já foi explorado anteriormente, é de difícil detecção, mas ao mesmo tempo de suma importância que ocorra o mais rápido possível, diante das diversas e maléficas consequências que a alienação pode causar a criança e a sua formação como um todo.

¹³⁷ FONSECA. Priscila Maria Pereira Correia. **Síndrome de alienação parental**. Revista Brasileira de Direito de Família, ano VIII, n. 40, fev.-mar. 2007, p. 7.

¹³⁸ BUOSI, 2012. p. 117.

¹³⁹ Ibid. p. 118.

A tarefa do magistrado se torna ainda mais difícil, pois, não incomum nesses casos há relatos de abusos sexuais ou violência física contra a criança. Se de um lado não se pode descartar a possibilidade dos abusos de fato ocorrerem, de outro, não seria sensato a adoção de medidas drásticas a ponto de cortar todo o vínculo da criança com o genitor até o deslinde do processo.

Ademais por ocorrer na intimidade do lar, e envolver a criança, as provas comumente utilizadas, como documentos ou testemunhas não são suficientes para dirimir as dúvidas quanto a veracidade das suspeitas ou alegações.

Dispõe o art. 5 da lei, que, a ação de alienação parental não necessita estar vinculada à uma ação anterior, podendo se tratar tanto de ação incidental quanto de ação autônoma.¹⁴⁰

O auxílio da equipe multidisciplinar é fator essencial a efetiva prestação jurisdicional nos casos de suspeita de alienação. Sobre a importância da perícia no processo diz Fabio Vieira Figueiredo:

Tendo assim a necessidade de apurar a realidade dos fatos, é indispensável a colheita de provas periciais multidisciplinares, com a participação de psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras, a fim de que o juiz – com base em seus estudos, relativos à pessoa do menor, bem como do alienador e do alienado – se capacite para que seja possível a distinção da alienação parental – firmada pelo desejo (consciente ou não) do alienador em separar o menor do convívio do alienado, da real presença de nefastas atitudes promovidas e que merecem que o seu causador seja afastado ou mesmo limitado do convívio com o menor.¹⁴¹

A perícia psicológica ou biopsicossocial é a prova pericial, que junto ao depoimento sem dano, são os principais e mais confiáveis meios de prova usados atualmente, no processo de investigação das praticas de alienação parental. O

¹⁴⁰ Art. 5. Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1.º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2.º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3.º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

¹⁴¹ DIAS, Maria Berenice Apud FIGUEIREDO, 2013. p. 52.

depoimento sem dano é usado quando o processo envolver denúncia de abuso sexual ou físico contra a criança.

Foi usado pela primeira vez em uma Vara de infância e Juventude em Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, e atualmente esta regulamentado na lei 13.431/17 denominado como “depoimento especial”, lei que passará a vigorar em Abril de 2018.

O depoimento especial consiste em um método de oitiva da criança e do adolescente na Justiça, em ambiente diverso da sala de audiência. A criança não tem contato direto com o magistrado, ela fica em um ambiente reservado e adequado a sua idade, onde mantém uma conversa com um técnico serventuário da Justiça (normalmente um psicólogo), ou seja, essa criança não presta depoimento sobre o acontecido, mas sim relata os fatos livremente através de uma conversa. Ainda, poderá o magistrado repassar ao técnico as perguntas conforme achar conveniente, já que a conversa é gravada e transmitida à sala de audiência. O juiz se comunica com o técnico através de ponto eletrônico, e este repassa a criança com linguagem adequada as perguntas solicitadas. Este tipo de depoimento visa poupar a criança de relembrar e reviver o trauma da experiência de abuso.¹⁴²

A prova pericial obtida através da perícia psicológica ou biopsicossocial, é feita por profissionais de outras áreas de conhecimento, diferente da jurídica, contudo, não se descarta a importância da necessidade, de que, esses profissionais tenham a mínima noção de como se desenvolve o processo judicial nesses casos.

Os profissionais responsáveis pela realização da perícia necessitam também possuir conhecimentos específicos e aprofundados do assunto que irão tratar, por conta da complexidade que eles demonstram, além de que, nesses casos são apresentados detalhes sutis, que exigem um conhecimento aprofundado para percepção de detalhes, pois eles podem influenciar diretamente no resultado apresentado no laudo.¹⁴³

Estes detalhes, se dão por conta da implantação das falsas memórias, ou seja, a depender do estágio da campanha de alienação, a criança já terá absorvido como verdadeiros em seu íntimo os fatos que desencadearam o processo. Sendo

¹⁴² Revista Consultor Jurídico. **Método que humaniza depoimento de criança na Justiça vira lei federal.** 14 de maio de 2017.

Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2017-mai-14/metodo-humaniza-depoimento-crianca-justica-vira-lei>. >

Acesso em: 22 de janeiro de 2018.

¹⁴³ BUOSI, 2012. p. 130.

assim, a capacitação do profissional pericial se mostra requisito importantíssimo para a confiabilidade do laudo.

A perícia envolve amplamente o histórico do caso em vários aspectos, como os motivos das queixas, se apareceram antes ou após o rompimento do laço conjugal, a personalidade e o comportamento dos genitores não apenas com relação à criança, mas em outras áreas da vida como um todo, entrevistas e todos os demais recursos e estratégias pertinentes conforme art. 5.º, § 1.º.

Todas as estratégias e metodologias usadas na perícia tem como objetivo a conclusão sobre a veracidade das denúncias apresentadas, ou confirmação da prática da alienação, quando esta for levantada.

O prazo de 90 dias para conclusão da perícia, é justificado pela necessidade que o processo corra de forma ágil, já que no caso da alienação parental o fator tempo é primordial e decisivo para barrar a perda do vínculo que pode ocorrer quando o tempo do processo e sua morosidade se mostra favorável ao alienador, pois, no intervalo entre o levantamento da suspeita e a conclusão do processo, ele conta com mais tempo para efetivar e reiterar suas condutas alienantes.

Caso o juiz considere mais adequado a confiabilidade do laudo nada impede que este prazo seja prorrogado mediante justificativa.

Vale salientar que o Juiz não está obrigado a basear sua decisão ao laudo pericial, contudo é comum que assim o faça, já que o resultado da perícia “compõe valioso conjunto probatório para o livre convencimento do magistrado”.¹⁴⁴

4.1.3 As Conseqüências Para o Alienante e as Medidas Judiciais Cabíveis

São diversas as conseqüências para o alienante quando identificados os atos de alienação, e também as medidas que o magistrado pode fazer uso para coibir a prática, de modo que, antes de qualquer coisa, se faz necessário os comentários pertinentes ao art. 6º da lei de alienação parental.¹⁴⁵

¹⁴⁴ BUOSI, 2012. p, 131.

¹⁴⁵ Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla

As consequências, após a constatada a alienação parental, vão desde advertência, até a suspensão da autoridade parental.

O art. 6º traz rol exemplificativo, ficando isso claro no próprio Caput do artigo, que menciona a ampla utilização dos instrumentos processuais pelo magistrado visando à atenuação ou inibição dos atos de alienação. Além disso, não se tratam de medidas a serem aplicadas progressivamente, e o uso de uma ou outra ou até mesmo de mais de uma cumulativamente fica a critério do magistrado que analisa o mais adequado de acordo com o caso concreto. Ademais, podem os próprios peritos a partir da análise do caso, reputar as medidas que consideram adequadas, podendo o Juiz usá-las como parâmetro para a aplicação do instrumento processual cabível.¹⁴⁶

A advertência do alienador é medida mais branda, e obviamente só deve ser usada quando a campanha é ainda incipiente e ainda não sobrevieram danos a criança.

Um dos atos mais comuns na alienação é o afastamento da criança do genitor alienado, a previsão do inc. II ampliando a convivência da criança com este, busca combater esta prática, desconstruindo as barreiras já impostas a convivência e estreitar novamente os laços entre os dois.

O inc. III não elencou parâmetros para a multa a ser aplicada em desfavor do genitor alienador, comumente na prática é aplicada quando há descumprimento no que ficou acordado em relação ao regime de visitas. A medida pode também ter repercussão positiva, principalmente nos casos em que a alienação teve início em litígios que envolviam a discussão pecuniária, e o alienador utiliza da criança como “castigo” por não conseguir do genitor alienado a quantia desejada ou que julga adequada a título de pensão alimentícia ou no litígio de divisão dos bens do casal,

utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

¹⁴⁶BUOSI, 2012.

ficando explícito assim o interesse financeiro como pivô da prática. Nestes casos a possibilidade de perda financeira pode sem dúvidas repercutir nos atos do alienante.

O acompanhamento psicológico e biopsicossocial, previsto no Inc. IV alcança não somente a criança, mas pode contemplar também o genitor alienado, já que sem ressalvas, é ele nesta relação, o sujeito que também sofre pressões psicológicas decorrentes da prática da alienação. Além disso, tendo o vínculo afetivo abalado ou rompido, muitas vezes o genitor alienado necessita de auxílio no modo como retomar o contato com o menor.

Além de que, não são raras as vezes em que o genitor alienado experimenta não só o abalo na relação entre pai e filho, mas também as consequências drásticas de se enfrentar uma falsa acusação de abuso sexual, onde além do amargo desprezo do filho, experimenta toda reprovação social que é comum nesses casos, até que o processo seja concluído e ele tenha sua inocência provada. É também, muitas vezes taxado como o pai irresponsável e sem amor aos filhos, sendo que o distanciamento está fora de seu campo de escolha ou controle. Nesta seara vale lembrar:

O pai/mãe prejudicado pela SAP com mensagens difamatórias pode exigir reparação do outro pai alienador, alegando calúnia, difamação, falsa comunicação de crime, denúncia caluniosa entre outros crimes contra a honra previstos no Código Penal.¹⁴⁷

A guarda compartilhada, aparece como alternativa no inc. V, podendo ser invertida a guarda unilateral quando ela é exercida pelo genitor alienador, proporcionando à criança a possibilidade de convivência com ambos os pais. Tal medida busca na convivência com ambos os genitores uma alternativa, pois, exercendo ambos os pais a guarda de fato, nenhum dos dois terá o vínculo afetivo com a criança prejudicado, no quesito convivência, além de que, assim sendo, o direito da criança de convívio familiar com ambos os pais fica mantido.

O Inc. VI, trata da aplicação de medida cautelar de fixação domiciliar da criança ou adolescente envolvida no litígio, visando maior efetividade na aplicação das estratégias processuais de coibição da alienação parental.

¹⁴⁷ SILVA, Denise Maria Perissini Da. **Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental: o que é isso?**. 2. ed. revista e atualizada. Campinas, 2011. Autores Associados Ltda. p. 136.

O inc. VII é a medida mais drástica que pode sofrer o alienante, todavia, a suspensão do poder familiar só deve ser usada nos casos mais extremos onde os sintomas apresentados pela criança são graves e avançados, pois pode acarretar em abalos e rompimentos na relação entre o genitor e o menor, resultado inverso do que se busca nesses casos, que é garantir o convívio saudável com ambos os pais.

Por fim, ainda que aparentemente tenha caráter sancionatório, a lei de alienação não visa meramente punir o alienante, mas sim buscar medidas para restabelecer o contato saudável da criança com ambos os pais, ainda que suas sanções tenham impactos que de forma positiva rompem com a sensação de onipotência apresentada por alguns pais.¹⁴⁸

4.1.4 As Conseqüências Psicológicas da SAP no Menor

Os danos mentais decorrentes da SAP causam na criança um dano muito maior, que qualquer abalo experimentado por aquela que enfrenta um processo comum de separação dos pais:

Os efeitos aversivos e maléficos provocados pela SAP para Pinto (2012) variam conforme a idade, temperamento, personalidade, e nível de maturidade psicológica da criança, e o grau de influência emocional que o genitor alienante tem sobre ela.¹⁴⁹

As conseqüências podem variar desde angustia, inibição e medo, até agressividade e bloqueios de aprendizagem. Nos casos mais sérios que englobam conseqüências mais graves, pode ocorrer depressão, transtornos de identidade e imagem, sentimento de culpa chegando ao desenvolvimento de transtornos de personalidade e até mesmo suicídio. Estas conseqüências se instalam nessa intensidade, porque, tendo a criança a condição de ser em desenvolvimento,

¹⁴⁸ SILVA, 2011. p. 135.

¹⁴⁹ CASTRO, Roque Yader de. CHECHIA, Valeria Aparecida. **Síndrome de alienação parental: Conseqüências psicológicas na criança.** UNIFAFIBE. São Paulo. 2015.

Disponível em:

<http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/36/30102015191548.pdf>.

