Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

ISABELA CRISTINE MOREIRA

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E A MEDIAÇÃO COMO MEIOS DE RESPOSTA AO DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO

Brasília

2016

ISABELA CRISTINE MOREIRA

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E A MEDIAÇÃO COMO MEIOS DE RESPOSTA AO DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Eleonora Saraiva

Brasília

2016

ISABELA CRISTINE MOREIRA

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E A MEDIAÇÃO COMO MEIOS DE RESPOSTA AO DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Prof. Eleonora Saraiva

Brasília, ____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

_____

Professora Dra. Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva

(Orientadora)

_____

Professora Dra. Dulce Donaire de Mello e Oliveira

_____

Professor Dr. Luciano de Medeiros Alves

À minha amada mãe, por sempre ter guiado meus passos, oferecendo toda força de que eu pudesse precisar. Ao meu pai, por ter tornado possíveis todas as minhas conquistas. À minha família, por sempre estar ao meu lado. Aos meus amigos, por terem estendido as mãos tantas vezes, mesmo sem pedir nada em troca.

RESUMO

Em um primeiro momento, busca a presente monografia discorrer sobre a possibilidade de responsabilização civil pelos danos morais decorrentes de abandono afetivo dos filhos. Primeiramente, serão expostos os princípios constitucionais, principalmente aqueles que inovaram a legislação brasileira com o advento da Constituição Federal (CF) de 1988. Analisados os princípios constitucionais, serão analisados os princípios que não foram expressamente citados da constituição, mas que regem o vínculo de filiação. Desenvolvendo um raciocínio lógico, passará o trabalho a discorrer sobre as obrigações envolvidas pela filiação, explicando-se o motivo de ter se firmado a expressão “poder familiar” para definir as obrigações decorrentes da filiação. Relatado o descumprimento dos deveres citados, será feita análise de todas as consequências jurídicas decorrentes desse fato. Em tópico específico, buscam-se os requisitos da responsabilidade civil aplicados ao objeto de estudo da monografia, qual seja, o abandono afetivo. Ainda neste âmbito, será analisada a possibilidade de inexistência de ato ilícito em casos de impedimento do cumprimento das obrigações de filiação. Por fim, importa ao trabalho o conhecimento sobre a aplicação do procedimento de mediação em conflitos familiares, com foco especial nos casos de abandono afetivo. Serão analisadas as características genéricas e específicas da mediação, buscando entender o motivo deste procedimento ser amplamente indicado para os conflitos surgidos no âmbito familiar.

Palavras-chave: Poder familiar. Abandono afetivo. Mediação como método alternativo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 6

1 DA PRINCIPIOLOGIA E DOS DIREITOS E DEVERES DECORRENTES DA FILIAÇÃO 9

1.1 DA PRINCIPIOLOGIA 10

1.1.1 *Da dignidade da pessoa humana* 11

1.1.2 *Da solidariedade familiar* 12

1.1.3 *Da proteção integral ao menor* 14

1.1.4 *Da afetividade e convivência familiar* 16

1.2 DA FILIAÇÃO 19

1.2.1 *Da parentalidade socioafetiva* 21

1.2.2 *Do poder familiar* 23

1.2.3 *Do exercício do poder familiar* 26

2 DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS PARA OMISSÃO DE CUIDADO 28

2.1 DA PERDA E SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR 28

2.2 DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO 32

2.3 DA POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE 40

3 DO PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO COMO RESPOSTA À RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO 43

3.1 DAS CARACTERÍSTICAS GENÉRICAS DA MEDIAÇÃO 44

3.2 DA MEDIAÇÃO COMO FASE OBRIGATÓRIA DOS PROCESSOS 46

3.3 DA MEDIAÇÃO COMO RESPOSTA AOS CONFLITOS FAMILIARES 48

3.4 DA ATUAÇÃO DA MEDIAÇÃO COMO RESPOSTA À RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO 49

CONCLUSÃO 52

REFERÊNCIAS 55

INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá abordar a possibilidade de responsabilização dos pais por terem causado aos filhos danos morais por abandono afetivo, bem como estudará o procedimento da mediação quando aplicado como meio de resposta a estes conflitos.

Trata-se de pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial realizada no intuito de se realizar um estudo completo dos temas aqui tratados. Foram buscadas as informações aqui explanadas tanto em materiais publicados em livros, revistas e periódicos, quanto em material digital. Adotou-se o sistema supracitado para que fosse viabilizado o entendimento do assunto mediante fundamentação teórica e jurídica, bem como sua eventual aplicação a casos concretos. Foram adotadas bibliografias de autores de excelência notoriamente reconhecida pela comunidade jurídica brasileira, e até internacional, buscando sempre a atenção à realidade, à evolução dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, e a fixação do entendimento na atualidade.

Buscam-se conceitos relevantes socialmente, principalmente no que tange às obrigações inerentes ao vínculo de filiação. Neste âmbito, também relevante a possibilidade de serem os conflitos familiares resolvidos pela mediação, vez que este método tem bastante êxito quando da pacificação e satisfação social.

Utilizou-se do método dedutivo, por meio do qual são firmadas determinadas hipóteses, através das quais serão extraídos resultados jurídicos e também possibilitado o estudo da realidade por meio do conteúdo estudado aplicado ao caso concreto.

O tema abordado vem tomando cada vez mais importância atualmente. Primeiramente, no que se refere à responsabilidade civil por descumprimento de obrigações decorrentes do poder familiar, vê-se que a família passou, nos últimos tempos, por grandes mudanças. Cuidar não é mais dever exclusivo da mãe. Prover não é mais dever exclusivo do pai. Criado sistema de proteção com foco nas necessidades dos menores, cabe saber em quais aspectos essa nova realidade afetará as relações paterno-filiais, com foco nas sanções aplicáveis em caso de transgressão. Ainda, é relevante a análise da resolução dos conflitos familiares pela mediação, situação, inclusive, determinada expressamente pelo Novo Código de

Processo Civil (CPC), atendendo-se às novas tendências de resolução consensual dos conflitos, pois mais rápidos e mais capazes de alcançar a pacificação social.

No primeiro capítulo, serão tratados os princípios constitucionais advindos da Constituição Federal de 1988, que revolucionou, em vários aspectos, os vínculos de filiação e as obrigações a ele inerentes. Posteriormente, serão analisados os princípios não previstos expressamente na Constituição, mas que podem ser extraídos da legislação infraconstitucional, também imprescindíveis para o entendimento do novo sistema de proteção integral ao menor. Posteriormente, passa o capítulo a explanar sobre o conceito de filiação e todas as incidências legais a esse propósito. Ainda no primeiro capítulo, serão expostas questões quanto o reconhecimento de filiação em situações onde não há vínculo biológico, baseando-se a hipótese nos princípios da dignidade da pessoa humana. Por fim, são resolvidos questionamentos sobre o poder familiar, comumente denominado de “autoridade parental”. Perceberá que, apesar de deferidas uma série de prerrogativas aos pais, estas não servem de fundamento para eventuais abusos de direito, não sendo este direito, por óbvio, ilimitado. Neste aspecto são descritas as características do exercício do poder familiar.

No segundo capítulo serão analisadas as consequências jurídicas decorrentes da transgressão dos direitos dos menores. Se verá que o Código Civil (CC) prevê, expressamente, a perda ou suspensão do poder familiar nestes casos. Porém, mediante análise dos pressupostos da responsabilização civil, será estudada a possibilidade da condenação dos pais ao pagamento de indenização compensatória dos danos morais por abandono afetivo. No intuito de delinear bem em quais situações se admite a responsabilização, passará o terceiro tópico do capítulo a analisar situações que, eventualmente, dependendo das situações do caso concreto, poderiam interferir na consequência jurídica imposta, pela não incidência de ato ilícito.

Por fim, o terceiro capítulo presta a análise da mediação quando colocada como procedimento de resolução dos conflitos decorrentes do abandono afetivo. Serão, em um primeiro momento, vistas as características gerais que regem o procedimento, para depois adentrar nas questões específicas de resolução dos conflitos familiares. Analisada a possibilidade de aproximação das partes por meio

do diálogo, será estudada a eficácia deste procedimento na resolução dos conflitos paterno-filiais.

1 DA PRINCIPIOLOGIA E DOS DIREITOS E DEVERES DECORRENTES DA FILIAÇÃO

Refletindo as mudanças sociais sofridas pela passagem de diversos períodos históricos, passou o conceito de família por várias evoluções ao longo do tempo. Tradicionalmente, eram consideradas juridicamente relevantes apenas as relações familiares quando possuíssem efeitos patrimoniais, alimentares ou sucessórios, garantindo sempre o exercício da autoridade do chefe de família para determinar sua disposição (PEREIRA, 2016).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, porém, a família passou a ser, necessariamente, um dos meios de satisfação dos direitos individuais, garantindo não apenas a sobrevivência de seus integrantes, mas assegurando “o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias – estatais ou particulares – na realização dessa finalidade” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016b, p. 71).

> “De qualquer sorte, fato é que os novos valores que hoje compõem os direitos fundamentais dos cidadãos em relações familiares são traduzidos em princípios jurídicos, previstos tanto em sede de legislação ordinária quanto e, sobretudo, em sede constitucional” (PEREIRA, 2016, p. 60).

Desta forma, percebe-se que o direito de família tomou a forma atual pela aplicação dos princípios, que “são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro do contexto jurídico e real existentes” (FARIAS, 2015, p. 36).

De certo, é possível a percepção da evolução enfrentada pelo entendimento jurídico da família pelo estudo dos princípios constitucionais que hoje a norteiam, sobretudo os princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade familiar, que serão explanados neste capítulo.

O que ocorreu, em suma, foi uma adaptação da lei com a realidade brasileira e com os valores culturais, “conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole [...] e aos elevados interesses da sociedade” (GONÇALVES, 2016, p. 21-22).

Ainda neste aspecto, é importante elucidar que uma das esferas de relação familiar que mais sofreu alteração com o tempo foi justamente a da filiação.

Partindo-se de total autoridade parental sobre a prole, foi paulatinamente se rompendo o sistema autoritário para dar lugar ao total reconhecimento de direito dos filhos.

Rompendo com sistemas anteriores, também é possível, atualmente, a consideração da filiação mesmo em casos onde não há vínculo sanguíneo, prevalecendo, em todo caso, as situações em que foram criados vínculos afetivos.

De toda forma, importa seja buscada a delimitação de quando ocorre a configuração da parentalidade e filiação, para que se possa determinar a incidência de todos os direitos e deveres inerentes a esse tipo de relação, estudo também realizado no presente capítulo.

1.1 DA PRINCIPIOLOGIA

A partir da vigência dos princípios de proteção à família, promulgados pela Constituição Federal de 1988, deixaram o ordenamento jurídico quaisquer dispositivos da legislação civil que preservem relação de privilégio, autoritarismo ou discriminação no âmbito familiar (MADALENO, 2015).

> “Vive a família de hoje um processo de emancipação de seus componentes, todos disputando espaços próprios de crescimento e de realização de suas personalidades, convertendo-se para o futuro em pessoas socialmente úteis, em qualquer idade, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar, e ninguém mais pode ser alijado por diferença de sexo, raça ou idade da convivência social” (MADALENO, 2009, p. 17).

Além dos princípios que são específicos ao direito de família, ainda existem princípios gerais do direito que incidem nesse tipo de relação, os quais são imprescindíveis a compreensão do sistema como um todo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016a).

Assim, importa saber para o estudo dos deveres decorrentes da filiação, o princípio geral da dignidade da pessoa humana, além dos que tratam especificamente da matéria, quais sejam, a solidariedade familiar, a plena proteção à criança e ao adolescente, afetividade e convivência familiar (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016a).

Cabe lembrar, ainda, que os princípios constitucionais ora estudados não são independentes. Pelo contrário. Por vezes, seus conteúdos se conectam ou até se

confundem, de modo que, em conjunto, formam um vasto sistema de proteção aos membros do núcleo familiar, com destaque aos menores, que gozam de plena e expressamente reconhecida proteção.

1.1.1 *Da dignidade da pessoa humana*

Em contraste com o Código Civil de 1916, que desenvolveu o direito de família através da patrimonialização e matromonialização, o novo texto civil firma as relações familiares precipuamente no desenvolvimento da pessoa humana, seguindo a nova diretriz constitucional (MADALENO, 2015).