Acessado em: 28/02/2018.

constrói suas próprias percepções sobre a realidade, sentimentos e sobre si mesma através dos adultos, principalmente os pais que são seus verdadeiros modelos.¹⁵⁰

Os danos mentais além de serem os mais variados, podem ser irreversíveis para saúde mental da criança, e para sua própria vida em sociedade quando adulta. Daí justifica-se a necessidade da atuação do Estado no âmbito familiar, que quanto mais precocemente acontecer, maiores serão as chances de evitar o desenvolvimento de tais sintomas, evitando assim eventos traumáticos a estas crianças que mais tarde repercutirão em toda sociedade.

4.2 O ABANDONO AFETIVO

4.2.1 Aspectos Conceituais

O abandono afetivo se caracteriza quando um dos genitores, na grande maioria das vezes o pai, descumprem o dever de cuidado que estão legal e constitucionalmente a eles outorgados. É uma omissão por parte do (a)genitor (a), e diz respeito ao dever de cuidado e proteção a pessoa dos filhos.

Conforme já anteriormente abordado, o direito a proteção integral dos filhos encontra-se tutelado no art. 227 da Constituição Federal da República de 1988, e nos artigos 3 e 4 do Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente no que tange o direito a convivência familiar, de que goza toda criança e adolescente.

Quando um pai esquivava-se de cumprir com seus deveres de criação, ele não está apenas abandonando o filho, mas também se omitindo ao seu dever de cuidado e proteção, bem como, está privando seu filho do seu direito de convivência familiar.

Naturalmente, o abandono afetivo ocorre nas famílias em que não há convivência entre os genitores, frisando-se aqui o que já foi abordado anteriormente, que o tipo de relação afetiva que envolve os genitores, ou ainda a falta desta, não pode servir como impedimento ou obstáculo no relacionamento entre pais e filhos, pois há total independência não apenas moral, mas inclusive em direitos e deveres

¹⁵⁰ CASTRO. CHECHIA, 2015

legais entre elas. Em relação ao direito da criança de convivência, com ambos os pais quando estes não convivem ou deixaram de conviver, esclarece Rolf Madaleno:

Houve um momento histórico no Direito brasileiro em que o exercício das visitas foi considerado como uma mera prerrogativa do ascendente não guardião de receber seus filhos sob a custódia do outro genitor. Esse conceito vingou durante longo tempo na cultura social e jurídica brasileira e foi responsável pelo enorme equívoco até hoje presente e responsável, em parte, pela geração de um sem-número de abandonos morais e afetivos de pais que veem nas visitas apenas uma faculdade, não se constituindo o seu exercício em um inalienável direito do filho, de compartilhar o sadio e profícuo contato com seus ascendentes.¹⁵¹

Compreende-se que atualmente, mais do que um dever do genitor, a convivência familiar é um direito da criança, não constitui, portanto, mera faculdade do genitor, de forma que, não se pode conceder a ele a escolha de cumpri-la ou não. Ocorre que nem sempre é o que acontece na prática, de modo que, se tornam cada vez mais comuns casos em que pais abandonam seus filhos no período mais importante de suas vidas, a infância, e a adolescência, períodos esses em que se molda todo seu caráter, causando desta forma danos irreparáveis a sua personalidade.

O abandono afetivo também se faz presente quando o pai apenas cumprindo com seu dever de sustento, priva os filhos de sua convivência.¹⁵² Pois, não basta na relação paterno-filial o sustento do filho como a prova de cuidado para com ele, e abandono não é apenas aquele em que o pai abandonando materialmente o filho deixa de lhe prover o sustento.

O abandono aqui tratado, é aquele ocorre quando o pai deixa de cumprir com qualquer dos deveres de cuidado e afeto, deixando de prestar o auxílio necessário ao desenvolvimento do filho, seja ele de cunho material, moral, psicológico ou afetivo, gerando danos a sua personalidade que irão refletir negativamente quando alcançar a vida adulta.

Paulo Lobo, entende que o abandono afetivo pode ser considerado como inadimplemento dos deveres parentais estabelecidos na Constituição e nas leis ordinárias, que sobre eles dispõe, e que, se falando em inadimplemento legal deve haver uma sanção, pois passa a habitar o campo do direito e não apenas da

¹⁵¹ MADALENO, 2016. p. 369.

¹⁵² LOBO, 2016. p. 301.

moral¹⁵³. Entretanto esta visão não é unânime. Na jurisprudência, o teor dos julgados tem demonstrado entendimentos bastante heterogêneos quanto ao abandono afetivo, no plano da responsabilidade civil.

4.2.2 O Dano Moral no Direito de Família

Já foi demonstrado, o fato de hoje haver na família a valorização dos seus membros e da afetividade, mais do que qualquer valor patrimonial. Também demonstrou-se, que o ordenamento jurídico brasileiro é categórico em estabelecer as responsabilidades decorrentes da relação afetiva entre pais e filhos, bem como, as decorrentes do poder familiar.

Sendo a legislação clara em delegar estas responsabilidades, não parece plausível que nenhuma espécie de ação ou omissão em sentido contrário possa ser tolerada, por pena de legitimar o desrespeito às leis, seguindo dado raciocínio, vejamos:

Mediante esse novo enfoque constitucional-familiar, deu-se início à valorização do vínculo de afetividade e solidariedade entre as pessoas envolvidas (paternais, filiares ou conjugais), e passou-se a exigir responsabilidade entre esses entes por atos cometidos em detrimento dos outros, em especial por dano moral.¹⁵⁴

Ainda assim, a “doutrina e jurisprudência brasileira sempre se mostraram muito reticentes com o dano moral nas relações familiares”,¹⁵⁵ por isso, a possibilidade do dano moral em decorrência do abandono afetivo, se mostra bastante controversa no entendimento dos tribunais e .

Antes, porém de se adentrar o campo das divergências que envolvem o dano moral no abandono afetivo, convém abordar alguns pontos de responsabilidade civil.

¹⁵³ LOBO, 2016. p.301.

¹⁵⁴ CARDIN, Valéria Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**, 1ª edição. Saraiva, 2011. p. 69.

¹⁵⁵ PEREIRA, Sérgio Gischkow, Apud Madaleno, 2016.

4.2.3 Responsabilidade Civil

A palavra responsabilidade pressupõe a ideia de um dever. Pensando na vida em sociedade, o dever de alguns, por sua vez, pressupõe a efetivação do direito de outros, não se podendo refutar que o principal papel do Direito é este, imposição de deveres e efetivação de direitos quando estes são negados ou violados, para que dessa forma tenhamos uma sociedade organizada e ética, dentro dos padrões esperados.

No campo do dever como responsabilidade, expõe o Código Civil de 2002 no seu art. 927 que, “aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, por sua vez, a definição de ato ilícito se encontra no art. 186 do mesmo Código: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Silvio Rodrigues, diz serem quatro, os pressupostos para a responsabilização civil: a ação ou omissão e a culpa do agente, o dano experimentado pela vítima, e a relação de causalidade entre eles.¹⁵⁶

Inicialmente, a responsabilidade civil era vista apenas sob a ótica da responsabilidade subjetiva, com a evolução da sociedade, houve a necessidade de olhar a responsabilidade sob um novo enfoque e a culpa deixa de ser elemento essencial. Essa mudança surge expressamente no Código Civil de 2002, que ao contrário do Código Civil de 1916, essencialmente subjetivista, traz a responsabilidade objetiva expressa.¹⁵⁷

Há classificações diferentes para a responsabilidade civil, em razão da culpa e da natureza da norma violada.

Em razão da culpa a responsabilidade pode ser objetiva ou subjetiva, e pela natureza da norma violada pode ser contratual e extracontratual.

¹⁵⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** - Responsabilidade Civil – Vol. 4 - 20ª Ed. Coleção Direito Civil. Saraiva, 2003. p. 13.

¹⁵⁷ SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil**: origem e pressupostos gerais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012.

Disponível em:

http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875.

Acesso em março 2018.

Pela natureza jurídica, a responsabilidade é contratual quando o dano decorre de um contrato particular, e é extracontratual quando o dever jurídico violado decorre do ordenamento jurídico.

A responsabilidade civil subjetiva, é aquela que envolve a culpa e dolo, e a responsabilidade civil objetiva por sua vez não leva em conta a culpa.¹⁵⁸ Independente da classificação, ambos os casos tem como obrigação a reparação do dano.

A conduta pode ser omissiva ou comissiva, e de ambas as classificações decorrem as modalidades própria ou imprópria.

A responsabilidade civil quando decorrente de conduta própria é a puramente extraída da lei sem grandes interpretações, ou seja, a pessoa que por ação ou omissão causa dano a outrem fica obrigada a repará-lo. Com a diferença que aqui, na conduta comissiva própria o dano é causado por um ato ilícito, enquanto na imprópria o dano é causado por um abuso de direito decorrente de um ato lícito.

A conduta omissiva ocorre nos casos em que, podendo agir o sujeito de modo a evitar um dano alheio, não o faz (conduta omissiva própria), ou ainda, quando por lei o sujeito teria o dever legal de evitar o dano e não o fez (omissiva imprópria).

O dever de reparar, não cabe apenas aos casos onde há uma quebra de dever legal, mas também a aqueles onde há abuso de direito (conduta comissiva imprópria).

A responsabilidade civil se assenta na culpa quando decorre de ato ilícito, e a responsabilidade sem culpa baseia-se no risco (teoria do risco). Importante salientar que tanto na responsabilidade objetiva quanto na subjetiva a conduta decorrer de voluntariedade é imprescindível¹⁵⁹.

A conduta, ou ato do agente, que agindo ou omitindo-se causa dano, deve ser ato consciente para somente aí poder se apurar a culpa. Em relação à culpa do agente para caracterização da responsabilidade civil é adequado transpor a explicação de Silvio Salvo Venosa:

A culpa civil em sentido amplo abrange não somente o ato ou conduta intencional, o dolo (delito, na origem semântica e histórica romana), mas também os atos ou condutas evitados de negligência, imprudência ou imperícia, qual seja, a culpa em sentido estrito (quase delito). [...]No

¹⁵⁸ SANTOS, 2012.

¹⁵⁹ Ibid.

entanto, forma-se mais recentemente entendimento jurisprudencial, mormente em sede do dano moral, no sentido de que a indenização pecuniária não tem apenas cunho de reparação do prejuízo, mas tem também caráter punitivo ou sancionatório, pedagógico, preventivo e repressor: a indenização não apenas repara o dano, repondo o patrimônio abalado, mas também atua como forma educativa ou pedagógica para o ofensor e a sociedade e intimidativa para evitar perdas e danos futuros[...]¹⁶⁰

Para caracterização da responsabilidade civil subjetiva, é necessário então, que o agente tenha agido com dolo buscando o resultado do dano, ou com culpa quando sua negligência ou imprudência leva ao resultado ainda que não o buscase.¹⁶¹

Elemento que compõe o centro da responsabilidade civil é o *dano*, pois, “o ato ilícito só repercute na orbita do direito civil se causar prejuízo a alguém”,¹⁶² ou seja, só importa ao direito, à conduta ou omissão que quebrando um dever legal ou abusando de direito cause efetivamente um dano.

O dano é o prejuízo sofrido. Pode ser definido como uma lesão a um interesse, seja esta lesão material, ou ainda, lesão que ocorre através de dano psicológico ou moral.

A aceitação do dano moral é crescente e unânime, desde que se materializou na Constituição Federal de 1988. A definição do dano moral e sua área de abrangência, podem ser entendidas, conforme ensina Silvio Salvo Venosa:

Dano moral ou extrapatrimonial é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. [...]. Do ponto de vista estrito, o dano imaterial, isto é, não patrimonial, é irreparável, insusceptível de avaliação pecuniária porque incomensurável. A condenação em dinheiro é mero lenitivo para a dor, sendo mais uma satisfação do que uma reparação [...].
[...] O dano moral, em sentido lato, abrange não somente os danos psicológicos; não se traduz unicamente por uma variação psíquica, mas também pela dor ou padecimento moral, que não aflora perceptivelmente em outro sintoma. A dor moral insere-se no amplo campo da teoria dos valores. Desse modo, o dano moral é indenizável, ainda que não resulte em alterações psíquicas. Como enfatizamos, o desconforto anormal decorrente de conduta do ofensor é indenizável.¹⁶³

¹⁶⁰ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil** - Obrigações e Responsabilidade Civil. 17ª ed. Atlas, 2016. p. 457.

¹⁶¹ RODRIGUES, 2003.

¹⁶² Ibid. p. 16.

¹⁶³ VENOSA, 2016. Op. Cit. p. 483.