Com efeito, extrai-se expressamente do texto da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade de pessoa humana, que exerce função de destaque entre os fundamentos da República Federativa do Brasil (LENZA, 2015).

Tal princípio reforça a ideia de que a pessoa não é reflexo da ordem jurídica, sendo, ao contrário, o motivo da constituição da norma (LENZA, 2015). É princípio basilar, abrangente a todas as necessidades humanas, garantindo, ao mínimo, a manutenção da essência dos direitos fundamentais.

> “A noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade” (PEREIRA, 2016, p. 78).

É a proteção à vida plena, de modo que sejam impedidas a intervenção prejudicial do Estado ou de particulares (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016a). Em suma, buscam-se, com esse princípio, as condições existenciais mínimas para o desenvolvimento humano.

Inquestionavelmente, a família também é meio de excelência para a realização da existência digna (LÔBO, 2015). “A família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa” (MADALENO, 2009, p. 20). Assim, sob a égide da Constituição Federal, está a família “funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram” (LÔBO, 2016, p. 56).

A propósito, o direito de família é o ramo do direito privado mais influenciado pela dignidade da pessoa humana (TARTUCE, 2016a), vez que no seio familiar são

desenvolvidas a maior parte das relações pessoais construídas durante a vida das pessoas.

Importante frisar que toda esta proteção se estende também aos menores, talvez até com maior ênfase, de modo que sejam garantidos e preservados todos os seus direitos.

“O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente” (GONÇALVES, 2016, p. 23).

Tamanha é a importância deste princípio constitucional para realização dos direitos dos menores, com íntima relação com o sistema de proteção integral, que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) se prestou a mencioná-lo expressamente, em seu artigo 15, como forma de reconhecer sua plena capacidade de direito:

> “Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis (BRASIL, 1990).”

Ainda, é com base na dignidade da pessoa humana que se justifica a reparabilidade dos danos morais por violação de direito fundamental dos indivíduos, mesmo que estes decorram de ações e omissões ocorridas no âmbito familiar.

Por todo o exposto, conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é de grande relevância em todas as relações humanas, sobretudo aquelas derivadas da convivência familiar, fazendo preponderar “o respeito à personalização do homem e de sua família” (MADALENO, 2009, p. 20), obstruindo qualquer violação ao direito das pessoas que poderia ser causada pelo Estado ou por outros indivíduos.

1.1.2 *Da solidariedade familiar*

A forma geral da “solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo artigo 3ª, I, da CF/1988, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária” (TARTUCE, 2016a, p. 13).

É o princípio da solidariedade familiar corolário da dignidade da pessoa humana, e consolida a imposição dos familiares em amparar seus parentes, em uma forma especial da responsabilidade social (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016a).

Indubitavelmente, o princípio segue a tendência de, cada vez mais, atribuir obrigações à sociedade ou aos seus membros individualizados, para que seja alcançada a plenitude da realização de direitos, não restando a obrigação apenas ao poder público, separando-se de vez do predomínio de interesses individuais (LÔBO, 2015).

Encontra-se o dever e direito à solidariedade em diversos dispositivos da lei civil e da Constituição Federal. O princípio faz parte do objetivo de desenvolvimento e pleno alcance dos direitos fundamentais dos membros de um núcleo familiar, concretizando, desta forma, a dignidade humana. Como bem informa Rolf Madaleno:

> “A solidariedade é princípio oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário” (MADALENO, 2009, p. 63).

Assim, depreende-se que nasce deste princípio o dever de mútua assistência, como aquela prevista no artigo 1.511, inciso III, do Código Civil, que impõe tal obrigação aos cônjuges.

Um dos mais importantes deveres de solidariedade constantes da lei brasileira, consolidado pela Constituição Federal, é a obrigação de mútua assistência entre pais e filhos, que pode ser extraído do texto de seu artigo 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” (BRASIL, 1988).

Tal solidariedade é fundamento para o pagamento de alimentos, na forma prevista no artigo 1.694 do Código Civil (TARTUCE, 2016a):

“Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação” (BRASIL, 2002).

Ainda, insta salientar que a solidariedade não gera apenas obrigações patrimoniais, mas também de apoio afetivo e psicológico entre os membros da

família (TARTUCE, 2016a). Maior importância ainda se falar em apoio também imaterial aos menores, vez que passam pela fase de formação de sua personalidade.

No entendimento de Rolf Madaleno “seria impensável pudessem os cidadãos em formação ser relegados ao abandono e jogados à própria sorte, não permeasse como direito fundamental o princípio da solidariedade” (MADALENO, 2009, p. 64).

Neste aspecto, “desenvolve-se no âmbito do direito de família estudos relativos ao “cuidado como valor jurídico”” (LÔBO, 2015, p. 58). Indubitavelmente, por todo o estudado, o cuidado é um dever imposto à família e, sobretudo, aos pais, para que tornem possível a efetivação de todos os direitos fundamentais de seus filhos.

Importantíssimo é o princípio da solidariedade, conforme exposto, sendo imprescindível seu estudo para entender o cuidado como obrigação familiar e, consequentemente, o descumprimento desta obrigação, como em casos de abandono afetivo.

1.1.3 *Da proteção integral ao menor*

O sistema de proteção integral, formalizado pela Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê uma série de direitos fundamentais às crianças e aos adolescentes, os reconhecendo como sujeitos de direito (AMIN, et al., 2015).

Não são as leis formadoras do sistema incompatíveis entre si, mas cada uma complementa a outra, de forma que possa ser plenamente alcançada a proteção às crianças e aos adolescentes, premissa de criação de tal sistema.

“A doutrina da proteção integral encontra-se insculpida no art. 227 da Carta Constitucional de 1988, em uma perfeita integração com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana” (AMIN, et al., 2015 p. 53).

Inconteste, nesse sentido, a titularidade de direitos fundamentais pelos menores, criado sistema em que os pais têm função imprescindível para a realização desses direitos. Entre eles, destaca-se o direito à convivência familiar, conforme se extrai do citado artigo 227 da Constituição Federal (PEREIRA, 2015):

> “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” (BRASIL, 1988).

Assim, foi estendida a proteção do princípio da Dignidade da Pessoa Humana aos menores, modificando a perspectiva de estudo de uma série de direitos e deveres. Definia-se, em sistema civil anterior, a subordinação dos filhos ao pai, entendimento herdado do Direito Romano. Hodiernamente, verifica-se “desenvolvimento da estrutura que suplanta a anterior concepção como subordinação dos filhos ao pai; ao contrário, desenvolve-se o domínio da fixação jurídica dos interesses dos filhos” (PEREIRA, 2015, p. 501).

> “A referida estrutura consagra, definitivamente, a “doutrina jurídica da proteção integral”, ao indicar que os interesses dos pais não se impõem aos dos filhos, reconhecendo-se a condição de sujeitos de direito que a lei lhes atribui. Estamos diante de uma nova estrutura familiar, marcada essencialmente pelas responsabilidades dos pais pelos filhos, pessoas em condições peculiares de desenvolvimento” (PEREIRA, 2016, p. 509).

De certo, “os filhos menores – crianças e adolescentes -gozam, no seio da família, por determinação constitucional, de plena proteção e prioridade absoluta em seu tratamento” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016a, p. 102).

> “Em respeito à própria função social da família, aqueles que integram o núcleo familiar, sobretudo pais e mães, devem propiciar o acesso aos adequados meios de promoção moral, material e espiritual das crianças e dos adolescentes viventes em seu meio” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 102).

Complementando as previsões constitucionais, “as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente tencionam à proteção de direitos fundamentais da criança e do adolescente, adotando-se a doutrina da proteção integral” (ISHIDA, 2014, p. 23), conforme pode se extrair do artigo 3º do ECA:

> “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” (BRASIL, 1990).

Não deixando restar dúvida sobre o tema, elencou o Estatuto uma série de Direitos Fundamentais da criança e do adolescente, criando também mecanismos para garantir sua efetivação (ISHIDA, 2014).

Dá-se, no presente trabalho, ênfase ao direito à convivência familiar como Direito Fundamental dos menores, na forma destacada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu Título II, Capítulo II, de forma a não deixar dúvidas quanto a obrigação dos pais em proporcionar a realização dos direitos dos filhos, e a possibilidade de existir conduta culposa em seu não cumprimento, podendo, deste comportamento, ser gerado dano indenizável.

> "Inconcebível admitir pudesse qualquer decisão envolvendo os interesses de crianças e adolescentes fazer tábua rasa do princípio dos seus melhores interesses, reputando-se inconstitucional a aplicação circunstancial de qualquer norma ou decisão judicial que desrespeite os interesses prevalentes da criança e do adolescente recepcionados pela Constituição Federal" (MADALENO, 2009, p. 67).

Percebe-se, com tudo, que a Constituição Federal de 1988, afastando a situação irregular vigente até sua promulgação (AMIN, et al., 2015), promoveu o reconhecimento de titularidade de direitos fundamentais pelos menores, firmando o importantíssimo sistema da proteção integral, essencial ao estudo dos direitos da filiação.

1.1.4 *Da afetividade e convivência familiar*

Afeto e amor são dois conceitos que não se confundem, embora possam se relacionar (TARTUCE, 2012). Amor é o sentimento. Afeto é a interação ou a ligação formada entre os membros daquela família, de modo que possam alcançar a realização de suas necessidades e vontades.

"A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto" (MADALENO, 2009, p. 65).

> "O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade" (TARTUCE, 2016b, p. 1193).

O princípio da afetividade, nestes termos, pode ser traduzido pelo apoio psicológico e moral entre os membros de uma família, com destaque nas relações paterno-filiais, em especial quando figura como parte criança ou adolescente em plena formação de sua personalidade.

“O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelos sentimentos e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana” (MADALENO, 2009, p. 65).

Importante frisar que o afeto não nasce, necessariamente, da relação consanguínea. Outrossim, o conceito de família se tornou mais abrangente, passando abrigar em seu contexto todos os casos em que formado o liame socioafetivo entre seus membros (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016a).

Pela aplicação deste princípio, foram reconhecidos todos os diferentes arranjos familiares não tradicionalmente reconhecidos, como a união homoafetiva e as relações filiais não biológicas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016a). Enumerando diversas situações em que se sobrepõe a afetividade ao que era habitualmente reconhecido, determina Rolf Madaleno:

> “Maior prova da importância do afeto nas relações humanas está na igualdade da filiação (art. 1.596, CC), na maternidade e paternidade socioafetivas e nos vínculos de adoção, como consagra esse valor supremo ao admitir outra origem de filiação distinta da consanguínea (art. 1.593), ou ainda através da inseminação artificial heteróloga (art. 1.597, V, CC); na comunhão plena de vida, só é viável enquanto presente o afeto, ao lado da solidariedade, valores fundantes cuja soma consolida a unidade familiar, base da sociedade a merecer prioritária proteção constitucional” (MADALENO, 2009, p. 65).

Para garantir sejam formados vínculos afetivos, a Constituição Federal, amparada por toda legislação civil, determinou a convivência familiar como princípio e direito fundamental dos menores.

Parte do sistema da proteção integral aos menores, a convivência familiar é prevista no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 como dever da família, da sociedade e do Estado. Corroborando, estabelece o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral” (BRASIL, 1990).

Desta forma, o direito à convivência familiar “pode ser conceituado atualmente como o direito fundamental da criança e adolescente a viver junto com sua família natural ou subsidiariamente à sua família extensa” (ISHIDA, 2014, p. 43).

Preocupou-se o Código Civil em estabelecer, também, formas de efetivação da convivência familiar. Extraindo qualquer vestígio da lei anterior que sopesava a separação judicial ou o divórcio com suposta culpa de um ou outro cônjuge para determinar a guarda dos menores, passou a se estabelecer, a partir da Lei 11.698/08 que a guarda será exercida, preferencialmente, por ambos os pais. Define Flávio Tartuce como conceito de guarda compartilhada:

> “Hipótese em que pai e mãe dividem as atribuições relacionadas ao filho, que irá conviver com ambos, sendo essa sua grande vantagem. Ilustrando, o filho tem apenas um lar, convivendo sempre que possível com seus pais, que estão sempre presentes na vida cotidiana do filho” (TARTUCE, 2016b, p. 1332).

Desta forma, é certo que passou a se valorar apenas o “interesse existencial da criança ou do adolescente, pouco importando quem fora o “culpado” na separação ou divórcio” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016a, p. 609). Frisando o pleno entendimento de que a guarda será disposta sempre da forma que melhor aprouver ao menor, seu regulamento foi organizado no Código Civil em capítulo denominado “Da Proteção das Pessoas dos Filhos”, não deixando restar dúvidas quanto à prevalência dos interesses das crianças e dos adolescentes.

Em não sendo possível o exercício da guarda compartilhada, pode ser determinada a guarda unilateral (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016a), definida como a situação em que “uma pessoa tem a guarda enquanto a outra tem, a seu favor, a regulamentação de visitas” (TARTUCE, 2016b, p. 1332). Esta não é a forma preferencial de guarda, pois traz “o inconveniente de privar o menor da convivência contínua de um dos genitores” (TARTUCE, 2016b, p. 1332).

Além dessas, existem vários outros tipos de guarda, em nenhum caso excluindo a possibilidade do menor conviver com seu pai ou sua mãe. O que importa é o fato de sempre haver o direito à convivência do menor com seus pais e familiares, não podendo interferir neste fato o tipo de relação mantida pelos genitores do menor, sob pena de violação de direito fundamental, possibilitando, com isso, a criação de vínculos afetivos.

1.2 DA FILIAÇÃO

A priori, é importante pormenorizar em quais situações são formados os vínculos de filiação, vez que deste cenário surgem obrigações e direitos que deverão ser respeitados, sob pena de incidência de diversas sanções civis e/ou penais.

Conceitua-se filiação como “a relação jurídica existente entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, ou seja, entre pais e filhos” (TARTUCE, 2016b, p. 1370). Como se verá, não se limita o reconhecimento de filiação àquelas situações em que existente o vínculo biológico, mas também se reconhece tal relação jurídica em casos de vínculo exclusivamente afetivo.

Trata-se de um dos temas que, no âmbito direito de família, mais sofreu alterações com o advento da Constituição Federal de 1988 (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016a). Em um primeiro momento, a legislação brasileira regulava apenas a situação da filiação denominada, à época, de “legítima”, qual seja, a oriunda das relações matrimoniais.

De certo, no Código Civil de 1916 a regra ainda era a centralização da norma aos casos de filiação legítima. Como resultado, tal regra acabava por marginalizar grande parte da sociedade. Não coadunava com a realidade brasileira, já que a maioria das organizações familiares no Brasil eram informais, não constituídas pelo casamento civilmente válido (VENOSA, 2014).

> “Elaborado em época histórica de valores essencialmente patriarcais e individualistas, o legislador do início do século passado marginalizou a família não provinda do casamento e simplesmente ignorou direitos dos filhos que proviessem de relações não matrimoniais, fechando os olhos a uma situação social que sempre existiu, especialmente em nosso país de miscigenação natural e incentivada” (VENOSA, 2014, p. 232).

Paulatinamente, a legislação brasileira passou a abarcar cada vez mais situações em que se previam direitos aos filhos tidos fora da relação de casamento. Atualmente, não mais se discute a possibilidade de se atribuir alguma diferenciação aos filhos havidos ou não de relação matrimonial, tendo a Constituição de 1988 determinado expressamente a proibição da diferenciação aos filhos, no §6º do artigo 227: “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” (BRASIL, 1988).

Desta forma, percebe-se que o vínculo jurídico formado entre os pais com seus filhos é regido pelo princípio da igualdade (TARTUCE, 2016b), “trazendo a prole para um único e idêntico degrau de tratamento, ao derrogar quaisquer disposições legais que ainda ousassem ordenar em sentido contrário” (MADALENO, 2009, p. 365).

Como bem pontuam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, já não se faz necessária classificação da família em legítima ou ilegítima, pois a filiação é uma realidade que não pode ser afastada por meras presunções legais ou por definições jurídicas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016a):

> “Isso porque a filiação é um fato da vida.
> Ser filho de alguém independe de vínculo conjugal válido, união estável, concubinato ou mesmo de relacionamento amoroso adulterino, devendo todos os filhos ser tratados da mesma forma” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016a, p. 630).

De tudo, extrai-se que, sendo a relação jurídica da filiação pressuposto para concretização de vários direitos e deveres, sendo a matéria regulada à luz do princípio da igualdade entre os filhos, não há que se falar em mitigação de obrigação do pai ou da mãe perante o filho advindo de relação dificultosa ou eventual, devendo os genitores ou pais afetivos se emprenhar ao máximo para que sejam efetivados os direitos fundamentais de toda sua prole.

Ainda, cabe lembrar que apesar da evolução científica apresentada nos últimos tempos, persiste no direito brasileiro a tendência de se buscar situações em que se pode presumir a filiação (PEREIRA, 2015). Tradicionalmente, afirmava-se que a maternidade era sempre certa, enquanto a paternidade era aquela que as núpcias indicam (PEREIRA, 2015).

A técnica se justificava com base em sociedade que privilegiava as relações formais, ou seja, de casamento, em época que não existiam métodos científicos capazes de determinar quem era o pai da criança. Neste ponto também se determinava a diferenciação entre os filhos havidos ou não da relação de casamento.

O que importa frisar, neste momento, é que apesar de ter sido mantida na legislação atual as presunções de concepção de filhos na constância do casamento, na forma do artigo 1.597 do Código Civil, não há que se falar em justificativa para

discriminação de um ou outro filho, independentemente de ter advindo de relação matrimonial.

Trata-se, inclusive, de presunção relativa, já que pode ser afastada por prova cabal mediante análise do código genético dos pais (exame de DNA) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016a).

Não cabe, conforme o exposto, afirmação no sentido de que poderia ser o filho não abrangido pela presunção do artigo 1.597 diferenciado de qualquer forma. Inclusive, é redação do artigo 1.596 do Código Civil: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 2002).

Assim, conclui-se que “desapareceram da legislação brasileira com a equalização constitucional da filiação os conceitos espúrios de filiação legítima e ilegítima, quando a sorte dos filhos dependia do vínculo matrimonial de seus pais” (MADALENO, 2009, p. 365), aplicando-se integralmente o princípio da isonomia entre os filhos, independentemente da origem do vínculo de filiação.

1.2.1 *Da parentalidade socioafetiva*

No atual cenário legal brasileiro, como visto, determinou-se a contextualização do afeto como um importante valor jurídico, integrante dos direitos da personalidade daqueles que integram a família (TARTUCE, 2016b).

Desconstituiu-se, neste aspecto, a percepção de que só existiriam vínculos familiares quando houvesse, também, vínculo biológico. Acompanhando tal evolução do direito de família, as relações de filiação passaram a admitir em seu quadro, também, as relações unicamente afetivas. “Assim surge uma nova forma de parentesco civil, a *parentalidade socioafetiva*, baseada na *posse do estado de filho*” (TARTUCE, 2016b, p. 1194).

Desta forma, a paternidade não seria sempre um fato da natureza, mas também um fato cultural (VILELLA, 1979), onde perdurariam as manifestações de vontade no sentido de se constituir a filiação mesmo sem vínculo biológico.

Tal evolução é resultado das “transformações mais recente por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo” (VILELLA, 1976, p. 400).

Com efeito, passou a prosperar concepção na perspectiva de que, demonstrada a intenção de se constituir família, mesmo que não haja vínculo sanguíneo, deverão ser mantidos os laços decorrentes dessa vontade, pois não se pode reverter a situação de acordo com mero arbítrio ou capricho de quem livremente desfrutou de relação familiar por um tempo e depois quis se desincumbir das obrigações advindas desta união.

Neste diapasão, cabe lembrar que existe a possibilidade de se impor que os atos de liberalidade sejam cumpridos, aproximando-se do chamado “verdadeiro objeto do Direito, ou seja, a vontade, o ato de liberalidade, a autonomia moral-decisória e suas consequências normativas-vinculadoras” (VIEIRA, 2014, p. 21).

Por consequência, é certo que este “vínculo de filiação construído pelo livre desejo de atuar em interação entre pai, mãe e filho do coração, formando verdadeiros laços de afeto, nem sempre presentes na filiação biológica” (MADALENO, 2009, p. 366) atribuem aos pais e aos filhos os mesmos direitos e deveres que decorrem de qualquer tipo de relação de filiação.

Nas palavras de Caio Mário, “assumiu-se uma realidade familiar concreta onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas ao estudo de DNA” (PEREIRA, 2016, p. 46).

Importante caracterizador da parentalidade sociafetiva é o fato que foi denominado de “posse de estado de filho”. Nas palavras de Paulo Lôbo, “o estado de filiação deriva da comunhão afetiva que se constrói entre pais e filhos, independentemente de serem parentes consanguíneos” (LÔBO, 2015, p. 210).

Conforme lembra Flávio Tartuce, alguns são os critérios para configuração da posse do estado de filho: em primeiro lugar, o tratamento despendido entre as partes e perante a sociedade é equivalente ao da filiação, agindo os indivíduos como se pais e filhos fossem; em segundo lugar, o reconhecimento geral de que há relacionamento de filiação, concretizando a situação socialmente; por fim, apenas

como elemento eventual, a utilização do sobrenome do suposto pai pelo filho (TARTUCE, 2016b).

Ilustrativamente, são situações que podem ser consideradas, conforme o caso, uma marca do caráter afetivo na filiação: o “filho de criação”; o filho reconhecido voluntária ou judicialmente pela posse do estado de filiação; a “adoção à brasileira”, ou registro de filho de outrem sem o devido procedimento de adoção, entre outros casos (PEREIRA, 2015).

Ainda, entende Maria Berenice Dias que a filiação gerada pela afetividade pode ser posicionada no Código Civil, em seu artigo 1.593, como aquela proveniente de “outra origem” (DIAS, 2011), conforme a seguinte redação: “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” (BRASIL, 2002).

Em resumo, importa sempre lembrar que na atual conjuntura jurídica brasileira, reconhece-se vínculos de filiação mesmo quando não existe vínculo biológico qualquer, sendo atribuídas, de qualquer forma, as mesmas obrigações e direitos às partes, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade na filiação.

1.2.2 *Do poder familiar*

Consoante já elucidado, dos vínculos de filiação surgem uma série de direitos e deveres àqueles que figuram como partes desta relação. Dentre eles, está o poder familiar, que atribui aos pais autoridade para viabilizar a criação dos filhos. Em outras palavras, a definição jurídica da autoridade pelos pais sobre os filhos se consagrou na expressão “poder familiar”.

Em contraste, deve ser feita a ressalva de que não se confunde autoridade com poder irrestrito. O poder familiar é exercido sempre no interesse dos filhos (LÔBO, 2015), estando sua prática impregnada de deveres e objetivando sempre a satisfação das necessidades dos filhos (DIAS, 2011).

Como bem anotam Caio Mário e Flávio Tartuce, tem sido comum a adoção do termo “autoridade parental” para melhor definir o “poder familiar”, assim denominado no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ana Carolina Brochado

entende que a designação “autoridade” é mais compatível com a atual percepção de que a relação parental não traz um verdadeiro “poder” aos pais, e sim uma função para que sejam realizados os direitos dos filhos, enquanto o vocábulo “parental” traduziria que esta autoridade tem relação, por excelência, com o vínculo de filiação, e não com qualquer vínculo de parentesco (TEIXEIRA, 2008).

Pois bem. Caio Mário define Poder Familiar como o “complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercido pelos pais na mais estreita colaboração e em igualdade de condições” (PEREIRA, 2016, p. 508).

Nota-se, portanto, que hoje se dá a definição do poder familiar em função dos direitos e interesses dos menores por eles tutelados. Nem sempre foi o tema analisado desta forma, entretanto. “No direito antigo, a estrutura autocrática da família, alicerçada no princípio da autoridade, constitui noção de pátrio poder em termos rígidos e severos” (PEREIRA, 2015, p. 497). Como relembra Rolf Madaleno:

> “No modelo romano de família prevalecia o princípio da autoridade do *pater familias*, o qual exercia uma incontestável chefia sobre as pessoas a ele subordinadas, e como senhor absoluto do lar, todos lhe deviam obediência” (MADALENO, 2009, p. 497).