Entre a ação ou omissão, e o dano sofrido, deve haver o *nexo de causalidade*, o “nexo de causalidade ou causal é o liame que se estabelece entre o fato danoso e o dano. Sem essa relação causal não há responsabilidade civil”,¹⁶⁴ ou seja, deve haver o um vínculo que liga uma coisa à outra, no sentido de que, o dano resultou da ação ou omissão e da culpa do agente e não de mero caso fortuito ou de causas que não estão na sua esfera de escolha, ou ainda, por culpa da vítima ou de terceiros, que não estão sob sua esfera de responsabilidade, e este vínculo é o nexo causal.

Após estes breves esclarecimentos, cabe agora passar a discussão do cabimento ou não do dano moral no abandono afetivo.

4.2.4 A possibilidade do Dano Moral Por Abandono Afetivo

Primeiramente é primordial entender a questão que diferencia o afeto sentimento, do afeto cuidado e conduta, ou seja, o afeto aqui aparece como a conduta legalmente prevista, que obriga o pai através do dever parental ao cuidado com o filho e “sendo ação, a conduta afetiva é um dever e pode ser imposta pelo Judiciário, presente ou não o sentimento”¹⁶⁵. Se trata de responsabilidade, da interação que deve ter o pai ou mãe com os filhos para que ele tenha um crescimento digno e saudável, independente da carga emocional íntima que possua o genitor.

O afeto quando inserido na seara da proteção integral a criança, não se confunde com o amor, e está intimamente ligado a dignidade da pessoa humana e aos deveres de cuidado e proteção, caso contrário, ainda que prioritariamente esteja vinculado a família, não estaria também delegado ao Estado, conforme art. 227 da Constituição Federal.

Está também vinculado a paternidade responsável, aqui sendo destacado o direito da criança a convivência familiar. Define Rodrigo da Cunha Pereira:

¹⁶⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**, 12.ed. Atlas, 2011. p. 253.

¹⁶⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil Pelo Abandono Afetivo. MADALENO, Rolf, Barbosa, Eduardo (Coord.) **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Atlas, 2015. p 404.

O afeto, no sentido de cuidado, conduta, não pode faltar para o desenvolvimento de uma criança. [...] Qualquer pessoa, qualquer criança, para se estruturar como sujeito e ter um desenvolvimento saudável necessita de alimentos para o corpo e para a alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. E afeto significa “afeição por alguém”, “dedicação”. Afeiçoar significa também “instruir, educar, formar”, “dar feição, forma ou figura”. Esta é uma diferença entre afeto e amor. O afeto não é somente um sentimento, mas sim uma ação.¹⁶⁶

Não parece lógico, a se considerar pelos novos princípios e valores que se atribuem a família, e pelos princípios constitucionais vigentes, que além de seu princípio maior da dignidade da pessoa humana, contempla ainda, a necessidade de proteção aos hipossuficientes e vulneráveis, estes últimos, absorvidos por diversas legislações infraconstitucionais como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código do Consumidor e o Estatuto do Idoso, que se deixe de responsabilizar pais negligentes perante sua prole, sob pena de se estimular a reiteração de condutas danosas aos filhos e indiretamente à sociedade. Até mesmo, porque, conforme expressa Valéria Galdino Cardin:

A indenização em decorrência da conduta humana culposa por omissão é devida e tem caráter pedagógico e pode ser utilizado como fundamento o disposto no art. 186 do Código Civil.[...] O planejamento familiar em nosso ordenamento jurídico é livre, contudo a paternidade deve ser exercida atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, aqueles que não querem se comprometer com o mínimo de assistência afetiva, moral, intelectual e material que não tenham filhos.¹⁶⁷

O abandono afetivo, sob o ponto de vista da dignidade da pessoa humana é uma ofensa a personalidade do filho, e se analisado do ponto de vista da doutrina da proteção integral, que engloba o direito a convivência familiar, quando cometido pelo pai e pela mãe configura um abuso de direito, pois “a relação paterno-materno-filial exige compromisso e responsabilidade e, por isso, é fonte de obrigação jurídica¹⁶⁸”, e havendo inadimplemento consciente dessa obrigação surge o dever de reparar.

¹⁶⁶ PEREIRA, In: MADALENO, BARBOSA, 2015. p. 403/404.

¹⁶⁷ CARDIN, 2011. p. 238, 239.

¹⁶⁸ PEREIRA, In: MADALENO, BARBOSA. Op.cit.. p. 403.

Para Rolf Madaleno, “o abandono parental deve ser entendido como lesão a um interesse jurídico tutelado, extrapatrimonial, causado por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício e das funções parentais”.¹⁶⁹

O dano moral está sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que, hoje a responsabilização civil não busca reparar apenas danos puramente econômicos, não estando a família e os pais isentos das violações a direitos patrimoniais e morais dos filhos.

O ordenamento jurídico brasileiro contém regras claras e amplas de proteção aos filhos, através das responsabilidades delegadas aos pais, contudo de pouco serve a norma se não há a sanção quando ela for desrespeitada, ignorada ou menosprezada.

Não se pode olvidar que a sanção frente ao desrespeito a norma, é o que a diferencia das regras de conduta ou princípios morais. A sanção eleva a norma ao patamar de imperativo de comportamento e de garantidora da ordem social e da segurança jurídica, possui no caso do abandono afetivo, não apenas caráter compensatório, mas principalmente pedagógico e preventivo, diante da falta de responsabilidade paterno-materno-filial vista com naturalidade por alguns pais e mães, que acreditam se encontram em patamar elevado em relação aos filhos, e que suas condutas nunca serão repreendidas.¹⁷⁰

Faz-se uma observação, de que, o abandono afetivo não possui norma específica prevendo sua responsabilização, além das já exaustivamente mencionadas, e que se interpretadas de modo lógico sistemático, levam a conclusão da necessidade da reparação civil¹⁷¹. Ademais, a punição mais severa prevista em caso de descumprimento do dever parental é a perda deste, o que no caso do abandono afetivo não é eficiente e sequer adequada, já que o pai que não cumpre com seus deveres, ao ser liberado deles recebe nada mais do que verdadeiro prêmio.

O dano moral fica evidenciado em situações que trazem prejuízo a prole no seguinte sentido:

¹⁶⁹ PEREIRA, In: MADALENO, BARBOSA, 2015.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ibid. p. 402.

[...] o afeto não é algo que pode ser monetarizado, contudo, a falta acarreta inúmeros danos psicológicos a uma criança ou adolescente, que se sente rejeitado, humilhado perante os outros amigos em que os pais são presentes, dentre outras situações. É óbvio que esta criança ou adolescente terá dificuldades em se relacionar no futuro. Logo, a indenização teria como proporcionar que esta pessoa recebesse auxílio psicológico para tratar das sequelas oriundas da falta de visitação, do descaso, da não orientação ética, moral e intelectual etc.¹⁷²

Há ainda, situações que o dever de sustento é cumprido, mas a rejeição sentida é o que ocasiona todos os prejuízos psicológicos, não livrando o filho das consequências futuras e tampouco liberando os pais da responsabilização.

Essas sequelas podem ser comprovadas por perícias, e documentos dos mais diversos tipos, como documentos que comprovem prejuízo escolar, laudos psicológicos e médicos entre tantos outros. Contudo, é importante salientar que o nexo de causalidade como em qualquer tipo de responsabilização civil é quesito indispensável, de forma que a análise do magistrado deve acontecer de modo retrospectivo, ligando o dano à omissão do genitor no decorrer da vida da prole.

Por último e não menos importante está a culpa necessária a conduta do genitor que incorre em abandono afetivo. Não há culpa, portanto não há de haver responsabilização ao genitor caso o aparente abandono, decorra de impedimentos ao qual ele próprio não deu causa. Quando não decorreu de sua vontade consciente. Como por exemplo, o caso do pai que desconhece a paternidade do filho e/ou o paradeiro deste, ou quando por obstáculos impostos por terceiros ou pelo próprio genitor-guardião fica impedido do contato com o filho, como ocorre nos casos de alienação parental, que diante da resistência da criança o pai ou mãe não vê outra alternativa senão o afastamento, e outros casos onde o descumprimento ao dever de convivência e cuidado não está condicionado a vontade do genitor.

Após feita todas as considerações necessárias ao entendimento dos dois institutos, irá prosseguir-se fazendo um cruzamento entre eles, demonstrando seus pontos comuns e divergentes, fazendo considerações no sentido de que é possível sustentar o pedido de indenização por dano moral no abandono afetivo fundado nos mesmos princípios, e no abuso de direito, tal qual ocorre na alienação parental.

¹⁷² CARDIN, 2011. p.239.

5. O DANO CAUSADO POR QUEM TEM O DEVER DE CUIDADO E PROTEÇÃO

5.1 OS INSTITUTOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL E DO ABANDONO AFETIVO E SEUS PONTOS DIVERGENTES E CONVERGENTES.

O abandono afetivo e a alienação parental são dois institutos que não se confundem, contudo não se pode olvidar, assim como não se confundem por se tratar de condutas e agentes diferentes, o bem jurídico que buscam tutelar é o mesmo, a dignidade e a proteção integral dos filhos.

Enquanto a alienação é amplamente aceita pela jurisprudência de forma que hoje há considerações no sentido de que não se deve banalizar qualquer denúncia levada ao judiciário contra um dos genitores como de fato ocorrência de alienação sem antes serem tomadas as devidas providências que descartem sua ocorrência, sob pena de se colocar em risco a integridade da criança caso sejam verdadeiros os fatos. Em contrapartida a doutrina e a jurisprudência não são nada unânimes quando o assunto versa sobre a responsabilização pelo abandono afetivo e moral dos filhos, os principais argumentos contrários dizem respeito ao fato de que o judiciário não pode adentrar o campo subjetivo obrigando o sujeito a amar, e que não se poderia monetarizar o amor.

De fato a aplicação da responsabilização pela alienação nos processos judiciais enquanto a não aplicação no abandono afetivo pode ocorrer porque assim como já visto a alienação é prevista em lei específica, enquanto o abandono possui apenas assentamento doutrinário, ainda que existam dois projetos de lei em tramitação que versem sobre o tema: um específico; o Projeto de Lei do Senado nº 700, de 2007, de autoria do Senador Marcelo Crivella que altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil. E também o projeto de lei 470 de 2013, Estatuto das Famílias, de autoria da Senadora Lídice da Mata (PSB/BA), que prevê em um de seus capítulos o abandono afetivo como ilícito.

5.1.1 Os Pontos Divergentes

As principais diferenças entre os institutos estão nos sujeitos, nos mecanismos de ação, e na conduta.

O abandono afetivo conforme visto pode ser definido como uma omissão por parte do genitor, no que diz respeito ao dever de cuidado e proteção a pessoa dos filhos. Enquanto a alienação parental, segundo conceitua o artigo 2º de sua lei, é a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Logo de início percebe-se que, na alienação o sujeito responsável pelo afastamento entre genitor (a) e prole normalmente é quem detém a guarda da criança, que se aproveitando de sua posição privilegiada (convivência assídua com a criança) usa de mecanismos diversos, e de vários artifícios e manobras, seja através da implantação de falsas memórias ou de chantagens, para afastar a prole do genitor não guardião. Trata-se, portanto de uma conduta perpetrada por terceiros e que impede o genitor alienado e a criança de manter um convívio saudável e acaba por afastá-los.

Além disso, importante lembrar que muitas vezes, após efetivamente implantada as falsas memórias e depois de instalada a SAP, passa a ser da própria criança que passa a ser ríspida, relutante e desinteressada na companhia do genitor alienado, se recusando a manter qualquer tipo de contato com ele.

Inegável que nessas situações, se não houver uma intervenção rápida e eficiente pode haver um enfraquecimento no vínculo entre genitor e prole e até mesmo distanciamento.

Porém, mesmo se houver um distanciamento, não há aqui como falar em culpa do genitor não guardião pela quebra do direito de convivência, a culpa aqui aparece na figura do genitor guardião que além de cometer abuso moral, impede ainda a criança do livre exercício de direito a convivência familiar.

No abandono afetivo por sua vez, não é necessário a intervenção de terceiros para haver um distanciamento genitor e a prole, o próprio genitor por questões

intimas e multifatoriais deixa de demonstrar o interesse na criação e nos cuidados com os filhos, até que o vínculo se rompe.

Esse afastamento pode ocorrer das mais diversas formas, repentina ou gradativamente. Como o afastamento que ocorre após a separação dos pais, aqui mais comumente onde o pai passa ter menos contato e pouco a pouco se afasta; ou quando constitui nova família e os filhos do antigo relacionamento passam a ficar em segundo plano até serem “esquecidos”, seja por pressão do novo (a) companheiro (a), ou ainda pelo nascimento de novos filhos.¹⁷³

Há também os casos de gravidez não planejada, quando a criança chega “forçando” vínculo que nunca existiu entre os genitores, pois, devido ao período de tempo muito limitado que se relacionaram seus genitores ele não se estabeleceu ou não viria se estabelecer nunca. Há ainda os casos de relacionamento extraconjugais.