Desta forma, percebe-se que a versão tradicional de poder familiar se traduzia em prerrogativa que tinha o pai para governar os filhos. Passou o direito, então, por enormes transformações a esse propósito:

> “A ideia predominante é de que a *potestas* deixou de ser uma prerrogativa do pai, para se afirmar como a fixação jurídica dos interesses do filho, visando protege-lo e não beneficiar quem o exerce. A doutrina, há muito, aconselhava a mudança da designação de “pátrio poder” para “pátrio dever”” (PEREIRA, 2016, p. 507).

Com isso, conclui-se que “deixam os pais de exercerem um verdadeiro poder sobre os filhos, para assumirem um dever natural e legal de proteção de sua prole, acompanhando seus filhos durante o natural processo de amadurecimento” (MADALENO, 2009, p. 498).

É certo que a titularidade do atual poder familiar era atribuída apenas ao marido, à época do Código Civil de 1916, tanto que a denominação empregada era “pátrio poder”. Apenas em caso de falta ou impedimento que podia a atribuição ser exercida pela mulher (RODRIGUES, 2008). Em caso de divergência quando ao exercício do pátrio poder, prevalecia a decisão do pai (VENOSA, 2014).

Mais uma vez, com o advento da Constituição Federal de 1988, abandona-se conceito de legislação anterior, conferindo igualdade entre o homem e a mulher, pelo texto do inciso I do artigo 5º: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Desta forma, seguindo a orientação já firmada pela doutrina e atestada pela Constituição Federal de 1988, conferiu o Código Civil, a ambos os pais as atribuições do poder familiar, embora talvez não das melhores seja a sua redação, por ter mencionado ainda casamento e união estável, quando sabidamente, pelo princípio da igualdade na filiação, trata-se de matéria irrelevante para a constituição dos direitos da prole. Assim, determina o artigo 1.631 do Código Civil: “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade” (BRASIL, 2002).

Anteriormente, já seguia esta orientação o Estatuto da Criança e do Adolescente, integrando o sistema civil brasileiro:

> “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” (BRASIL, 1990).

De certo, os textos legais em questão não traduzem mudança abrupta, já tendo os conceitos jurídicos evoluído antes da promulgação da nova legislação. São, diante disso, resultado do dinamismo vigente na sociedade. A mulher paulatinamente se inseriu no mercado de trabalho, enquanto o homem, concomitantemente, passava a intervir mais na administração doméstica (PEREIRA, 2016).

Neste âmbito que se adequa a expressão pátrio poder para poder familiar, tendo em vista que a denominação antiga “induzia à ideia de um poder do pai sobre os filhos, afigurando-se incoerente com a igualdade dos cônjuges” (MADALENO, 2009, p. 498).

Desta monta, conclui-se que o poder familiar, ou autoridade parental, simboliza a atividade realizada por ambos os pais de pessoas, enquanto menores, com o objetivo de alcançar a efetivação de todos os direitos a estes conferidos, não podendo se confundir tal exercício com poder ilimitado. E assim o é, até porque tal atribuição “é interesse dos pais propiciarem as melhores condições aos seus filhos,

tanto no respeitante à sua educação e formação, como no pertinente aos seus interesses físicos, morais, sociais, intelectuais e afetivos” (MADALENO, 2009, p. 499).

1.2.3 *Do exercício do poder familiar*

Com tudo que foi exposto sobre o poder familiar, pode-se concluir que os pais não realizam meros direitos privados ao cuidarem dos filhos; estão, acida disto, realizando obrigações vinculadas ao alcance de direitos fundamentais dos quais são titulares sua prole. Nas palavras de Paulo Lôbo, “os pais não exercem poderes e competências privados, mas direitos vinculados a deveres, e cumprem deveres cujos titulares são os filhos” (LÔBO, 2015, p. 273-274).

Concentra-se o conteúdo de exercício do poder familiar em três principais dispositivos, dos quais decorrem as principais obrigações e prerrogativas que têm os pais na criação de seus filhos: artigo 229, da Constituição Federal; artigo 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente; e 1,634, do Código Civil.

Primeiro, lembra-se do já mencionado artigo 229 da Carta Maior, que dá embasamento constitucional às atribuições do poder familiar, frisando que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores” (BRASIL, 1988).

Analogamente, prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente os deveres inerentes ao exercício do poder familiar:

> “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.
> 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” (BRASIL, 1990).

Por fim, regulando como deverão ser realizadas as atribuições do poder familiar, determina o Código Civil, no artigo 1.634:

> “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
> I - dirigir-lhes a criação e a educação;
> II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

> III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
> IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
> V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
> VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
> 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;
> VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
> IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição" (BRASIL, 2002).

Dentre todos os deveres mencionados, destacam-se o de assistência, criação, educação, sustento e guarda. Conforme pôde se extrair de todo este capítulo, a interpretação correta a ser dada a estes dispositivos é no sentido de atribuir aos pais mais do que obrigação de sustento material. Além dele, deve ser oferecido todo apoio moral e psicológico para que os menores cresçam e se desenvolvam plenamente, conquistado através da presença dos pais, de seu envolvimento na vida das crianças e adolescentes. Assim, diz-se que:

> "Como dever prioritário e fundamental, devem os genitores antes de tudo, assistir seus filhos, no mais amplo e integral exercício de proteção, não apenas em sua função alimentar, mas mantê-los sob sua guarda, segurança e companhia, e zelar por sua integridade moral e psíquica, e lhes conferir todo o suporte necessário para conduzi-los ao completo desenvolvimento e independência, devendo-lhes os filhos a necessária obediência" (MADALENO, 2009, p. 501).

Diante da determinação legal expressa de obrigações, devem ser explanadas as consequências jurídicas, as sanções, em caso de seu descumprimento. Trata-se da matéria de fundo deste trabalho, aprofundada no próximo capítulo. Por hora, conclui-se que o descumprimento de um dever legal sempre traz uma consequência jurídica, podendo se dar esse descumprimento, também, por omissão.

2 DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS PARA OMISSÃO DE CUIDADO

Pelo que foi repetidamente afirmado no capítulo anterior, pôde-se bem delinear o atual cenário jurídico brasileiro quanto à filiação, e quais as obrigações dadas aos pais enquanto vinculados desta forma aos seus filhos menores.

Percebeu-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe uma série de princípios que incidem nas relações privadas, especialmente no âmbito familiar. Criou, acima de tudo, sistema que protege com total prioridade as crianças e adolescentes, por serem alvo de maior vulnerabilidade, não podendo sozinhos suprir suas carências, atribuindo esta responsabilidade de forma expressa aos pais, que devem sanar as necessidades dos filhos enquanto menores.

Corroborando com o texto constitucional, da mesma forma o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente atribuíram aos pais o objetivo de realizarem todo o necessário para o alcance da dignidade dos filhos.

Tem-se, assim, que não são dadas meras prerrogativas aos pais para que possam realizar o direito dos filhos. Inquestionavelmente, lhes foi imputado um dever, um encargo, que não pode ser afastado de acordo com a sua vontade, em hipótese alguma.

Diante da imposição de deveres jurídicos impostos a certo grupo de pessoas, por óbvio, em caso de descumprimento, será imposta uma série de consequências para tal comportamento.

De certo, tais consequências jurídicas não se limitam a uma área do direito. Podem ser penais ou civis, cada uma com a sua justificativa, cada uma visando a seu próprio objetivo. Desta forma, são completamente autônomas as sanções, podendo incidir uma mesmo que já tenha sido aplicada a outra.

Em suma, será este o tema do presente capítulo, analisado sempre através dos direitos das crianças e adolescentes, já exaustivamente explanados.

2.1 DA PERDA E SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

O poder familiar, conforme já explanado, não é entendido mais como o conjunto de atribuições que tem o pai para dispor da liberdade de seu filho como

bem entender. Ao contrário, é o conjunto de atribuições dado aos pais para que protejam os filhos e realizem os atos necessários para o alcance de seus direitos. Como bem explana Rolf Madaleno:

> “Foi-se o tempo dos equívocos de as relações familiares gravitarem exclusivamente na autoridade do pai, como se ele estivesse acima do bem e do mal apenas por sua função provedora, sem perceber ter ele o dever de prover seus filhos muito mais de carinho do que de dinheiro, de bens e de vantagens patrimoniais. Têm os pais o dever expresso e a responsabilidade de obedecerem às determinações legais ordenadas no interesse do menor, como disso é frisante exemplo a obrigação de manter o filho sob a efetiva convivência familiar” (MADALENO, 2009, p. 509).

Com isso, é certo que o poder familiar faz parte do sistema de proteção ao menor (PEREIRA, 2015). Por se tratar de norma essencialmente protetora, deve ser mantido o poder familiar, preferencialmente, até a maioridade do filho, quando este poderá exercer sua vontade por conta própria.

Por conseguinte, apenas quando é de interesse maior do menor que se aplicam sanções no sentido de se suspender ou de se retirar o poder familiar dos pais. Contrariamente ao entendimento anterior, que permitia o desempenho das funções parentais do modo que o pai entendesse melhor, hoje percebe-se que “quando um ou ambos os genitores deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamento que possa prejudicar o filho, o Estado deve intervir (DIAS, 2015, p. 470). O Estado, neste momento, é fiscalizador do cumprimento desses deveres, até porque tem a obrigações constitucionalmente atribuída para isso (artigo 227, da Constituição Federal de 1988).

Por isso, o legislador prevê situações em que o termo do exercício do poder familiar se antecipa à maioridade como consequência de descumprimento das obrigações parentais (PEREIRA, 2015).

Assim, excepcionalmente, em casos de verdadeira necessidade de intervenção estatal no núcleo familiar, podem os pais perderem o poder familiar ou tê-lo suspenso. A suspensão é medida “menos grave, tanto que se sujeita a revisão” (DIAS, 2015, p. 471).

Com efeito, “dá-se a suspensão do poder familiar por ato de autoridade, após a apuração devida, se o pai ou a mãe abusar de seu poder, faltando aos seus

deveres ou arruinando os bens do filho" (PEREIRA, 2016, p. 529). A suspensão é a consequência prevista para as situações descritas no artigo 1.637 do Código Civil:

> "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" (BRASIL, 2002).

O artigo supracitado expressa exatamente o conceito buscado por este trabalho, impondo a suspensão do poder familiar no caso dos pais faltarem com os seus deveres. Cita-se o abuso de autoridade e a falta de cumprimento dos deveres inerentes à filiação como causa de suspensão. Como busca sempre o melhor interesse do menor, contudo, as hipóteses de suspensão não se limitam às elencadas no artigo, devendo ser sempre analisado o caso concreto na aplicação da medida (MADALENO, 2009).

Entende Paulo Lôbo que "não é preciso que a causa seja permanente. Basta que um só acontecimento, que justifique o receio de vir a se repetir no futuro com risco para a segurança do menor e de seus haveres para ensejar a suspensão" (LÔBO, 2015, p. 278).

Trata-se de medida de exceção, podendo ser revista assim que afastado o motivo de sua aplicação. Por isso que "apenas deve ser adotada pelo juiz quando outra medida não possa produzir o efeito desejado, no interesse da segurança do menor" (LÔBO, 2015, p. 278).

Ainda, o Código Civil prevê um rol de situações que geram a perda do poder familiar. Lembra-se, oportunamente, que a perda é uma das espécies de extinção do poder familiar, conforme se extrai do artigo 1.635, inciso V, do Código Civil.

De certo, "a *perda do poder familiar* é a mais grave sanção imposta ao que faltar aos seus deveres para com o filho, ou falhar em relação à sua condição paterna ou materna" (PEREIRA, 2014, p. 514). A perda do poder familiar pode decorrer das situações elencadas no artigo 1.638 do Código Civil:

> "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" (BRASIL, 2002).

Deverá ser analisado o caso concreto para se decidir qual a melhor sanção a ser aplicada. De fato, somente uma análise sensível de cada caso poderá ponderar uma conduta como incidente em um em outro artigo. Ilustrativamente, uma punição aplicada pelo pai poderia se enquadrar tanto em abuso de autoridade quanto em castigo imoderado, tudo a depender da sua intensidade. Assim, tendo em vista esta situação, determina Caio Mário que "o abuso de autoridade e a falta aos deveres inerentes à autoridade parental autorizam o Juiz a adotar medida que lhe pareça reclamada pela segurança do filho e seus haveres, podendo inclusive suspender suas prerrogativas" (PEREIRA, 2014, p. 514).