Cabe aqui lembrar que o tipo de relacionamento existente entre os genitores, não constitui motivo para interferência no relacionamento que eles devem ter com filhos, ainda mais, que se falar em justificativa para não cumprir com os deveres parentais de cuidado e afeto, pois há muito já foi vencida a diferenciação dos filhos quanto a sua origem.

Após a constituição de 88 ficou definitivamente estabelecida a igualdade jurídica dos filhos independente de qual seja sua origem. O art. 227 §6º da Carta Magna, põe fim a qualquer tipo de discriminação, ou diferenciação dos filhos pelas circunstâncias de sua origem.

Enfim, os motivos para o afastamento são os mais diversos e não se tem aqui a intenção de falar sobre cada um ou esgotar as possibilidades, porém fica nítido o fator diferenciador entre a alienação e o abandono afetivo, quanto ao sujeito causador do dano, que na alienação é um terceiro (genitor guardião ou outro que detenha a guarda), que através de suas manobras de desqualificação visa atingir o genitor não guardião, usando como objeto de sua vingança a própria criança. E no abandono afetivo, é o genitor não guardião que por vontade própria se ausenta da vida e da criação dos filhos, se omitindo de seus deveres parentais e causando danos psicológicos ao desenvolvimento da prole. Na alienação parental a culpa pelo resultado das manobras de alienação é do próprio genitor alienador, não havendo

¹⁷³ MADALENO, Ana e Rolf, 2017.

porque se falar em culpa ou responsabilização do genitor não guardião por qualquer dano psicológico causado à prole.

No abandono afetivo é o próprio genitor não guardião que por vontade própria deixa de exercer o poder-dever parental, não há aqui um impedimento ou obstáculo, portanto a culpa pelo dano psicológico causado a prole por sua ausência, pela não convivência, é dele próprio.

Nesses casos, inclusive, não raras vezes, ocorre até mesmo uma insistência do genitor guardião, que preocupado com os reflexos na vida da criança da falta do genitor não guardião insiste para que as visitas, a participação na vida escolar e social, a convivência no geral aconteça, se valendo, por exemplo,¹⁷⁴ da ação de guarda, na tentativa de forçar as visitas ou responsabilidades que o próprio genitor não guardião acaba por quebrar ou não cumprir, demonstrando desinteresse, irresponsabilidade e abandonando o infante ou o menor.

Abordado foi, no capítulo de que tratava cada instituto, as formas de sanção no caso da alienação e a estratégia reparatória no abandono afetivo.

Quando constatada a alienação parental, as medidas processuais contra o alienante variam desde advertência até suspensão do poder familiar.

Traz o art. 6º da lei de alienação rol exemplificativo e orientador das medidas processuais sancionatórias cabíveis, podendo elas serem impostas, isoladas ou cumulativamente. Além disso, as medidas previstas no art. 6º podem ser aplicadas sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal que o genitor alienado pode arguir a seu favor e a favor da prole, dependendo das peculiaridades do caso concreto, através de, por exemplo, ação cível indenizatória ou ação penal por calúnia nas falsas denúncias de abuso sexual.

Nos casos de alienação nota-se, não há uma grande dificuldade da imposição de medidas inibitórias ou sancionatórias, pois o genitor ainda que abusando do poder/dever parental, nutre sentimentos e tem a intenção do convívio com a prole, por esse motivo as mais variadas medidas se mostram eficientes para barrar a conduta lesiva, e ainda não há grandes discussões acerca da responsabilização pelos danos que deve responder o genitor alienante.

Conquanto no abandono afetivo, mesmo a medida mais drástica dentre as hipóteses previstas pelo Código Civil como sanção no caso de descumprimento do

¹⁷⁴ MADALENO, Ana e Rolf, 2017.

poder familiar, que é a perda deste poder/dever, se mostra ineficaz, posto que já não há no genitor o interesse de convívio e participação na vida da prole, de forma que para ele constitui um ganho a destituição do dever legal de cuidado e afetividade com a prole, que ocorre quando há perda do poder familiar, pois assim ele estará legalmente livre para não cumprir com seus deveres. Sendo assim, somente a perda do poder familiar não é suficiente.¹⁷⁵

Percebe-se aí a dificuldade de encontrar uma medida efetiva que obrigue esse genitor ausente a cumprir com suas responsabilidades, de modo que a indenização por dano moral se mostra o único recurso cabível e adequado, principalmente quando se leva em conta não o caráter sancionatório, mas preventivo que tal medida pode trazer.

As medidas adotadas quando constatado a alienação podem ter caráter preventivo ou repressivo, pois há possibilidade de interferência no processo de afastamento, não chegando ao rompimento total do vínculo, ao passo que no abandono afetivo não há como se falar em prevenção, pois, o vínculo já está definitivamente cortado e por opção do genitor não guardião omissivo. Resta nesses casos apenas medidas compensatórias, e mais do que isso, educativas no sentido que busca a indenização uma conscientização para o exercício da paternidade responsável, de acordo com os princípios constitucionais e as leis que neste sentido delegam deveres aos pais.

Por fim, a indenização no caso de abandono afetivo, na maioria dos casos em que o judiciário é acionado, a iniciativa parte dos próprios filhos, que adquirindo consciência e capacidade se sentem lesados na sua dignidade pela falta de convivência, fatores esses que lhes causaram transtornos psicológicos e sociais. Na alienação, normalmente há medidas processuais para proteção da prole, e as reparações penais ou pecuniárias se dão em favor do genitor alienado a depender do contexto de cada caso.

5.1.2 Os pontos de Convergência

¹⁷⁵ DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12 ed. Revista dos Tribunais. 2017. P. 569.

Há tanto na alienação quanto no abandono afetivo, a quebra de um ou mais dos deveres parentais legais por um dos genitores, essa quebra causa diversos danos psicológicos a prole e havendo culpa cabe responsabilização civil em ambos os casos.

Explicitou-se até aqui, que o poder familiar há muito deixou de ser um poder propriamente dito e hoje é um poder/dever.

Os deveres e encargos impostos aos pais se encontram na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo cada um deles já pormenorizadamente aqui tratados em momento adequado.

Além do princípio maior da dignidade da pessoa humana, princípios como da igualdade, da paternidade responsável, da solidariedade, da convivência familiar e da proteção integral da criança, se interpretados em consonância com a lei de uma forma lógico-sistemática, deixam explícitos a obrigação jurídica a que estão vinculados os pais aos filhos.

Legalmente estabelecido esse vínculo obrigacional, qualquer quebra por negligência ou abuso dos deveres parentais deve ser entendido como quebra a essa própria obrigação jurídica legal, de modo que deve haver a reparação civil.¹⁷⁶

Aqui, mais do que em qualquer tipo de responsabilização civil, há uma alta carga de reprovabilidade, pois o dano é causado essencialmente por, e, a quem incumbe o dever de proteção.

O dano psicológico sofrido pela prole é fator comum nos dois institutos, e eles são os mais diversos.

É na infância que a criança adquire a noção de autoridade, respeito e confiança, e é nestes pontos que a ausência da figura de um dos genitores tende a produzir os maiores danos afetando sua autoestima e a visão sobre si própria. Sofrendo abusos ou omissões dos pais, os filhos tendem então a desenvolver problemas psicológicos, e transtornos psiquiátricos com efeitos muito negativos sobre sua saúde mental e emocional.¹⁷⁷

¹⁷⁶ MADALENO, 2015.

¹⁷⁷ VIEIRA. Larissa A. Tavares. BOTTA. Ricardo Alexandre Eneas. **O Efeito Devastador da Alienação Parental: e suas Sequelas Psicológicas sobre o Infante e Genitor Alienado**. 2013.

Disponível em:

<https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/o-efeito-devastador-da-alienacao-parental-e-suas-sequelas-psicologicas-sobre-o-infante-e-genitor-alienado>.

Acesso em março de 2018.

A partir dos resultados obtidos em estudos, sobre cada um dos institutos, que demonstram os efeitos psicológicos mais comuns, que sofrem os filhos vítimas do dano paterno-materno-filial, nota-se haver grande coincidência entre eles.

Os efeitos experimentados pelos filhos que são usados como objetos na alienação estão relacionados a atitudes antissociais, violentas, distúrbios psiquiátricos como depressão e até mesmo suicídio.¹⁷⁸ Há também outros efeitos tão devastadores quanto: como ansiedade ou nervosismo, transtornos de identidade ou imagem, baixa autoestima, sentimento de rejeição, transtornos de conduta, envolvimento com álcool e drogas, e sentimento de culpa.¹⁷⁹

Por sua vez, os filhos vítimas do abandono afetivo, além do sentimento de abandono e a tristeza experimentada pelo vazio da presença do genitor (a), que se manifestam das mais diversas formas no dia a dia, na vida cotidiana, em festas escolares, nos momentos de lazer e de dificuldade onde lhes faz falta orientação, a longo prazo experimentam danos muito maiores e por vezes irreversíveis.

O Departamento de Serviços Humanos e Sociais dos Estados Unidos, divulgou há alguns anos, uma pesquisa que demonstram as consequências da ausência paterna na vida da prole:

Meninas sem um pai nas suas vidas têm 2,5 vezes mais propensão a engravidarem na adolescência e 53% mais chances de cometerem suicídio. Meninos sem um pai nas suas vidas têm 63% mais chances de fugirem de casa e 37% mais chances de utilizarem drogas. Meninos e meninas sem pai têm duas vezes mais chances de acabarem na cadeia e aproximadamente quatro vezes mais chances de necessitarem de cuidados profissionais para problemas emocionais ou de comportamento.¹⁸⁰

Explícito é o dano extrapatrimonial que as atitudes dos pais podem/causam aos filhos, o dano moral é muito latente.

Da análise das consequências é fácil notar que há também, além do dano moral, um dano social que essas ações ou omissões paternas são capazes de

¹⁷⁸ DIAS, 2017. P 574.

¹⁷⁹ VIEIRA. BOTTA. 2013.

¹⁸⁰ WEISHAUPT, Gisele Carla. SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Consequências do abandono afetivo paterno e a (in) efetividade da indenização.** Perspectiva, Erechim. v. 38, n.142, p. 17-28, junho/2014.

Disponível em:

http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/142_415.pdf.

Acessado em março de 2018.

causar, já que quando adultos essas crianças integrarão a sociedade como indivíduos. Nesta seara, fica mais ainda assentado o direito do Estado em intervir em tais condutas, já que suas consequências transcendem a esfera familiar atingindo a coletividade como um todo. Outrossim, sabe-se, não estão os pais por sua posição familiar, imunes a responder pelos danos causados à prole.

Além da questão do dano causado a saúde mental e emocional dos filhos, os dois institutos têm por comum, a violação do direito de toda criança ao convívio familiar.

O direito à convivência familiar se encontra no art. 227 da Constituição Federal, e está estabelecido infra constitucionalmente, no art. 19, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dessa forma, o pai que é ausente na vida do filho, ou o que causa impedimentos a convivência com o outro genitor, está impedindo que a criança exerça seu direito ao convívio familiar.

5.2 A JURISPRUDÊNCIA E OS PRECEDENTES DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

Após o advento da lei 12.318/2010, não há de se falar em não reconhecimento da responsabilidade civil do genitor na alienação parental, sendo categórico o art. 6º em declara-lá.

Por outro lado, não há Jurisprudência uniforme nos tribunais quanto à responsabilização civil do genitor por abandono afetivo.

Até o momento não houve por parte do Supremo Tribunal Federal pronunciamento acerca do tema, ainda que interposto o Recurso Especial 567164 ED/MG, foi negado provimento com entendimento de que a ofensa constitucional alegada (art. 5º, inc. V e X), se existente, era indireta, tratando-se de análise à matéria infraconstitucional. Estaria ainda em desacordo com a Súmula 279¹⁸¹ do

¹⁸¹ Súmula 279, do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

STF, que prevê o descabimento do recurso extraordinário para reexame de prova.

182

Existem hoje duas tendências, no que diz respeito ao abandono afetivo nos tribunais e na doutrina: A corrente negativa do dever de indenizar, e a corrente que aceita a indenização como forma de reparação, quando houve o abandono afetivo e moral da prole, mas a primeira está presente principalmente na jurisprudência.

A corrente que afasta o dever de indenizar pelo abandono afetivo da prole, se pauta no sentido de que os deveres parentais não devem ser confundidos com o amor e afeto, porque estes últimos povoam o campo subjetivo do sujeito, tratando-se de dever moral, não cabendo ao judiciário definir um “preço” para o amor, pois este sentimento de apreço e carinho quando exteriorizados só podem e devem se dar de maneira voluntária.

Sustentam que, já existe para os casos de descumprimento dos deveres parentais, na legislação, a punição que consiste na perda do poder familiar, e que este é o meio sancionatório adequado que dispõe o Estado para estes casos. Neste sentido decidiu a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS E PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM VIRTUDE DE ABANDONO AFETIVO. RECURSO DE APELAÇÃO: REDUÇÃO DO QUANTUM FIXADO À TÍTULO DE PENSIONAMENTO - NÃO COMPROVAÇÃO DOS FATORES INDICATIVOS DA INCAPACIDADE ECONÔMICA PARA SUPORTAR O ENCARGO - VALOR RAZOÁVEL E MODERADO - INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO - IMPOSSIBILIDADE DE QUANTIFICAÇÃO PECUNIÁRIA DO AFETO - DEVER DE CUIDAR - RESPONSABILIDADE MORAL CUJO DESCUMPRIMENTO ACARRETA NA PERDA DO PODER FAMILIAR - ARTIGOS 24 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E 1628, INCISOS II E III, DO CÓDIGO CIVIL - FUNÇÃO PUNITIVA E DISSUASÓRIA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO ADESIVO: PENSÃO ALIMENTÍCIA DEVIDA A PARTIR DA CITAÇÃO - SÚMULA 277 DO STJ - RECURSO DESPROVIDO.1. Não há nos autos elementos de convicção suficientes a referendar a redução dos alimentos, não demonstrando o apelante os fatores indicativos de sua incapacidade econômica para suportar o pagamento da pensão alimentícia tal qual fixada.2. "Não se nega que, em função da simples 'paternité de fait', haveria deveres de criação e sustento do filho pelo genitor, mas simples dever moral, e não obrigação juridicamente exigível, que só nasce com a

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial: 567164 MG, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma. Partes: Alexandre Batista Fortes, Rodrigo da Cunha Pereira e Outros (a/s), Vicente De Paulo Ferro De Oliveira Fortes, João Bôsko Kumaira e Outro(a/s). Julgado em: 11.09.2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5399140/embdeclno-recurso-extraordinario-re-567164-mg> Acessado em março de 2018.

'paternité de droit', com o reconhecimento voluntário ou judicial. Afastada a configuração de 'abandono material' pelo não pagamento de alimentos pretéritos, restaria apenas uma difícil configuração de dano moral, já que o próprio 'abandono moral' não dispensaria o requisito do pátrio poder, que somente se constitui com o reconhecimento." (Yussef Said Cahali, in Dano Moral, 2ª ed., págs. 662/663).3. Súmula 277: "Julgada precedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação".¹⁸³

No caso supracitado, em específico, G. L. B pleiteava indenização em face de seu genitor, alegava que foi fruto de relacionamento extraconjugal e que seu genitor mesmo não tendo dúvidas de que era de fato seu filho, não reconheceu sua filiação, tendo amargado "perdas inestimáveis com a distância existente entre ele e seu genitor" e ainda que "teve sua honra e sua imagem ofendidas, por ter vivido sem a presença de um ente querido que muito poderia ter contribuído com seu nascimento, crescimento e amadurecimento", alegou ainda a diferenciação de tratamento que sofreu por ser fruto de relacionamento extraconjugal, e que agindo assim o genitor ofendeu a Constituição, por desrespeitar a igualdade que deve haver entre os filhos independente de sua origem.

Sustentou que a filiação e os deveres paternais, são preexistentes a qualquer sentença declaratória para efeitos cíveis, e que o não reconhecimento judicial apesar da inexistência de dúvidas quanto à condição de pai, não prejudica a quebra dos deveres que tinha como pai, em relação a ele filho.

Pelo juízo singular foi reconhecido o dano moral e arbitrado condenação em R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

O Tribunal por sua vez, entendeu que com a "paternidade de fato há apenas o dever moral de criação e sustento do filho, não existindo obrigação juridicamente exigível, que somente se configura com a paternidade de direito, através do reconhecimento da paternidade, seja voluntário ou judicial", pois "somente após o reconhecimento da paternidade é que surge a filiação, ou seja, antes do reconhecimento inexistia filiação, razão pela qual não poderia o apelante descumprir quaisquer deveres inerentes à condição de pai."

¹⁸³ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 12ª Câmara Cível. Apelação Cível, 986880-4. Rel: Joeci Machado Camargo. Julgado em: 02.10.2013.

Disponível em:

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11557612/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-986880-4>

Acesso em março de 2018.

Além disso, sustentou a 12ª Turma que, de qualquer maneira, na análise da questão da responsabilidade civil, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano indenizável, pois, “na medida em que se adentraria em uma área que não se legisla, pois independe da vontade do ser, sendo instância do sentir e sobre a qual o homem não tem domínio, não obedecendo a ordens naturais e racionais.” Ademais, se argumentou que para esses casos já há solução legal, pela aplicação da perda do poder familiar, “demonstrando que o Direito e a sociedade não compactuam com o abandono dos filhos, donde se verifica que não há justificativa para aplicação de indenização por dano moral com relação ao abandono.”.

Os contrários a indenização, não vislumbram nenhum aspecto positivo na indenização pecuniária nesses casos, o que acabaria mais por prejudicar a relação genitor e prole, minando de vez qualquer tipo de sentimento que dali possa surgir.

Em outro caso, o que deu origem ao Recurso Especial 1579021 / RS, que se seguirá, D. C. P. C., propôs ação indenizatória contra seu genitor afirmando que houve apenas um reconhecimento judicial de filiação por parte dele, que nunca lhe dedicou afeto, atenção e amor, e que a ausência de relacionamento afetivo, por parte de seu genitor, trouxe-lhe prejuízos de ordem imaterial, pleiteando a indenização moral pecuniária.

O genitor por sua vez, alegou ter havido o reconhecimento judicial de paternidade, mas que de fato nunca ter teve nenhum vínculo familiar com o filho, e que cumprindo seus deveres legais não haveria razão para o pleito pois não incorreu em fato ilegal.

O juízo singular entendeu que o genitor ocorreu em ilícito, gerando o dever de indenizar, não pela falta de laços afetivos, mas por descumprimento de dever legal. Condenou o genitor ao montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de dano moral.

Ambos recorreram, o filho pleiteando a majoração do valor, e o genitor a reforma da sentença. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu razão ao pai, argumentando que se deve distinguir as situações das relações parentais, no sentido de que não se pode alegar o rompimento de um vínculo que nunca existiu:

APELAÇÃO CÍVEL. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL À FILHA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO ENSEJADOR DA INDENIZAÇÃO. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. 2.

No direito de família, o dano moral é, em tese, cabível. No entanto, imprescindível que haja a configuração do ato ilícito. 3. É preciso distinguir duas situações possíveis. A primeira consiste em que, tendo o filho sido criado pelo genitor dentro de determinado padrão de afeto e cuidado, vem o casal a separar-se e, a partir daí o pai se comporta como se a separação do casal conjugal significasse também o rompimento da relação parental (com os filhos). Nesse caso, é razoável que seja esse comportamento objeto de reparação por dano moral, porque houve um rompimento injustificável da relação pai-filho, que antes era consolidada. Na segunda hipótese, que é a dos autos, jamais houve qualquer relação afeto e cuidado por parte do genitor, que somente veio a ser declarado tal por decisão judicial, no bojo de uma ação investigatória. Neste contexto, não se justifica a imposição de reparação moral, porque jamais existiu um laço de cuidado e afeto entre pai e filho.¹⁸⁴

Parece aqui, ter havido certo equívoco, ao argumentar-se no sentido de que se deve fazer diferenciação quanto ao pai que conviveu com o filho e depois rompeu o vínculo, daquele que nunca tenha convivido, pois é sabido que hoje há igualdade total dos filhos independente de sua origem, assim, a paternidade deve ser vista de maneira independente do tipo de relacionamento que tiveram ou têm os pais.

No caso em comento, a relatora, Ministra Maria Isabel Galoti, destaca no seu voto, que o dano moral decorrente de abandono afetivo não tem apoio na jurisprudência da 4ª turma do STJ, e ainda declara que “quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos”, no seu relatório ainda salienta que, se concedido um pedido de dano moral nesses casos só reduziria ainda mais a esperança do filho ser acolhido por conta do litígio gerado.

Declara a Ministra que em seu entendimento a afetividade não é dever jurídico, se restringindo ao campo dos sentimentos e que a incapacidade de amar decorre de características íntimas e pessoais do sujeito, e, portanto, não deve ser imposto como um dever jurídico pelo Estado. Que a falta de afeto não gera dano indenizável, porque a forma de convivência familiar deve ser decidida pelas famílias e não regulada e imposta pelo Estado, e além do mais, se cumpridos os deveres

¹⁸⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70063562151. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 18/06/2015.

Disponível em:

<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219936940/apelacao-civel-ac-70065408205-rs/inteiro-teor-219936950>

Acesso em março de 2018.

paternais de sustento e educação, não deve o Judiciário interferir no âmbito da família a não ser nos casos de destituição do poder familiar.

Seguiu a Turma o entendimento da relatora, em relação a não possibilidade de indenização:

CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR. ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e Educação dos filhos. **Não há dever jurídico de cuidar afetosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável.**¹⁸⁵

Há ainda julgados, no sentido de que, pode sim haver um dano moral, mas desde que provado que a ausência do genitor causou um dano direto a prole, não constituindo somente a ausência ou o afastamento ato ilícito por parte do genitor.

De outro lado está a corrente jurisprudencial que acata a indenização como medida adequada nos casos em que o genitor (a) abandona afetivamente a prole.

Essa corrente tende a afastar a ideia que, esteja na reparação pecuniária o motivo determinante que afasta genitor e prole, porquanto nesses casos o vínculo nunca existiu ou já foi rompido.

Em relação a esta corrente aceptiva do dano, não se pode deixar de comentar o julgado do Recurso Especial 1159242 pelo Supremo Tribunal de Justiça, na relatoria da Ministra Nancy Andrichi, que abriu horizontes para o reconhecimento do dano moral decorrente do abandono afetivo, e ainda que represente o entendimento minoritário na jurisprudência merece destaque:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade

¹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Precedentes da 4ª Turma. Recurso Especial 1579021 2016/0011196-8. Relatora: Ministra Maria Isabel Galotti. Julgado em: 29/11/2017. (GRIFO NOSSO). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526809377/recurso-especial-resp-1579021-rs-2016-0011196-8/inteiro-teor-526809384> Acesso em março de 2018.

civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.¹⁸⁶

A Ministra salienta em seu voto, não haver restrições legais quanto à aplicação da responsabilização civil no âmbito da família, resolvendo-se possíveis controvérsias neste sentido através “uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.”.

Sustentou, não ser a aplicação da perda do poder familiar medida adequada para esses casos, visto que essa sanção tem como propósito resguardar a integridade da criança, “ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos.”.

Ainda faz uso, da aplicação do afeto no sentido de cuidado, como dever jurídico inescusável, e justifica a responsabilização do pai pelo “não fazer”, pela omissão quanto a imposição legal de cuidados e proteção, argumentando que “não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.”

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1159242 / SP. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santo, Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. RELATORA: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 24-04-2012.

Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012

Acesso em março de 2018.

Trata a jurisprudência também, da questão da prescrição para os pedidos de dano moral por abandono afetivo.

Diz o Código Civil de 2002, em seu art. 206, § 3º, inc. V, prescrever em 3 anos a pretensão a reparação civil. Nos termos do art. 197, inc. II, do Código Civil, contudo não ocorre a prescrição durante o poder familiar.

Segue o Superior Tribunal de Justiça, o entendimento do Código Civil, de que a prescrição trienal só começa a contar após o termo do poder familiar. Vejamos:

INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. PRESCRIÇÃO.

O prazo prescricional das ações de indenização por abandono afetivo começa a fluir com a maioridade do interessado. Isso porque não corre a prescrição entre ascendentes e descendentes até a cessação dos deveres inerentes ao pátrio poder (poder familiar). No caso, os fatos narrados pelo autor ocorreram ainda na vigência do CC/1916, assim como a sua maioridade e a prescrição da pretensão de ressarcimento por abandono afetivo. Nesse contexto, mesmo tendo ocorrido o reconhecimento da paternidade na vigência do CC/2002, apesar de ser um ato de efeitos extunc, este não gera efeitos em relação a pretensões já prescritas.¹⁸⁷

Porém há casos que necessitam de interpretação diversa, como por exemplo, nos casos de reconhecimento posterior da paternidade a maioridade civil, nestes casos deve o prazo prescricional deve começar contar a partir do transito em julgado da sentença que reconhece a paternidade. Neste sentido Julgou o Tribunal de Justiça do Paraná a Apelação Cível que se transcreve a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO MATERIAL, MORAL E AFETIVO - SENTENÇA QUE DECLARA A PRESCRIÇÃO TRIENAL E EXTINGUE O FEITO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - ALEGAÇÃO DE INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL SOMENTE QUANDO DO RECONHECIMENTO JUDICIAL DA PATERNIDADE - ACOLHIMENTO - CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA PATERNIDADE QUE SOMENTE SE DÁ COM O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO - PRECEDENTES - MARCO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL QUE SE DÁ COM O RECONHECIMENTO JUDICIAL DA PATERNIDADE - PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS - PRAZO TRIENAL - ART. 206, V, §3º DO CÓDIGO CIVIL - PRESCRIÇÃO NÃO CONSUMADA - SENTENÇA REFORMADA - RETORNO DOS AUTOS

¹⁸⁷ GUGLINSKI. Vitor. Prazo prescricional nas ações de reparação civil por abandono afetivo. 2015. Disponível em: <https://vitorqug.jusbrasil.com.br/artigos/152734911/prazo-prescricional-nas-acoes-de-reparacao-civil-por-abandono-afetivo> acessado em: março de 2018.