Registre-se que certas condutas elencadas como motivadoras de perda ou suspensão do poder familiar podem ser tão graves que são previstas, inclusive, sanções penais. É o que se confere nos seguintes artigos do Código Penal: 244, que prevê penalização ao abandono material, pela omissão no dever de propiciar os recursos necessários à subsistência da pessoa; 246, que aplica pena ao abandono intelectual dos filhos; 247, que aplica a sanção ao abandono intelectual do menor.

Importa lembrar que as consequências civis e penais são autônomas, não sendo aplicadas ou deixando de ser aplicadas por conta da outra. Neste aspecto que surge a argumentação no sentido de conviverem de forma perfeitamente harmônica a perda ou suspensão do poder familiar com a responsabilização civil, visto que a primeira busca alcançar o melhor interesse do menor, e a segunda tem por objetivo a compensação dos danos morais que possam os filhos sofrer em consequências a ações ou omissões de seus pais.

Por fim, sublinha-se que a perda do poder familiar tem por consequência a desvinculação entre pais e filhos, acabando por desobrigar aqueles das funções que lhe foram atribuídas pela filiação. Tem-se, assim, que para aqueles que desejam se desincumbir dos vínculos criados pela filiação, tal situação seria, nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, um "verdadeiro favor" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, p. 757). Por isso, no próximo tópico será criada argumentação para justificar a aplicação de outras sanções civis aos atos praticados pelos pais.

2.2 DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO

Como dito, apesar de existirem consequências legais específicas por infração aos deveres do poder familiar, começou a surgir no âmbito jurídico brasileiro o questionamento sobre a possibilidade de serem tutelados os danos sofridos pelos filhos por atos ou omissões dos pais, mediante responsabilização civil destes. Assim, a discussão central do capítulo é a possibilidade de condenação dos pais ao pagamento de dano moral aos filhos por terem deixado de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar.

Como bem lembram Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, tais litígios giram em torno, "fundamentalmente, da seguinte questão: se o afeto se constituiria em um dever jurídico, de forma que a negativa injustificada e desarrazoada caracterizaria um ato ilícito" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016a, p. 748).

Em um primeiro momento, partia-se da premissa de que as relações familiares eram fundamentalmente ligadas a matérias abstratas, de ordem exclusivamente subjetiva e não suscetível de intervenção estatal por meio de órgão jurisdicional. De fato, conforme comenta a Ilustre Ministra Nancy Andrighi sobre este momento jurisprudencial:

> "Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores" (BRASIL, 2012).

Alcançada a análise da questão pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), foi proferido acórdão dando provimento ao Recurso Especial nº 757.411/MG, interposto pelo pai, que solicitava a não incidência da indenização.

Argumentava-se, basicamente, que o pai não comete qualquer ilícito ao abandonar afetivamente o filho, não cabendo ao direito impor o "amor". Além disso, considerava-se que a única consequência para o ato poderia ser a perda do poder familiar. Em brilhante síntese do julgado, explanou Flávio Tartuce:

> "O primeiro argumento utilizado na decisão foi o de que não haveria qualquer ilícito na conduta do pai que abandona afetivamente o filho. O segundo argumento é que o afeto não pode ser imposto na referida relação parental, não sendo o caso da existência de um dever jurídico. Além disso, a relatoria do Ministro Fernando Gonçalves ressaltou que o pagamento de indenização afastaria pai e

> filho de forma definitiva, não sendo a melhor solução para o caso que estava sendo levado a julgamento. Em seu voto, argumentou o Ministro Aldir Passarinho que a solução para o abandono é a perda do poder familiar, e não o pagamento de uma indenização a título de danos moras. Também como voto vencedor, aduziu o Ministro Asfor Rocha que o Direito de Família tem princípios próprios, diferentes dos regramentos básicos do Direito das obrigações" (TARTUCE, 2011, p. 230-231).

De fato, preocupava-se a jurisprudência, à época, com a possibilidade da condenação à indenização por abandono afetivo acarretar na total impossibilidade de (re)aproximação entre pais e filhos. E isso pode ser entendido ao se ler o voto do Ministro Fernando Gonçalves:

> "O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstituir o relacionamento, ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira arguida durante o processo litigioso?" (BRASIL, 2005).

Ainda, quanto à suposta especificidade do Direito de Família em relação ao direito obrigacional, firmava-se à época que a responsabilidade civil deveria se afastar das relações familiares, e, entre o vínculo específico da filiação, deveriam vigorar como discussão patrimonial apenas o que se refere aos alimentos. Nas palavras do Ministro Asfor Rocha:

> "[...] o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo – mais fortemente – a outras ramificações do Direito. Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares, sobretudo aquelas atinentes a pai e filho, mesmo aquelas referentes ao patrimônio, a bens e responsabilidades materiais, a ressarcimento, a tudo quanto disser respeito a pecúnia, sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações. Destarte, tudo quanto disser respeito às relações patrimoniais e aos efeitos patrimoniais das relações entre parentes e entre os cônjuges só podem ser analisadas e apreciadas à luz do que está posto no próprio Direito de Família [...]. Por isso é que, por mais sofrida que tenha sido a dor suportada pelo filho, por mais que reprovável que possa ser o abandono praticado pelo pai [...] a repercussão que o pai possa vir a sofrer, na área do Direito Civil, no campo material, há de ser unicamente referente a alimento; e, no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder, no máximo isso" (BRASIL, 2005).

Importa destacar, ainda com relação à jurisprudência primária sobre o tema, que se sustentava o argumento de que a adoção da responsabilização civil dos pais implicaria em se valorar o amor oferecido pelos pais. Na fundamentação do Ministro

Asfor Rocha: “não posso, até repudio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor” (BRASIL, 2005). Em resumo, explicam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

> “Aqueles que se contrapõem à tese sustentam, em síntese, que a sua adoção importaria em uma indevida *monetarização do afeto*, com o desvirtuamento de sua essência, bem como a impossibilidade de se aferir a quantidade e qualidade do amor dedicado por outrem, que deve ser sempre algo natural, espontâneo, e não uma obrigação jurídica sob controle estatal” (GAGLINO; PAMPLONA FILHO, 2016a, p. 748).

Este pioneiro e importante julgado sobre a questão perdurou por vários anos. Contudo, encabeçada pela doutrina da autora Giselda Hironaka, começaram paulatinamente a ser considerados outros argumentos na análise do tema, se manifestando de forma favorável à responsabilização civil dos pais.

Em suma, na doutrina da respeitada autora mencionada, Giselda Hironaka, enalteciam-se os valores e sentimentos, baseando-se a responsabilização no direito de os filhos serem amados para que possam de desenvolver plenamente (NASCIMENTO, 2010).

Em contraste, já não se fala em responsabilização civil por descumprimento do direito de amor. Com percepção mais sóbria, pretende-se atualmente o estudo da responsabilidade civil por conduta culposa dos pais, por descumprimento de seus deveres inerentes ao poder familiar, inclusive o de afeto, que, frise-se novamente, não se confunde com amor.

Considera-se atualmente, inclusive com base em novo julgamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão (Recurso Especial nº 1.159.242), que o fundamento da concessão da indenização é o dever de cuidado disposto no artigo 227 da Constituição Federal. Neste aspecto, a ilicitude civil paira precipuamente sob a forma de omissão, “tendo em vista que o *non facere* que atinge bem juridicamente tutelado – o necessário dever de criação, educação e companhia – importa em vulneração da imposição legal” (PEREIRA, 2016, p. 515).

Assim, mediante análise do dispositivo constitucional supracitado, combinado com o artigo 229 também da Carta Constitucional, bem como dos artigos 1.634 do Código Civil e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, define-se como base da responsabilidade civil o eventual descumprimento dos deveres de assistência, criação, educação, sustento e guarda, encontrados das referidas leis como obrigação dos pais, chamados universalmente de dever de cuidado. Deste modo,

passa a se falar no cuidado como um valor/dever jurídico, pelos motivos aclarados pela Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242:

> “A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc.” (BRASIL, 2012).

Neste aspecto que surge a expressão “omissão de cuidado” como mais aconselhável para definir a questão, visto que abrange todas as obrigações decorrentes do poder familiar, bem como dificulta as conclusões trazidas pela expressão “abandono afetivo”, de que se buscaria penalização por falta de amor com a responsabilização dos pais, mesmo quando sabidamente não se confunde amor com afetividade.

Para Caio Mário, estão presentes no caso os seguintes deveres fundamentais, componentes inerentes ao poder familiar: o amparo aos filhos menores; a guarda; e o poder familiar em caráter limitado e fiscalizado pelo Estado (PEREIRA, 2016).

Pois bem. Para entender por fim a questão, será feita análise dos pressupostos da responsabilização civil subjetiva (culpa, nexo causal e dano), sempre em paralelo com a efetiva existência de obrigações inerentes ao vínculo de filiação e pondo fim à ideia de que o Direito de Família se vê completamente afastado dos princípios gerais do direito por supostamente carregar princípios próprios inatingíveis pela lei comum.

Da forma bem elucidada por Flávio Tartuce, “o principal argumento jurídico a ser utilizado é a possibilidade de enquadramento no artigo 186 do Código Civil, dispositivo que consagra o conceito de ato ilícito” (TARTUCE, 2011, p. 233). De fato, descreve o artigo mencionado: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Como resultado da prática de ato ilícito, prevê a redação do artigo 927 do Código Civil: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002). Juntos, os artigos 186 e 927 formam o sistema da responsabilização civil, analisado no presente trabalho como consequência ao descumprimento dos deveres do poder familiar, conceituado por

Sergio Cavalieri como “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 38).

O primeiro elemento da responsabilidade civil é a culpa. Entende-se como culposa a conduta voluntária que desrespeita um dever jurídico preexistente (TARTUCE, 2016b). Explique-se. É entendida como voluntária a “conduta dominável pela vontade” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 44), mas não necessariamente aquela que tinha como objetivo o resultado danoso. Notoriamente, no Direito Civil o conceito de culpa é aplicado de forma genérica, abrangendo também as condutas que intencionalmente causam dano a outrem, que no Direito Penal são qualificadas como dolosas.

Partindo-se da premissa de que “tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas *necessarium vitae*” (BRASIL, 2012), dever jurídico firmado pela Constituição, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente, o pai que voluntariamente deixa de prestar qualquer de suas obrigações neste âmbito está praticando conduta culposa, encaixando-se a conduta perfeitamente no conceito acima firmado. Como na forma aqui exposta, deixar de cumprir o dever jurídico é conduta manifestamente omissiva. Em resumo, pode-se declarar:

> “A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica por certo a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração de imposição legal” (BRASIL, 2012).

Superadas as considerações sobre a culpa, importa deslindar as questões sobre o segundo elemento da responsabilidade civil: o nexo causal. Nas palavras de Flávio Tartuce, “o nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa [...] e o dano suportado por alguém” (TARTUCE, 2016b, p. 513).

Neste momento, portanto, cabe a comprovação de que os danos sofridos pelo filho abandonado afetivamente decorrem da omissão de cuidado do pai. Trata-se de questão importantíssima, tanto que “tem também por função estabelecer a medida para a obrigação de indenizar” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 61), já que a

responsabilização civil não se estende para além do alcançado pela relação de causalidade (CAVALIERI FILHO, 2014).

A prova deste elemento da responsabilidade civil será feita em laudo profissional, que determinará não apenas a geração de dano pela conduta do pai faltoso, mas também mensurará suas dimensões.

Por fim, deve-se lembrar do mais importante elemento da responsabilização civil: o dano. O dano é o pressuposto principal da indenização. A condenação ao pagamento de indenização sem a existência do dano implicaria em enriquecimento ilícito de quem o recebe. Adotando-se o conceito de Sergio Cavalieri, dano é a "lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral" (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 93), que pode ter como consequência prejuízo, sofrimento, humilhação.