AO JUÍZO A QUO PARA A INSTRUÇÃO E PROSSEGUIMENTO DO FEITO.RECURSO PROVIDO.¹⁸⁸

Foram usados, esses julgados como paradigmas por conter as justificativas mais comuns as duas correntes. Nota-se na análise da jurisprudência, as justificativas tendem a se repetir quando do entendimento pelo não cabimento do dano, resumindo-se por: o abandono não caracteriza ilícito desde que adimplidos os deveres de sustento, e quando assim não ocorra deve haver a perda do poder familiar; não há como se obrigar a amar e nem colocar um preço no afeto, pois estes sentimentos povoam o campo do subjetivo; a lide entre pai e filho tenderia a romper de vez os laços afetivos se concedido for o dano moral.

A corrente aceptiva do dano para qual aplicou-se como paradigma o julgado do STJ da Ministra Nancy Andrighi, tende a mostrar consonância com a doutrina, além disso, diversas decisões positivas tem usado este julgado como base para as justificativas, no sentido de que: O afeto dever, é diferente do afeto amor, pois este se materializa na conduta e no cuidado que devem ter os pais pelos filhos, conforme leis imperativas que versam sobre o poder familiar; não há restrição a aplicação do dano moral na família; não é a indenização que afasta genitor e prole, porquanto nesses casos o vínculo nunca existiu ou já foi rompido por vontade e omissão do próprio genitor.

5.3 O ABUSO DE DIREITO E A QUEBRA DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR COMO JUSTIFICAVA À APLICAÇÃO DO DANO MORAL AOS DOIS INSTITUTOS.

O direito a convivência familiar, a dignidade da pessoa humana, o principio da responsabilidade, da afetividade, da solidariedade e do melhor interesse da criança são os princípios que estão presentes implícita ou explicitamente nos deveres parentais que a lei impôs.

¹⁸⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 11ª Câmara Cível. Apelação Cível 1430794-5. Relator: Gil Francisco de Paula Xavier Fernandes Guerra. Julgado em: 05.04.2017. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/> Acesso em março de 2018.

Na família, o princípio da responsabilidade se impõe principalmente entre pais e filhos, nessa relação, a responsabilidade é também norma jurídica presente na legislação infraconstitucional, que condiciona os pais o dever de criar e prover os filhos em aspectos variados como material, afetivo e educacional.¹⁸⁹

Diz Valéria Cardin, ser o princípio da paternidade responsável à obrigação dos pais de prover a assistência afetiva, material, moral e intelectual dos filhos.¹⁹⁰

A paternidade responsável está contida em diversos princípios norteadores do direito de família, principalmente no da responsabilidade, afetividade e no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Contudo, entende-se tratar de princípio autônomo, e que merece destaque, pela importância que tem essa relação para a formação dos sujeitos, pois é a relação familiar e principalmente a relação pai-mãe-filho, fator determinante na formação da estrutura psíquica dos sujeitos. Cabendo aos pais, mais do que ninguém a responsabilização pelos danos causados a este processo de formação.¹⁹¹

Sobre a importância deste princípio e as consequências da sua inobservância preleciona Rodrigo da Cunha Pereira:

[...] O princípio da paternidade responsável interessa não apenas às relações interprivadas, mas também ao Estado, na medida em que a irresponsabilidade parental, somada às questões econômicas, tem gerado milhares de crianças de rua e na rua. Portanto, é um princípio que se reveste também de caráter político e social da maior importância. Se os pais não abandonassem seus filhos, ou, se exercessem uma paternidade responsável, certamente o índice de criminalidade seria menor, não haveria tanta gravidez na adolescência, drogadição etc.¹⁹²

Os deveres parentais não estão restritos a assistência material. No que diz respeito à assistência afetiva, ela pode ser resumida no princípio da afetividade, quando este é entendido como confiança e cuidado, ou seja, a afetividade é imposta aos pais como dever, independente do amor e da afeição, se existentes ou não, não se confundindo com afeto fato psicológico.¹⁹³

¹⁸⁹ PEREIRA. In: MADALENO.BARBOSA, 2015. p. 400.

¹⁹⁰ CARDIN, 2011. P.71.

¹⁹¹ PEREIRA. In: MADALENO.BARBOSA, op.cit. p. 401.

¹⁹² Ibid. p. 400.

¹⁹³ MADALENO, Ana e Rolf, 2017.

Na relação de pai-mãe-filho o afeto dever jurídico é presumido só deixando de ser incumbência dos pais no caso de morte de um dos integrantes desta relação ou da perda do poder familiar.¹⁹⁴

Todas essas responsabilidades, por óbvio, só são possíveis de ser concretizadas quando há convivência entre genitor e prole, por este motivo se faz primordial para assegurar os direitos dos filhos, o exercício da convivência familiar. Pelo princípio da convivência familiar, a convivência é assegurada a prole, independente do tipo de relacionamento que há entre os genitores. Desta forma, a garantia da convivência com genitor não guardião não é um direito ou conveniência deste, mas é antes de tudo um dever de ambos os genitores, já que é um direito da prole.

Há ainda de se frisar, que a garantia à convivência familiar é um dos mecanismos para garantia do melhor interesse da criança, pois, a prioriza na relação familiar independente de que tipos de situação de fato vivenciam os pais.

O princípio do melhor interesse no enfoque constitucional, traz a criança como centro da família, devendo ser tratado como prioridade não apenas por esta instituição, mas também pelo estado e pela sociedade. A criança passa a receber atenção e proteção especial, por se tratar de pessoa vulnerável e em desenvolvimento.¹⁹⁵

A proteção da criança e do adolescente toma forma, na Constituição Federal no art. 227, que lhes conferem direitos com absoluta prioridade. Estes direitos se materializam principalmente na família, de forma que cuidou o legislador de no art. 229, estabelecer deveres jurídicos aos pais, de assistência, criação e educação dos filhos menores. Estes referidos artigos, que absorvidos pela legislação infraconstitucional, no Estatuto da Criança e do Adolescente principalmente em seu artigo 22, e pelo Código Civil por força do art. 1.634, de forma expressa elencam deveres jurídicos em forma de obrigação aos pais.

O poder familiar é então, o exercício da autoridade legitimado pela responsabilidade que possuem os pais quanto aos filhos, autoridade esta exercida para concretizar os interesses morais e materiais dos filhos e não dos pais, tratando-se, portanto de um poder /função ou um direito /dever¹⁹⁶.

¹⁹⁴ MADALENO, Ana e Rolf, 2017

¹⁹⁵ MADALENO, Ana e Rolf, op.cit.p.12.

¹⁹⁶ Ibid. p. 14.

Diante de todo exposto principiológico e legal, nota-se que as relações paterno-materno-filiais na Constituição Federal de 1988, foram idealizadas com viés de proteção, cuidado e afeto nessas relações. São, portanto diretrizes a serem respeitadas.¹⁹⁷

Essas diretrizes, seguem a tendência de valorização da pessoa humana, inclusive na família, especialmente quanto àqueles que se encontram em formação, e por este motivo em situação de fragilidade.¹⁹⁸

Sobre essas relações, as responsabilidades e as conseqüências que dela decorrem, diz Patrícia Ramos:

A moderna visão da guarda e do poder familiar demonstra avanço na concepção dos institutos, que impõem mais deveres aos pais do que poderes em relação ao filho. Exige-se que os pais se façam presentes na vida dos filhos com responsabilidades, como oportunidade para o fortalecimento dos vínculos afetivos, e com compromisso pelo bem-estar e felicidade do filho e respeito à figura parental do outro genitor ainda que haja litígio entre os pais em si. O direito atual apresenta um avanço na proteção da figura da pessoa humana e no respeito à sua dignidade.¹⁹⁹

Sob este novo enfoque, valorizaram-se na família os vínculos de afetividade e solidariedade, de forma que, atos danosos cometidos por um em detrimento de outro nesse núcleo, passou-se a entender pela responsabilização, principalmente via dano moral.²⁰⁰

As responsabilidades dos pais, frente a estes vínculos no ordenamento jurídico tratam-se de imperativos, deveres expressos.²⁰¹ Portanto, especialmente no que trata do abandono afetivo, o campo desses deveres não pode ser restringido exclusivamente ao campo da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe conseqüências jurídicas que não podem ser desconsideradas”.²⁰²

No Estado social abriu-se a tendência de proteção dos vulneráveis, além de que hoje a responsabilização civil não tem caráter meramente reparatório, sua

¹⁹⁷ RAMOS, 2015.

¹⁹⁸ PEREIRA. In: MADALENO.BARBOSA, 2015. P 401.

¹⁹⁹ RAMOS, op.cit.

²⁰⁰ CARDIN, 2011. P. 69.

²⁰¹ PEREIRA. In: MADALENO.BARBOSA, 2015. p. 402.

²⁰² LOBO, 2017. P. 302.

finalidade não é apenas garantir o *status a quo*, mas induzir ao cumprimento dos deveres éticos legais buscando resultados positivos futuros.²⁰³

Os direitos no âmbito da família são em sua maioria irrenunciáveis, inclusive o direito a convivência o qual só pode ser convencionado o modo como se dará seu exercício.²⁰⁴

O direito a convivência sendo um dos encargos decorrentes do poder familiar, assim como tal, também é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, cessando somente com a maioridade ou emancipação dos filhos, ou a perda do poder familiar.²⁰⁵

A renúncia proposital de qualquer um dos pais à convivência com a prole, que é o meio principal de cumprimento dos poderes parentais, causa sérias repercussões, que merecem amparo jurídico através da imposição de sanções.²⁰⁶

Ainda que nos primeiros anos a importância da mãe na vida da criança mereça destaque, a partir do período de socialização ambos os genitores passam a ser indispensáveis para formação da noção de identidade sexual da criança, e para seu desenvolvimento moral. No sentimento íntimo desta criança, a sua identidade no meio social são seus pais, e é dessa relação que ela tira e sente segurança, o que favorece sua aprendizagem e seu relacionamento com os outros. Os pais mediam a relação filhos/sociedade, a ausência deles na vida da prole está diretamente ligada a comportamentos agressivos, antissociais e sentimentos de insegurança e frustração que se agravam na vida adulta.

Paulo Lobo diz que a ausência, ou o afastamento voluntário dos pais na vida dos filhos “causam lesão à integridade psíquica da pessoa que é um dos mais importantes direitos da personalidade.”, ainda que a assistência material tenha sido provida.²⁰⁷

O argumento de insuficiência da assistência material à prole como prova de adimplemento dos deveres parentais, se justifica no que expõe Ana e Rolf Madaleno, ao citar Gérard Poussin, psicólogo e professor de psicologia da França:

²⁰³ PEREIRA In: MADALENO.BARBOSA, 2015. p. 399.

²⁰⁴ RAMOS, 2015. p. 175.

²⁰⁵ MADALENO, Ana e Rolf, 2017. P 14.

²⁰⁶ PEREIRA. In: MADALENO.BARBOSA, op.cit. .

²⁰⁷ LOBO, 2017. p. 303.