Pode o dano ser exclusivamente moral, que, seguindo o conceito firmado no parágrafo anterior, é lesão a bem jurídico imaterial que faz parte do direito da personalidade de alguém (CAVALIERI FILHO, 2014). Trata-se da espécie de dano estudada por este trabalho, vez que, em questões patrimoniais, são regidas os vínculos entre pais e filhos pela parte específica da "alimentação". Para Flávio Tartuce, "em verdade, a indenização por dano moral, o que inclui a hipótese de abandono afetivo, tem o condão de reparar sofrimento suportado pela vítima" (TARTUCE, 2011, p. 234).

Ponto fulcral, portanto, é a prova do dano. De forma análoga à comprovação do nexo causal, a forma de se atestar a ocorrência desse elemento "é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica" (BRASIL, 2012), sempre resultado da conduta omissiva culposa do pai.

Assim, preenchidos todos os requisitos da responsabilização civil. Ao contrário do entendimento jurisprudencial anterior, hoje prevalece a premissa de que "não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família" (BRASIL, 2012).

Importante considerar o sublime argumento de Aline Karow, no sentido de que o artigo 186 do Código Civil, que explana os elementos da responsabilidade civil, traz "cláusula geral, como princípio geral de proteção à pessoa" (KARROW,

2012, p. 284). Está o referido dispositivo legal localizado na Parte Geral do código e, portanto, até por questão de lógica, é aplicável a todos os demais institutos – salvo em causa de ressalva que, cabe lembrar, não foi realizada –, especialmente quando se tratar de proteção juridicamente protegida (KARROW, 2012).

Em que pese existirem elementos intangíveis nas relações familiares, não tuteláveis pelo Direito, como o amor e a mágoa, o elo fruto da filiação faz emergir a responsabilidade para aqueles que concorrem com o nascimento, a adoção ou a afetividade, pois para estes são previstas obrigações constitucionais e legais mínimas (BRASIL, 2012).

Entende-se que a configuração da ilicitude não se dá pelo desamor, mas na falta da satisfação do dever de cuidado. A conduta do genitor, nestes termos, é considerada negligente, ou, em outras palavras, culposa, por deliberadamente ter deixado de cumprir obrigação sabidamente real, gerando, por esse motivo, ou nexo causal, um dano (KARROW, 2012).

Nessa conjuntura de deveres objetivos incumbidos aos pais. Afasta-se completamente da maior crítica proferidas pelos que são contrários à indenização: a possibilidade de o Direito interferir na estritamente sentimental, deferindo como obrigação o amor. Como bem define a Ministra Nancy Andrighi:

> “Ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento de uma obrigação legal: cuidar” (BRASIL, 2012).

Assim, mais razão assiste ao fundamento da possibilidade quando tecnicamente definidos os motivos da responsabilização. Não se indeniza a falta de amor, nem se busca o amor pela indenização. Os valores pagos a título de dano moral foram há tempos fixados como compensadores do dano.

Com isso, conclui-se que, no caso de restarem atestados como presentes todos os elementos caracterizadores da responsabilidade civil subjetiva – dano, culpa e nexo causal – não há motivo para que se exclua a responsabilidade unicamente porque o dano se deu entre pessoas de uma mesma família.

Sabidamente, o grupo familiar é protegido pela Constituição, e o comportamento de seus membros não é mais considerado impassível de

intervenção, na medida em que conquistados o direito de cada um e superada a soberania de determinados integrantes.

Ainda problematizando a situação, viu-se em julgados anteriores que o Código Civil já previa consequência para o descumprimento dos deveres paternais: a perda do poder familiar. Importante lembrar que em todos os âmbitos do direito existe a preocupação de não se gerar dupla punição por um mesmo fato. Porém, para que isto ocorra, ambas devem ter a mesma função. Não configura *bis ib idem* duas consequências geradas pelo mesmo acontecimento no caso de uma ter incumbência protetiva e outra natureza compensatória.

É importante elucidar que as consequências previstas em duas partes distintas do mesmo instituto legal, qual seja, o Código Civil, não se excluem, mas se complementam. Desta forma, conclui-se que a possibilidade de perda ou suspensão do poder familiar não é incompatível com a responsabilização civil por dano moral decorrente de abandono afetivo ou omissão de cuidado.

Igualmente, é importantíssimo lembrar que o dano moral não é privilégio de certas esferas do direito. Sobretudo, é garantido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos V e X (MADALENO, 2015). Em ilustre tese, determina Sergio Cavalieri que a Constituição Federal de 1988 deu nova dimensão ao dano moral, chamando-o de “direito subjetivo constitucional à dignidade” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 106), tanto que inseriu em seu texto a plena reparabilidade do dano moral.

É certo que a lei prevê de forma genérica que o causador do dano comete ato ilícito, mesmo que a ofensa seja exclusivamente moral e, por isso, deverá compensá-lo. Por todo o exposto, chega-se à conclusão de que não cabe afastamento da compensação do dano, prevista constitucionalmente, somente por ter nascido o prejuízo das complexas relações familiares, devendo ser analisado caso a caso para encontrar a melhor solução.

De toda sorte, a indenização é a *ultima ratio* a ser utilizada. Claro que, preferencialmente, devem ser buscados métodos de aproximação entre pais e filhos, de modo que cumprida a vontade da lei no sentido de criar convivência familiar. Porém, mesmo assim, não há que se falar em exclusão da responsabilidade civil caso tenha se configurado efetivamente o dano.

Diante de todo o exposto neste tópico, é de se concluir que a jurisprudência atual, adotando fundamentos diversos daqueles considerados em julgamentos anteriores, permite a responsabilização civil dos pais por dano moral decorrente de abandono afetivo, desde que, é claro, sejam preenchidos os requisitos de culpa, nexo causal e dano.

2.3 DA POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE

Tão importante quanto a definição dos elementos da responsabilização civil e a possibilidade de se condenar um pai ao pagamento de indenização por abandono afetivo, é contornar claramente as situações em que a aparente responsabilidade pode ser afastada. Claro que existem situações que impedem que o pai ou a mãe se aproximem dos filhos, por mais que queiram fazê-lo. Responsabilizar alguém nesta situação implicaria, antes de tudo, em enriquecimento indevido da outra parte, conforme afirmado no tópico anterior.

Considerando que existe imposição legal fixada pelas regras constitucionais e infraconstitucionais no sentido de obrigar aqueles que detêm o poder familiar a cuidar de sua prole, deve haver análise concreta do caso para definir se ocorreu a efetiva ilicitude civil (BRASIL, 2012). Neste ponto, toma-se por entendimento de ato ilícito como a reunião dos elementos necessários para que surja a responsabilidade, ou, em outras palavras, a obrigação de indenizar (CAVALIERI FILHO, 2014).

Conforme visto, a responsabilização civil depende sempre de conduta ilícita, dano e nexo causal. Quando subjetiva, além desses requisitos, deve haver a demonstração da culpa do agente. Em regra, qualquer ação que dê causa a um dano cria o dever de indenizar. Porém, existem situações que acarretam a exclusão dessa responsabilidade (VENOSA, 2014).

Da mesma forma que estudado anterior, deve-se atentar, neste momento, aos requisitos da responsabilização civil: culpa, nexo causal e dano. É de se lembrar que que a conduta culposa, antes de tudo, é voluntária, não se podendo imputar a alguém a responsabilidade de algo que não poderia ter evitado ou que foge à sua vontade.

Dito isso, importa saber que, para que a conduta seja considerada ilícita, ou, mais precisamente, para que exista o nexo de causalidade, “é preciso que esse

dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 62).

Cabe ressalva sobre questões comuns no contexto familiar atual, que devem ser observadas com muito cuidado, que, mesmo gerando o distanciamento ou dificultando aproximação entre o genitor e seus descendentes, não importam, necessariamente, em lesão ao direito dos filhos, muitas vezes não sendo hábeis a gerar danos. Neste aspecto, observam-se “o divórcio, as separações temporárias, alteração de domicílio, constituição de novas famílias, reconhecimento de orientação sexual”, limitações financeiras, distância geográfica, entre outras (BRASIL, 2012). Tanto não são obrigatoriamente caracterizadoras de ato ilícito, como não podem servir de instrumento para suprimir o dever de cuidado.

Diferentemente, existem situações no âmbito familiar que, muitas vezes, importam na quebra da relação de causalidade entre a conduta realizada pelo pai ou mãe que deixou de prestar plenamente seu dever de cuidado e o dano sofrido pelo menor, e podem ser arguidas como excludente de ilicitude.

A situação mais emblemática neste ponto é a alienação parental. Como se sabe, a alienação parental é causada por um dos pais ou alguma pessoa próxima da criança, fazendo-a repudiar, preterir ou desprezar o outro genitor (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016). Tornou-se prática recorrente na contemporaneidade, agora que é considerado dever de ambos os genitores tanto o sustento material como o moral e de guarda (DIAS, 2011). É conceito presente no artigo 2º da Lei nº 12.318:

> “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” (BRASIL, 2010).

Ilustrativamente, descreve o parágrafo único deste mesmo dispositivo legal algumas situações que podem configurar a alienação parental:

> “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" (BRASIL, 2010).

Diante dessas condutas, a imagem do outro progenitor pode, eventualmente, ficar por tal prejudicada que o infante passa a se convencer de que certos fatos ocorreram, por ter sido frequentemente submetido à descrição difamatória de seu ascendente (DIAS, 2011).

Com isso, no caso da situação se concretizar, não se poderia responsabilizar o pai que supostamente deixou de cumprir com os seus deveres quando, pela conduta do outro ascendente, não ocorreu a efetivação das obrigações de cuidado, criação, afeto e guarda, até por falta de nexo de causalidade entre a conduta praticada e o dano causado ao filho.

Por isso, mais uma vez põe-se ênfase à necessidade de o julgador avaliar cuidadosamente as circunstâncias do caso concreto, sopesando tudo o que lhe foi exposto para, ao fim, julgar de acordo com o efetivo descumprimento, ou não, dos deveres decorrentes do poder familiar.

3 DO PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO COMO RESPOSTA À RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Com o estudo do Direito, fica muito clara a ideia de que é impossível é se pensar em uma sociedade onde não existam conflitos. Por conta disso, cada organização social criou seus métodos para resolução de suas desavenças. A tendência trazida pelo Estado moderno foi a de resolver essa questão através da judicialização de suas lides. De certo, afirma-se:

> "Desde a consolidação dos Estados modernos, generalizou-se a crença de que o método mais adequado para a solução justa desses conflitos é aquele oferecido pelo próprio Estado através da jurisdição e do processo judicial" (BRAGA NETO, et. Al., 2012, p. 2).

Nas últimas décadas, entretanto, passou-se a questionar se o processo judicial é sempre o melhor meio de resposta aos conflitos presentes na sociedade (BRAGA NETO, et al., 2012). A demora dos processos judiciais é indubitavelmente uma das maiores dificuldades do Judiciário, sendo a questão que atrai maior insatisfação social, bem como traz consigo as maiores e mais fundadas críticas, pairando sempre o questionamento sobre a efetividade da justiça.

Preocupado com a efetivação do Direito Fundamental de acesso à justiça, o Direito busca, cada vez mais, dar maior importância aos métodos de resolução dos conflitos de forma consensual.

Como lembra Daniel Amorim, essa valorização já pode ser percebida no Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 3º (NEVES, 2016). Entre as formas de resolução consensual do processo lá previstas, é citada a mediação, que, conforme ressalva do §3º do mesmo dispositivo, passa a fazer parte, obrigatoriamente, do processo judicial.

Oportunamente, cabe conceituar o procedimento de mediação. Nas palavras de Daniel Amorim, "a mediação é forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício da vontade das partes, o que é o suficiente para ser considerada espécie de forma consensual de conflitos" (NEVES, 2016, p. 6). Frisa Slaikeu que a mediação é "o processo pelo qual uma terceira parte auxilia duas ou mais partes a alcançarem soluções próprias acerca de uma ou mais questões" (SLAIKEU, 2002, p. 23).

Insta salientar que a mediação, apesar de ter muitos pontos convergentes com a conciliação, desta se diferencia por atuar preferencialmente em casos em que já existir ligação anterior entre as partes (NEVES, 2016). Explique-se. O procedimento de conciliação também é espécie de resolução consensual, mas é indicado para aqueles casos em que as partes não possuíam qualquer relação anterior ao procedimento. O que as levou a procurar a conciliação foi o fato que fez gerar o conflito a ser resolvido por aquele procedimento.