A presença afetiva de ambos os genitores equilibra a relação com a prole, pois os pais possuem três funções básicas para com os filhos: “1. Assegurar a satisfação de suas necessidades físicas; 2. Satisfazer as necessidades afetivas; 3. Responder às necessidades de segurança psíquica oferecendo à criança um ‘tecido psíquico grupal’ no qual se enraizará o psiquismo da criança.”²⁰⁸

Rodrigo da Cunha Pereira, classifica juridicamente o abandono afetivo, como “lesão a um interesse jurídico tutelado, extrapatrimonial, causado por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício e das funções parentais.”, pois, da relação paterno-materno-filial gera-se compromissos e responsabilidades legais, portanto, já não mais obrigações de cunho moral, mas sim de cunho jurídico.²⁰⁹

O abandono material é o mais corriqueiro. Os alimentos na relação entre pais e filhos não tem cunho indenizatório, e servem apenas para assegurar as necessidades físicas. Podem os pais ainda causar danos aos filhos de outras formas como quando os abandonam afetiva/moral ou intelectualmente, ou ainda pela prática da alienação parental.²¹⁰

Ana Carpes Madaleno explica que a alienação parental é abuso de direito, e sustenta o que afirma, citando Cavalieri Filho que diz que “o fundamento principal do abuso de direito é impedir que o direito sirva como uma forma de opressão”.²¹¹ Afirma que quando um genitor no exercício do poder familiar, impede ou obstaculiza a convivência da prole com o outro, infringe o art. 227 da Constituição Federal no que diz respeito ao dever de garantia a saúde (colocando em risco sua saúde mental), e também eliminando a possibilidade da criança de conviver com o outro genitor, fere não só o citado artigo Constitucional, mas também o que dispõe o Código Civil sobre o direito/dever de visitas do genitor não guardião (art. 1589 do Código Civil de 2002).²¹²

A autora expõe de forma clara, o embasamento usado na jurisprudência majoritária em matéria de responsabilização do genitor alienante pela alienação parental, bem como o âmago da questão dos direitos que o legislador buscou proteger e tutelar a partir da lei de alienação parental, lei 12.318/10, conforme se

²⁰⁸ MADALENO, Ana e Rolf, 2017

²⁰⁹ PEREIRA. In: MADALENO.BARBOSA, 2015. p. 399.

²¹⁰ CARDIN, 2011.p. 238.

²¹¹ MADALENO. Ana Carolina Carpes. In: Indenização pela prática da alienação parental e imposição de falsas memórias in MADALENO. Rolf. BARBOSA. Eduardo. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Atlas, 2015.p. 29

²¹² Ibid. p.30

desprende da leitura do artigo 3²¹³, da referida lei, que deixa claro os direitos que se buscou preservar aos filhos, quando na condição de criança ou adolescente, quais foram: direito a convivência familiar, direito ao afeto (nota-se que aqui também entendido como dever, pois ligado aos deveres parentais) e finalmente, o artigo deixa claro que descumprindo os deveres parentais, os pais praticam abuso moral contra os filhos.

Parece aqui, haver base suficiente para se entender que no mesmo entendimento, pode-se chegar quando da análise do abandono afetivo. Pois, se o genitor alienante por sua conduta coloca em risco a saúde mental da prole, assim também faz o pai que abandona afetivamente seu filho, com a diferença de que o dano mental e moral são causados por sua omissão, portanto, nos dois casos infringe-se o art. 227 da Constituição Federal no que diz respeito ao dever de garantia a saúde.

A omissão por sua vez, se consuma quando o genitor interrompe ou corta o vínculo com a prole, e se renega a cumprir com o dever de visita e assistência, e assim também de prover base moral e afetiva aos filhos. Portanto, também como o genitor que aliena, o genitor que abandona priva o filho da convivência familiar plena.

O Caput do Art. 227 da CF de 88, diz ser dever da família, colocar a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, a criança e o adolescente. O pai ou mãe que abandona o filho afetivamente durante a infância ou adolescência, não apenas deixa de agir positivamente para que não haja nenhuma negligência aos filhos, mas por conduta própria o negligencia. Ademais na questão discriminatória, sabe-se muitos casos de pleito de indenização por abandono afetivo onde o (a) filho(a)/autor(a), alegam desprezo por parte do genitor por sua pessoa, enquanto este despendia cuidados e amor à outros filhos normalmente, havendo ai clara conduta discriminatória, e ofensa ao que categoricamente ordena o § 6 do referido artigo quanto à não distinção dos filhos.

A autora ainda comenta, da fragilidade do tema por englobar a formação da personalidade versus a destruição de vínculos familiares, defendendo a

²¹³ Art. 3. A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

responsabilidade civil como forma de repressão, quando não havendo efeitos em outras medidas processuais.²¹⁴

Por certo que assim como prevê a lei diversas medidas processuais cabíveis quando o genitor pratica a alienação, estas se mostram eficientes, pois, adequadas estão ao momento em que a conduta ainda se perpetua, além de que há interesse em não só manter a convivência com a prole por parte do genitor alienante, como o desejo de tomar o filho para si demonstrado na própria conduta.

O afastamento, a suspensão do poder familiar, do direito de visitas e cuidado com os filhos para esses pais constituem verdadeiro castigo, de forma que, se mostra medida coercitiva adequada para desestímulo a não reiteração dessas condutas danosas. Além disso, o legislador ainda previu o não prejuízo da reparação civil e sanções penais cabíveis em cada caso.

Ocorre que se no caso da alienação há de se tentar ao máximo a preservação do vínculo, pois mesmo que momentaneamente seja tóxico, ele é indispensável a formação da criança, devendo haver bom senso nas medidas tomadas buscando a preservação deste vínculo sob pena de prejudicar ainda mais a prole. Já no abandono afetivo este vínculo normalmente já foi rompido totalmente, ou ainda, nunca existiu, desta forma medidas como a perda do poder familiar são totalmente ineficazes, e até sem sentido, uma vez que, normalmente o pleito pela indenização vem dos próprios filhos quando já em gozo da maioridade civil. Destaca-se que não se discute aqui o sustento material já que, a assistência material é apenas um dos deveres parentais.

Para os casos de abandono afetivo então, mostra-se a responsabilização civil a mais adequada senão única medida possível a surtir algum efeito.

A finalidade da reparação civil por abandono afetivo tem caráter de “compensação por danos extrapatrimoniais em virtude dos deveres de assistência moral e afetiva e de criação para os quais não bastam os valores pecuniários despendidos com o sustento material.”²¹⁵, segundo o que entende Paulo Lobo. Valéria Cardin, diz que, a indenização, “não restitui ou assegura o afeto, mas por meio dela os danos podem ser minorados por tratamentos psicológicos”²¹⁶

²¹⁴ CARPES In: MADALENO.BARBOSA, 2015.p.30

²¹⁵ LOBO, 2017. P 303.

²¹⁶ CARDIN, 2011. P. 71.

Rodrigo da Cunha Pereira, defende o caráter compensatório da responsabilização civil no abandono afetivo, que surge quando o direito ofendido não pode mais ser restituído, além disso, ressalta o caráter preventivo e pedagógico que tem a reparação civil nesses casos.²¹⁷

Não se defende aqui a monetarização do afeto, mas a responsabilização pelos danos, que ocorre quando ele enquanto dever é negado, e as conseqüências que isso é capaz de causar a personalidade da prole. Pois se assim fosse o entendimento, ou seja, o não cabimento de reparação pecuniária em casos que envolvem bens imateriais e subjetivos, haveria então a necessidade de ser rediscutido o cabimento de dano moral no ordenamento jurídico brasileiro. Neste entendimento, segue Flávio Tartuce:

Quanto ao argumento de eventual monetarização do afeto, penso que a Constituição Federal encerrou definitivamente tal debate, ao reconhecer expressamente a reparação dos danos morais em seu art. 5º, incs. V e X. Aliás, se tal argumento for levado ao extremo, a reparação por danos extrapatrimoniais não seria cabível em casos como de morte de pessoa da família, por exemplo²¹⁸

Ademais, o caráter subjetivo que na jurisprudência alguns defendem ter o afeto nas relações entre pais e filhos, parece ser relativo, já que além de previstos deveres parentais em lei, estes quando descumpridos produzem diversas conseqüências não apenas no universo daquele núcleo familiar, produzem também conseqüências políticas e sociais, ficando o Estado legitimado para intervir não apenas como garantia de proteção aos filhos, mas à sociedade, se acentuando aqui a defesa do caráter pedagógico da reparação civil nesses casos.

Ao reforçar a diferenciação entre o afeto sentimento, e o afeto no sentido de cuidado e ação, Rodrigo da Cunha Pereira, afasta definitivamente o argumento do caráter subjetivo, que é defendido pela doutrina que não reconhece o dano moral pelo abandono afetivo. Diz ser o afeto uma ação, pois a lei impõe a conduta afetiva

²¹⁷ PEREIRA. In: MADALENO.BARBOSA 2015. p. 405.

²¹⁸ TARTUCE, Flávio. **Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira**. Migalhas, portal jurídico. 2017.

Disponívelem:

<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044Da+indenizacao+por+abandon+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>.

Acesso em março de 2018.

aos pais presente ou não este sentimento, e serve-se de Kant, e sua obra metafísica dos costumes como base:

O amor enquanto inclinação não pode ser ordenado, mas o bem-fazer por dever, mesmo que a isso não sejamos levados por nenhuma inclinação e até se oponha a ele uma aversão natural e invencível; é amor prático e não patológico, que reside na vontade e não na tendência da sensibilidade, em princípios de acção e não em compaixão lânguida. E só esse amor é que pode ser ordenado.²¹⁹

Prevê a Constituição Federal de 88 o direito ao livre planejamento familiar (art. 226, inc. 7), têm, portanto os pais a opção de conceber ou não filhos, mas se assim fazendo optam por conceber, devem estar cientes da responsabilidade que passarão a ter.²²⁰

Na sociedade atual deve haver uma consciência sobre a importância da ética nas relações familiares, e principalmente no exercício da paternidade e nas responsabilidades que são a ela inerentes por lei e por natureza.

Pais são a referência de vida dos filhos e precisam estar conscientes da importância disso, na construção do caráter e valores que eles levarão para a sociedade. O respeito à integridade física e psicológica dos filhos, o acompanhamento de seu desenvolvimento e a intervenção quando necessário para que isto ocorra da forma adequada, além da garantia da concretização de seus direitos fundamentais só são possíveis através do exercício da convivência.²²¹

Por tudo isso através das leis que tutelam a personalidade humana, a proteção integral da criança e o entendimento quanto ao abuso de direito, se torna plenamente possível a utilização da responsabilidade civil como medida legal para coibição de possíveis abusos dos pais, em detrimento da prole.²²²

Contudo não é suficiente a declaração de direitos, é necessário que eles sejam eficazes, deixando de povoar o campo do abstrato e se efetivando no plano concreto. Sobre a efetividade da tutela jurisdicional ensina Patrícia Ramos:

²¹⁹ KANT apud PEREIRA. MADALENO.BARBOSA, 2015. p. 404.

²²⁰ CARDIN, 2011. p.71.

²²¹ RAMOS, 2015. P. 179, 180.

²²² Ibid.

A Constituição Federal de 1988, ao prever, no art. 5, XXXV, a inafastabilidade do controle jurisdicional, não reconheceu apenas formalmente o direito à prolação de uma sentença judicial, mas substancialmente, o direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional. A tutela jurisdicional efetiva é não apenas uma garantia, mas, ela própria também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito a própria dignidade humana. Afinal, **a prestação jurisdicional, para ser efetiva, deve ser apta a se concretizar, ou seja, a alterar a realidade sensível, a alcançar os resultados práticos esperados.**²²³

A indenização decorrente do abandono afetivo, tem fundamento na conduta do pai ou mãe que culposamente por omissão quebra os deveres parentais de cuidado. Os bens jurídicos que se busca tutelar ao reconhecer essa responsabilização, são os mesmos que buscou proteger o legislador quando da criação da lei de alienação parental, ou seja, a saúde, a dignidade humana e a convivência familiar.

Portanto, entende-se que se estabelecido estiver o nexo entre o afastamento paterno/materno/filial e o desenvolvimento de danos de ordem física, moral e psicológica nos filhos, a indenização é devida e necessária para construção de uma sociedade mais justa e responsável.

A negativa da reparação de danos morais, quando ele é causado no ambiente da família, principalmente quando causado pelos pais que têm o dever de afeto e cuidado, serve de estímulo a reiteração ocasionando um processo de desintegração familiar. Nenhuma sentença ou lide judicial digna é capaz de causar mais dano e destruição a uma família que o dano quando causado pelos que fazem parte desse elo e deviam agir eticamente para protegê-lo. Desta forma o dano moral serve apenas como mecanismo de fortalecimento a dignidade e respeito humano àqueles que privados do convívio familiar jamais receberam cuidados e afeto.

²²³ RAMOS, 2015. p. 177 (grifo nosso)

6 CONCLUSÃO

A família em seu conceito, compreensão e extensão, é um dos institutos que mais sofreu alterações ao longo dos tempos. Inicialmente se tratava de um simples aglomeramento humano, onde não se conhecia os vínculos ou o parentesco.

Junto ao acúmulo de bens e a necessidade de protegê-los surge a família monogâmica e patriarcal. Este modelo de família foi herdado na maioria do direito ocidental pelo direito romano, o que se traduziu em um núcleo familiar de cunho patrimonial, patriarcal e de posse do pai sobre os filhos.