Contrariamente, a mediação mostra maior eficiência naqueles casos em que já havia relação anterior entre as partes, e isso porque o procedimento permite a presença de profissionais de áreas específicas que servirão para ajudar na resolução do conflito.

Por isso que a mediação tomou posição de grande destaque quando da resolução dos conflitos familiares. Conforme será analisado neste capítulo, a presença de profissionais especializados em diversas áreas pode, eventualmente, ser fator importante para assessorar na resolução de conflitos familiares, geralmente impregnados de uma carga sentimental muito forte, cheia de mágoas e decepções, situações nem sempre sensíveis ao processo comum.

Assim, inserido o conflito em relação ao abandono afetivo ou omissão de cuidado dentre aqueles que decorrem das relações familiares, será estudado como objeto do procedimento de mediação, apontando-se todas as especificidades que podem ser adotadas neste meio, destacando-se os pontos positivos que ocasionalmente possam trazer à resolução deste tipo de lide peculiar.

3.1 DAS CARACTERÍSTICAS GENÉRICAS DA MEDIAÇÃO

A mediação, como já mencionado, é forma de resolução consensual de conflitos, tendo, portanto, a participação direta das partes envolvidas. Por intermédio de um terceiro imparcial, o mediador, serão as partes guiadas de forma a facilitar o alcance de um acordo. Nesse sentido, importantes as palavras de Cristiano Álvares e Andréa Menezes:

> “Mediação representa a busca da solução de conflitos através de um terceiro desinteressado, este que é denominado mediador e que vai intervir no conflito buscando um consenso através de conselhos e sugestões que guiarão as partes para construção de respostas que

> irão atender aos anseios dos interessados" (LAGO; LAGO, 2010, p. 90).

É certo que a mediação, apesar de ser forma consensual de resolução dos conflitos, é regida por vários dos princípios que regulam o processo judicial (NEVES, 2016). Confirmando, extrai-se do *caput* artigo 166 do Código de Processo Civil de 2015: "a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada" (BRASIL, 2015).

Dentre os princípios enumerados pelo artigo 166, destacam-se a autonomia da vontade e a confidencialidade. Claro que, sem autonomia para manifestar sua vontade, não há se falar em resolução consensual dos conflitos (NEVES, 2016). Nas apuradas palavras de Adolfo Neto, a autonomia da vontade no procedimento de mediação "proporciona às pessoas, ao longo do processo, gerir o conflito conforme suas vontades a partir das regras por elas mesmas estabelecidas" (BRAGA NETO, et al., 2012 p. 105). Tanto é assim que a resolução do conflito, materializada pela decisão final, não é proferida pelo mediador. As próprias partes definem seu direito, não tendo o mediador poder de impor qualquer decisão às partes.

Continuando, como uma das mais importantes características da mediação está a confidencialidade do procedimento, que impede que o teor do procedimento seja utilizado para qualquer outro fim que não a conciliação (NEVES, 2016). Desta forma, as partes se veem totalmente livres para expor suas ideias, emoções, convicções e mágoas sem o receio de se ver prejudicado, posteriormente, em qualquer outra esfera do direito. Cabe frisar, neste momento, que esta é uma das características mais interessantes para a resolução, através da mediação, dos conflitos familiares, quase sempre impregnado de emoções exacerbadas.

Não existe uma forma rígida pré-definida para a mediação; outra de suas vantagens se encontra justamente neste ponto, já que, por sua forma não rígida, existir a possibilidade do procedimento se adequar à resolução do conflito, e não o contrário, como aconteceria na jurisdição comum (LAGO; LAGO, 2010). Precisamente, define neste sentido:

> "Diferentemente do processo judicial, os mecanismos ditos "alternativos" de solução de controvérsias (os "ADR") não possuem um corpo estruturado de regras de manuseio. O que se pauta em sua operação são regras básicas e princípios gerais derivados de

> sua natureza e características peculiares" (BRAGA NETO, et al., 2012 p. 4).

Importa advertir, contudo, que a mediação, por óbvio, possui limites de atuação (BARBOSA, 2015). Impossível alegar que sempre será o método adequado para a resolução dos conflitos, vez que depende sempre da vontade das partes e das peculiaridades dos casos que procura resolver. O que importa, portanto, é analisar as vantagens do procedimento e seus métodos de atuação, até porque tendem os meios de resolução consensual dos conflitos a ganhar cada vez mais espaço em nosso meio social.

3.2 DA MEDIAÇÃO COMO FASE OBRIGATÓRIA DOS PROCESSOS

Conforme citado nas noções introdutórias desse capítulo, o Novo Código de Processo Civil tem incentivado outras formas de resolução de conflitos, como forma alternativa ao processo judicial comum. E isso pode ser extraído da análise dos artigos 3º, 139, 334 e 359, todos enfatizando a mediação como método de resolução de conflitos, regulando seu procedimento.

Trata-se de "uma de suas diretrizes ou matrizes ideológicas para transformar o processo civil no Brasil, tentando mitigar o problema da alta litigiosidade que assola nosso país" (RODOVALHO, 2015).

Portanto, assim procedendo o Novo Código de Processo Civil, inseriu em seu texto audiência de conciliação ou mediação obrigatória, a ser realizada em todos os processos, todas as vezes que o direito discutível por passível de transação, ou seja, quando discutirem a forma material dos direitos indisponíveis (NEVES, 2016).

Trata-se, sobretudo, da alteração mais significativa em relação ao Código de Processo Civil anterior (DUARTE, 2015), que, apesar de permitir o procedimento, o previa como procedimento dispensável, se no entendimento do juiz não houvesse possibilidade de sucesso na solução consensual.

De fato, o Código de Processo Civil de 2015 tratou do assunto em capítulo próprio, como procedimento a ser realizado logo após o recebimento da petição inicial. É a redação do artigo 334 do Código de Processo Civil:

> "Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30

> (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência” (BRASIL, 2015).

Tal artigo não deixa dúvidas quanto a obrigatoriedade do procedimento. Em nenhum momento do texto do dispositivo legal supracitado encontram-se elementos que permitiriam a interpretação do procedimento como algo dispensável. É de fato procedimento e fase obrigatória nos processos regulados pelo Novo Código de Processo Civil. Tamanha é a importância empregada ao procedimento pelo novo Código processual que enquadrou o não comparecimento à audiência de mediação como ato atentatório à dignidade da justiça, inclusive sancionando com multa a parte faltosa. De certo, expressa o §8º do artigo 334 do Código de Processo Civil:

> “O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado” (BRASIL, 2015).

Ainda dentro dos regramentos do artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015, vê-se §4º extraem-se as únicas exceções capazes de afastar a realização da audiência de mediação.

A primeira diz respeito ao desinteresse mútuo pelo procedimento. De certo, é o que se pode entender do §4º e seu inciso I, sendo a redação seguinte extraída: “A audiência não será realizada: se ambas as partes se manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual” (BRASIL, 2015).

A segunda, prevista no inciso II do mencionado parágrafo, fala que não será realizada audiência de mediação “quando não se admitir a autocomposição”. Oportunamente, cabe frisar que os direitos que não admitem composição são aqueles considerados indisponíveis, fundamentais, em sua forma material. Esclarecendo, são passíveis de autocomposição os direitos indisponíveis, muitas vezes, quanto à sua forma de exercício ou momento de cumprimento da obrigação, mas nunca quanto à sua existência. Ilustrativamente, percebe-se que não poderia ser disposto o direito à vida pelo procedimento de mediação, pois não é considerado um direito disponível.

Entende-se que o direito a indenização por abandono afetivo estudado por este trabalho enquadra-se como possível objeto do procedimento de mediação. É certo que neste tipo de conflito não se discute a disponibilização de direitos

fundamentais do menor, e sim a possibilidade de ver eventual dano compensado pelo descumprimento dos deveres atrelados a esses direitos fundamentais.

Por fim, insta frisar que jamais se pode confundir a obrigatoriedade da realização da mediação com a obrigatoriedade de resolver os conflitos por esse procedimento. A parte deve comparecer à audiência, mas não tem o dever de aceitar qualquer proposta realizada, até porque o procedimento é totalmente regido pelo princípio da autonomia da vontade.

3.3 DA MEDIAÇÃO COMO RESPOSTA AOS CONFLITOS FAMILIARES

Analisados os aspectos gerais da mediação, bem como a principal alteração realizada a este propósito pelo novo Código de Processo Civil, cabe agora a aproximação deste procedimento com o objeto que importa deste trabalho.

Assim, inicialmente, cabe o exame das características da mediação como adotado como método de resolução dos conflitos familiares. Para Daniel Amorim, é indiscutível a relevância do procedimento para a resolução dos conflitos familiares (NEVES, 2016). Tanto é assim que a mediação ganhou posição de destaque na resolução de conflitos familiares, muitas vezes trazendo uma eficácia maior que a jurisdição comum (LAGO; LAGO, 2010).

A explicação para a efetividade na mediação nos conflitos familiares é a consideração quanto ao estado psicológico das partes, sempre se preocupando o mediador com a aproximação das partes, mesmo que apenas para viabilizar diálogos entre elas, de modo a alcançar uma solução. Afirmou-se:

> “No direito de família, portanto, a mediação é essencial, pois vai ajudar as partes, em momento de dor e angústia, a separar as questões materiais dos envolvimentos emocionais, protegendo dessa forma todos os envolvidos no processo, o que o Judiciário, com suas características formais, não poderia atender de maneira tão individual e particularizada” (LAGO; LAGO, 2016, p. 100).

De certo, a possibilidade de intercedência de profissionais de áreas específicas, com ênfase nos profissionais da psicologia, é de grande relevância e pode ser o diferencial do procedimento da mediação nos conflitos familiares. São esses profissionais conhecedores das dificuldades encontradas no âmbito familiar, podendo aplicar sua técnica de modo que se facilite ainda mais a interação entre as

partes (LAGO; LAGO, 2010). Neste sentido que se fala em interdisciplinaridade da mediação, definida desta forma por Giselda Groeninga:

> “Um método pelo qual um terceiro imparcial, especialmente formado, colabora com os mediandos de modo que a ampliem a consciência dos conflitos, de seus múltiplos determinantes e consequências, elaborando a transformação daqueles, por meio do estabelecimento ou restabelecimento da comunicação” (GROENINGA, 2015).

O resultado da facilitação da comunicação entre as partes, por intermédio do mediador e, eventualmente, de profissionais de outras áreas convidados a participar do procedimento, pode trazer maior celeridade à resolução do conflito, e até maior satisfação das, já que alcançado de comum acordo.

Como demonstrado, muitos são os métodos trazidos pela mediação para a resolução dos conflitos. Entende-se que, existindo a possibilidade de reestabelecimento de comunicação entre as partes conflitantes, é de grande valia a mediação na resolução dos conflitos familiares, tomados quase sempre de grande carga sentimental que torna extremamente dificultoso qualquer diálogo.

Resta analisar, por fim, a atuação do procedimento da mediação diante dos conflitos paterno-filiais, com atuação específica nas lides decorrentes de abandono afetivo.

3.4 DA ATUAÇÃO DA MEDIAÇÃO COMO RESPOSTA À RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO

É de se extrair, diante da análise de todo o presente trabalho, que inerente aos conflitos decorrentes do abandono afetivo está uma carga emocional muito elevada, estando todo o procedimento baseado em supostas falhas de uma ou outra parte, tentando o filho demonstrar que seu pai não cumpriu com os seus deveres decorrentes do poder familiar, enquanto o genitor busca comprovar a inexistência de ato ilícito reparável.

Claro que, em se tratando de ação de reparação de danos morais por abandono afetivo, uma das maiores dificuldades apresentadas é justamente o afastamento, ou a falta de aproximação, entre as partes.

Como demonstrado no capítulo anterior, uma das maiores críticas à ação que visa à reparação de dano afetivo é justamente o “afastamento definitivo” das partes.

Pensando nisso, muitos afirmam que a mediação na ação de abandono afetivo é instrumento processual capaz de aproximar as partes, sendo uma resposta mais eficiente que a responsabilização civil. De fato, é o que pensam Cláudia Mara e Leonardo Macedo, ao afirmarem o que segue:

> “Pode-se compreender a mediação como a forma alternativa mais adequada, pois ela visa preservar os vínculos. Isto porque, muitas vezes, as decisões judiciais não alcançam a pacificação social, visto estarem os julgadores presos a critérios objetivos, previamente estabelecidos na legislação e que não podem deixar de serem observados, e assim não conseguem alcanças o verdadeiro interesse das partes. Resolve-se aquela demanda, mas o conflito persiste, principalmente porque as relações familiares apresentam em suas demandas um grau de subjetividade e complexo considerável” (POLI; VIEGAS, 2013).

Contudo, também se deve ter em vista os limites da mediação, que depende diretamente da vontade das partes em transigirem e aceitarem condições impostas por meio deste procedimento. De modo geral, deve prevalecer o entendimento de que não existe um rol taxativo de situações que teriam a mediação como um benefício (LAGO; LAGO, 2010). Pelo contrário. Indubitavelmente, as lides familiares têm consigo um grande grau de subjetividade, não cabendo afirmação de que a mediação sempre será o meio hábil a resolver a controvérsia.

Conforme já elucidado, a ação de responsabilização civil por abandono afetivo pode ser muito dificultosa, tendo em vista o provável mau relacionamento entre as partes. Considerando-se a explanação de Ada Pellegrini (GRINOVER; WATANABE; LAGRASTA NETO, 2013, p. 44) quanto à mediação em casos de ações de alimentos como análoga ao objeto em questão, ou seja, a responsabilização civil por abandono afetivo, por ambas buscarem o cumprimento de prestação pecuniária do pai ou da mãe, é certo que:

> “Busca-se prestação jurisdicional quando os canais de comunicação foram interrompidos ou jamais existiram ou foram exercitados. São situações de desgaste de relacionamento, ofensas mútuas, falta de respeito, ausência de diálogo” (GRINOVER; WATANABE; LAGRASTA NETO, 2013, p. 44).

Pois bem. Tendo em vista as dificuldades apresentadas, devem ser consideradas as soluções especiais apresentadas pela mediação. Conforme visto, além do mediados, pode haver a presença de profissionais de diversas áreas, todos trabalhando com o fim de estabelecer a comunicação entre as partes.

> “Através da mediação se permite aos interessados a exposição de suas respectivas razões, para que recuperem o equilíbrio, a auto-estima perdidos em decorrência do desgaste ocasionado por conflitos que, por vezes, os acompanham ao longo de suas vidas. A ajuda do mediador permitirá que se encontre a solução que satisfaça a todos os envolvidos e que resolva o problema existente entre as partes” (GRINOVER; WATANABE; LAGRASTA NETO, 2013, p. 44).

Assim, apresentadas as circunstâncias do andamento da mediação, define-se tal procedimento como algo positivo aos conflitos familiares, entre eles o de responsabilização por dano moral decorrente de abandono afetivo. Entretanto, firmou-se, através dos argumentos apresentados, que o sucesso da mediação depende e muitos fatores, inclusive da disposição das partes em transigirem direitos. De relevância também é lembrar que o procedimento de mediação foi inserido no Novo Código de Processo Civil como procedimento obrigatório.

Desta forma, considerando os benefícios que podem ser alcançados e aproveitando o incentivo trazido pela nova lei processual, deve ser a mediação incentivada, podendo trazer não apenas maior celeridade, mas também maior satisfação, pois as próprias partes decidem o desfecho da lide. Conclui-se, assim, que é sempre válida a tentativa de acordo quando não ocorrer de as duas partes desprezarem completamente o procedimento da mediação, mas nunca é certa a resposta.

CONCLUSÃO

Diante da análise do trabalho, percebeu-se que foram alcançados diversos avanços na consolidação dos direitos das Crianças e dos Adolescentes, em especial com o advento da Constituição Federal de 1988. Determinou-se, neste sentido, que, ao contrário do previsto em legislações pretéritas, o poder familiar é exercido em consenso com as necessidades dos filhos, não sendo, de forma alguma, atribuidor de poder ilimitado aos pais.

Foram percebidos, nesta monta, que são direitos dos menores não apenas a saúde, a alimentação, o lazer, mas também a educação, a companhia, a guarda. Desta afirmação, extrai-se que não bastam para a efetiva prestação dos deveres parentais depende de muito mais que apenas o pagamento de verbas alimentares. E isso é assim porque o direito passou a se preocupar também com a formação psicológica e intelectual das pessoas.

Neste aspecto, foi percebida a importância da proteção integral deferida ao menor por sistema formado pela Constituição Federal de 1988, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente, todos prevendo como obrigação parental formas que cuidado que ultrapassam apenas o sustento material dos filhos.

Conforme pôde se perceber, também, surgiu o questionamento quanto às sanções aplicadas às eventuais transgressões aos reconhecidos direitos dos menores. Com isso, além das penalidades previstas expressamente no Código Civil, ou seja, perda e suspensão do poder familiar, surgiu o questionamento sobre a viabilidade de se indenizar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais. Como visto, apresentada a questão ao Superior Tribunal de Justiça, se manifestou este Egrégio Tribunal, sobre a questão, em 2005 e em 2012. Na primeira decisão, se manifestou o STJ de forma contrária à responsabilização do pai, afirmando que não haveria fundamento para impor o amor através de ação judicial. Neste segundo momento, entretanto, aprofundou-se o Tribunal nos pressupostos da responsabilização civil, por fim confirmando o pagamento de indenização pelo pai.

Assim, tendo em vista o trabalho desenvolvido, entende-se que é indiscutível que o poder familiar faz parte de sistema de proteção ao menor, motivo pelo qual não há se falar na falta de fundamentação dos direitos a eles deferidos pelos mais

diversos diplomas legais. Desta forma, consideram-se desconstruídos os fundamentos apresentados à resolução do caso naquela pioneira decisão do Superior Tribunal de Justiça pela jurisprudência mais recente. Conforme firmado por este trabalho acadêmico, o acórdão proferido por aquele egrégio tribunal extraiu considerações sobre quanto a alegada imposição de sentimento por meio judicial.

Conclui-se, pelo exposto, que a jurisprudência atual se apoia em conceitos mais objetivos para a resolução da questão, analisando o descumprimento das obrigações inerentes aos vínculos afetivos à luz dos pressupostos da responsabilidade civil para, enfim, concluir sobre sua aplicação.

Importando-se o trabalho com a análise do procedimento de mediação quando adotado no processo de indenização por dano moral decorrente de dano afetivo, puderam-se chegar a algumas definições importantes.

Em primeiro lugar, conclui-se que a mediação deixou de ser procedimento dispensável ao total arbítrio do juiz após a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, sendo seu dever inafastável a designação de audiência de mediação ou conciliação, a depender de qual se amoldaria melhor ao caso concreto. Assim, viu a presente pesquisa que a nova tendência processual é tentar sempre aplicar métodos alternativos de resolução de conflitos, salvo quando as partes expressamente se declararem indispostas a assim proceder.

Ainda diante do procedimento de mediação, concluiu que este vem trazendo resultados satisfatórios quando atua na resolução de conflitos familiares. E isso por conta do papel que o mediador tem de restabelecer ou estabelecer um diálogo ou comunicação entre as partes. Também como peculiaridade benéfica do procedimento de mediação aplicado para resolução de conflitos familiares, percebeu-se que a possibilidade de participação de profissionais especializados em áreas de outras ciências, como a psicologia, ajuda na celeridade do procedimento e no alcance de seu objetivo: a resolução consensual do conflito.

Por fim, quando enfrentada a questão do procedimento de mediação em casos de abandono afetivo, conclui-se que, apesar das alegações de diversos juristas sobre a possibilidade de reaproximação entre pai e filho, deve-se atentar sempre que não há um rol taxativo de aplicação do procedimento. Definiu-se, portanto, na presente pesquisa, que não cabe afirmação que determina o

procedimento sempre como meio hábil a reaproximar das partes, por todo o caso pairar de situações subjetivas e peculiares. Entendeu-se, por fim, reconhecendo a importância da mediação para resolução dos conflitos familiares, que é sempre pode ser sugerida como procedimento apto a receber as lides, mas que não necessariamente será alcançado o consenso entre as partes.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rogrigues, et al. **Curso de direito da criança e do adolescente** : aspectos teóricos e práticos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARBOSA, Arruda Águida. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

BRAGA NETO, Adolfo, et al. **Negociação, mediação e arbitragem**: curso básico para programas de graduação em Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2016

_____, **Lei 8.069, de 13 de Junho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2016

_____, **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 set. 2016

_____, **Lei nº 12.318, de 26 de Agosto de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em 29 ago. 2016

_____, **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 set. 2016

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242.** 2012. Terceira Turma. Recorrente: Maria Augusta Galassi Avogado: Elcias José Ferreira e outro(s) Recorrido: Arivaldo Germano Galassi Advogado: Marcos Nogueira Rangel Fabes e outro(s). Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília. 04 de maio de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 26 set. 2015.]

_____, Superior Tribunal de Justiça.**Recurso Especial nº 757.411**. 2005. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves Recorrente: V de P F de O F Advogado: João Bosco Kumaira e outros Recorrido A B F (menor) Assistido por: V B F Advogado: Rodrigo da Cunha Pereira e outros. Brasília. 29 de 11 de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006>. Acesso em: 31 out. 2016.]

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

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

_____, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

DORNELES, Tatiana Poltosi. **Breves considerações sobre a mediação no direito de família**. 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/breves-considera%C3%A7%C3%B5es-sobre-media%C3%A7%C3%A3o-no-direito-de-fam%C3%ADlia>. Assesso em 31 ago. 2016

DUARTE, Zulmar. **A dificil conciliacao entre o novo cpc e a lei de mediacao**. 2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao>. Acesso em: 30 ago. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil**: famílias. São Paulo: Atlas, 2015. v. 6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2016a

_____, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: contratos, tomo I: teoria geral. São Paulo: Saraiva, v.4. 6. ed., 2016b

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 13. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2016

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento do processo** : revolução na prestação jurisdicional : guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2013.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Processo familiar mediacao espaco dialogo compreensao conflitos**. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-02/processo-familiar-mediacao-espaco-dialogo-compreensao-conflitos>. Acesso em: 31 ago. 2016

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas., 2014.

KARROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012

LAGO, Andréa Menezes Rios Valladares do; LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Mediação no Direito de Família. **Revista de direito privado**. São Paulo,v.3, n. 11, p. 84-120, jul./set. 2002

LENZA, Pedro. 2015. **Direito Constitucional**: esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____, Rolf. **Curso de direito de família**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NASCIMENTO, Nely Viana Kauffmann do. O discurso do afeto. **Universitas Jus**. Brasília, n. 20, p. 86- 144, jan./jun. 2010

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil** - Volume Único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: direito de família. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 5.

_____, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: direito de família. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 5

_____, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: direito de família. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5

RODOVALHO, Thiago.. **Mediação Obrigatória?**. 2015. Disponível em: <http://portalprocessual.com/mediacao-obrigatoria/>. Acesso em: 30 ago. 2016

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6

SLAIKEU, Karl A. **No final das contas**: um manual prático para mediação de conflitos. Brasília: Brasília Jurídica, 2002

TARTUCE, Flávio. **Abandono Afetivo (indenização)** - comentários a julgado do tribunal de justiça de São Paulo. In: LAGRASTA NETO, Cartano; TARTUTE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011

_____, Flávio. Direito de Família e Afetividade no Século XXI, 2012. Disponível em: < http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia> Acesso em 14 set. 2016

_____, Flávio. **Direito Civil**: direito de família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016a, v. 5

_____, Flávio. 2016b. **Manual de Direito Civil**: volume único. 6ª. ed. São Paulo: Método, 2016b

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, v.1

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

VIEGAS, Cláudia Maria de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. **Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução de conflitos paterno-filiais**, 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12913>. Acesso em: 31 ago. 2016

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. 2014. Definição e natureza jurídica do princípio da afetividade. **Revista crítica do direito.** v. 4, n. 63, p. 17-25, out./dez. 2014

VILELLA, João Baptista. 1979. Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 21, p. 384-389, maio 1979