Do *pater familias* romano e seus direitos ilimitados de disposição sobre os filhos, até os moldes de família atual, muitas modificações ocorreram, essas mudanças decorreram de diversos fatores, como a industrialização e os movimentos pós guerra, com destaque ao movimento feminista, as leis que reconheceram os Direitos da Criança e do Adolescente e da difusão do reconhecimento dos direitos humanos Internacionais.

A família perdeu seu caráter puramente econômico, patriarcal e individualista, e passa a ser ambiente de valorização de seus membros e de promoção da valorização da pessoa humana, valorizou-se o afeto a solidariedade e a responsabilidade no ambiente familiar.

Junto à evolução familiar ocorre a valorização da criança e do adolescente na sociedade, e também tem os filhos sua importância na sociedade reconhecida.

A Constituição Federal de 1988 introduziu diversos e importantes princípios no ordenamento jurídico, que são priorizados no direito de família, que passou a se orientar por eles, princípios como da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da afetividade, da proteção integral e do melhor interesse da criança, são alguns deles.

Os filhos passam de subordinados aos interesses dos pais, para sujeitos prioritários na família, deixam os pais de ter o poder familiar como objeto de poder e passam a ter deveres com a sua prole.

As mudanças trazidas pelo poder familiar, asseguraram aos filhos direitos nunca antes tutelados, que buscam um desenvolvimento sadio e completo no seio familiar. O poder familiar passa a ser mecanismo de proteção aos interesses dos filhos, e os pais como detentores deste poder, passam, a ter responsabilidades não apenas materiais, mas morais e afetivas.

A família hoje se encontra totalmente reestruturada, e sua base estrutural está na dignidade da pessoa humana, na afetividade, na igualdade e na solidariedade. Hoje os filhos são sujeitos de direito, de modo que, não há hierarquia na relação paterno-filial, e o poder-dever familiar delegado aos pais há muito perdeu seu aspecto arbitrário, tal qual ocorria com a *pátria potestas* romana, para dar lugar a função protecionista da pessoa dos filhos, por serem eles vulneráveis e dependentes quando na infância e adolescência.

Junto a esses novos e inéditos entendimentos, surgem novos paradigmas que nunca antes foram deslumbrados.

Não mais se admite a possibilidade de os pais disporem da pessoa dos filhos a seu bel prazer e conveniência, de modo que, relações abusivas e/ou negligentes não são mais toleradas.

No ordenamento jurídico a ideia de “filho objeto”, não apenas é extinta, como passa-se a punir o pai ou mãe que através de sua conduta o usa como tal, desconsiderando os aspectos de sua dignidade humana.

Surgem novos fenômenos jurídicos, como a alienação parental e o abandono afetivo, o primeiro já previsto e tutelado por lei própria e o segundo ainda motivo de intensa controvérsia.

Não se discute mais a aceitabilidade da responsabilidade civil decorrente da nefasta prática da alienação parental, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, apenas adequando-se esta responsabilização nos moldes do caso concreto.

Notou-se que, atualmente a responsabilização decorrente do abandono afetivo do (a) genitor (a) é bem aceita entre a doutrina, no entanto encontra um campo bastante infértil na jurisprudência que em sua maioria é contrária ao dano moral decorrente do abandono afetivo.

Pela análise jurisprudencial, houve uma percepção, no sentido de que o dano moral por abandono afetivo paterno-materno-filial tem comumente uma recepção mais positiva nos juízos singulares, enquanto que, em contrapartida, encontra maior resistência de aceitação nas instâncias superiores, ocorrendo em muitos casos à reforma da sentença em desfavor dos filhos.

Demonstrou-se também que, em harmonia com o entendimento doutrinário, e em consonância a uma interpretação lógico-sistemática é possível entender o afeto como dever jurídico, que na relação entre pai e filho não se trata do amor condição subjetiva, mas do cuidado e responsabilidade, ação concreta e factível.

Além do afeto, são vários outros deveres jurídicos que estão na incumbência dos pais em relação à prole, se destacando a convivência familiar como mecanismo indispensável para que esses deveres sejam concretizados no plano real.

Ao longo do último capítulo almejou-se demonstrar, que, ainda que sejam institutos distintos, há muitas coincidências entre a alienação parental e o abandono afetivo, principalmente em relação aos bens jurídicos que visam preservar e nos princípios e dispositivos legais que podem ser invocados para sustentar sua aplicação.

Hoje a responsabilidade civil por alienação parental, se sustenta no abuso de direito do genitor, que no exercício do poder familiar impede o direito de convivência familiar garantido a prole, isto somado a campanha de desqualificação do outro genitor causa danos à saúde mental e moral dos filhos.

Do mesmo ângulo, no abandono afetivo, a omissão do pai/mãe pela pessoa e vida do filho, além de abuso de direito ao exercício do poder/dever familiar pelo descumprimento dos deveres parentais, constitui também um abuso de direito ao livre exercício do planejamento familiar, que está condicionado à paternidade responsável e à dignidade da pessoa humana. Ademais assim como o genitor alienante, o genitor omissivo também impede a prole do exercício do direito a convivência familiar, e como resultado de todo esse conjunto de omissões resulta aos filhos danos a sua saúde psicológica e moral.

Não deve o Judiciário e a sociedade, a despeito das normas legais, ainda se mostrarem coniventes com atitudes como o abandono e a alienação.

Com a evolução do direito, da psicologia, da medicina e da sociedade não se pode mais desprezar os danos que a objetificação dos filhos, que ora são usados como instrumento de vingança, ora são simplesmente deixados de lado largados ao campo do esquecimento, causam não só a aquele indivíduo ou ao núcleo familiar que ele compõe, mas a sociedade como um todo que terá de “receptionar” indivíduos com deficiências psicológicas e morais decorrentes do não cumprimento, ou ainda, do abuso no cumprimento, dos deveres parentais.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12ª edição. Atlas, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso **Especial: 567164 MG**, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma. Partes: Alexandre Batista Fortes, Rodrigo da Cunha Pereira e Outros (a/s), Vicente De Paulo Ferro De Oliveira Fortes, João Bôsko Kumaira e Outro(a/s). Julgado em: 11.09.2009.

Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5399140/embdeclno-recurso-extraordinario-re-567164-mg> Acessado em março de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Precedentes da 4ª Turma. **Recurso Especial 1579021 2016/0011196-8**. Relatora: Ministra Maria Isabel Galotti. Julgado em: 29/11/2017. (GRIFO NOSSO).

Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526809377/recurso-especial-resp-1579021-rs-2016-0011196-8/inteiro-teor-526809384>

Acesso em março de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1159242 / SP**. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santo, Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. RELATORA: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 24-04-2012.

Disponível

em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012

Acesso em março de 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Distrito Federal, 1988.

_____. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil de 2002.

_____. **Lei n. 12.318**. Institui a Alienação Parental.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848**. Institui o Código Penal.

_____. **Lei n. 8.245**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, 18 de outubro de 1991.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013**. Relatoria: Senadora Lídice da Mata. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências.

_____. **Projeto de Lei Senado Federal PL 3212/2015**. Relatoria: Marcelo Crivella. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação parental: uma interface do direito e da psicologia**. Ed. Juruá. Curitiba, 2012.

CARDIN, Valéria Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**, 1ª edição. Saraiva, 2011. p. 69.

CASTRO, Roque Yader de. CHECHIA, Valeria Aparecida. **Síndrome de alienação parental: Conseqüências psicológicas na criança**. UNIFAFIBE. São Paulo. 2015.

Disponível em:

<http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/36/30102015191548.pdf>.

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

_____. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12 ed. Revista dos Tribunais. 2017.

_____. Maria Berenice (coord.). Apresentação. In: **Incesto e alienação parental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 16.ed. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 2002.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Alienação parental**. 2ª ed. Saraiva, 2013.

FREITAS, Phillips. **Alienação Parental: Comentários à Lei 12.318/2010**. 4ª ed. Forense, 2015.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Correia. **Síndrome de alienação parental**. Revista Brasileira de Direito de Família, ano VIII, n. 40, fev.-mar. 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de Família**. v. 6, 14^o ed. Editora Saraiva, 2017.

GUGLINSKI, Vitor. **Prazo prescricional nas ações de reparação civil por abandono afetivo**. 2015.

Disponível em:

<https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/152734911/prazo-prescricional-nas-acoes-de-reparacao-civil-por-abandono-afetivo>.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2013.

LEVY, Fernanda Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. v. 5, 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOBO, Paulo. **Direito civil – Famílias**. 7^a ed. Saraiva, 2017.

MACHADO, Martha de Toledo. 2003 apud PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3 ed. Saraiva Educação, 2016.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7^a ed. Forense, 2016.

_____. Ana Carpes, MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental**. 4^a ed. Forense, 2017.

_____. Rolf, Barbosa, Eduardo (Coord.) **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Atlas, 2015.

_____. Ana Carolina Carpes: Indenização pela prática da alienação parental e imposição de falsas memórias In: MADALENO. Rolf. BARBOSA. Eduardo.

Responsabilidade Civil no Direito de Família. Atlas, 2015.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. Atlas, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Direito de Família**. - Vol. 5 7^a ed. Forense, 2015.

NUNES, Luiz Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: Doutrina e Jurisprudência- 3ª Ed. Saraiva, 2010, p.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 11ª Câmara Cível. **Apelação Cível 1430794-5**. Relator: Gil Francisco de Paula Xavier Fernandes Guerra. 05.04.2017.

Disponível em:

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>

Acesso em março de 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. 12ª Câmara Cível. **Apelação Cível, 986880-4**. Rel: Joeci Machado Camargo. Julgado em: 02.10.2013.

Disponível em:

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11557612/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-986880-4>

Acesso em março de 2018.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3ª ed. Saraiva Educação, 2016.

_____. Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil Pelo Abandono Afetivo. In: MADALENO, Rolf, Barbosa, Eduardo (Coord.) **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Atlas, 2015.

RAMOS, Patricia Pimentel de Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada**: novos paradigmas do direito de família. 2.ed. Saraiva, 2015.

REALE, 2012 apud PEIXINHO, Manoel Messias. **A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais**. 4ª ed. Atlas, 2015.

Revista Consultor Jurídico. **Método que humaniza depoimento de criança na Justiça vira lei federal**. 14 de maio de 2017.

Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2017-mai-14/metodo-humaniza-depoimento-crianca-justica-vira-lei>.

Acesso em: 22 de janeiro de 2018.

ROCHA, Jose Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**. Rio de Janeiro. Tupã, 1960.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. **Apelação Cível Nº 70063562151**. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 18/06/2015.

Disponível em:

<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219936940/apelacao-civel-ac-70065408205-rs/inteiro-teor-219936950>

Acesso em março de 2018.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Direito de Família**. Coleção Direito Civil. Vol.6. 28.ed.São Paulo: Saraiva 2004.

_____. Silvio. **Direito Civil - Responsabilidade Civil – Vol. 4 - 20ª Ed.** Coleção Direito Civil. Saraiva, 2003.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo. Revista dos tribunais, 1994.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade Civil: origem e pressupostos gerais**. Âmbito Jurídico,.Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012.

Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental: o que é isso?**.2 ed. revista e atualizada. Campinas, 2011. Editora Autores Associados Ltda.

TARTUCE, Flávio. **Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira**. Migalhas, portal jurídico. 2017.

Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>.

TEIXEIRA, Gabriela Cruz Amato. **A Responsabilidade Civil pelo descumprimento do dever de cuidado parental**: Uma análise a partir das perspectivas do abandono afetivo e da alienação parental. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto. PORTUGAL, 2016. v. 8.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **FAMÍLIA GUARDA E AUTORIDADE PARENTAL**. Rio de Janeiro. Renovar, 2005.

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

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil: Família**, 17ª ed. Atlas, 2016.p.1.

_____. Sílvio Salvo. **Direito Civil** - Vol. 2 - Obrigações e Responsabilidade Civil. 17ª ed. Atlas, 2016.

VIEIRA, Larissa A. Tavares. BOTTA, Ricardo Alexandre Eneas. **O Efeito Devastador da Alienação Parental: e suas Seqüelas Psicológicas sobre o Infante e Genitor Alienado**. 2013.

Disponível em:

<https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/o-efeito-devastador-da-alienacao-parental-e-suas-sequelas-psicologicas-sobre-o-infante-e-genitor-alienado>.

WEISHAUPT, Gisele Carla. SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **CONSEQUÊNCIAS DO ABANDONO AFETIVO PATERNO E A (IN) EFETIVIDADE DA INDENIZAÇÃO**.

PERSPECTIVA, Erechim. v. 38, n.142, p. 17-28, junho/2014.

Disponível em:

http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/142_415.pdf.