

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Carolina Bragé Schmidt

**O (DES)CABIMENTO DO DEVER PATERNO DE INDENIZAR EM CASO DE
VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

Porto Alegre
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Carolina Bragé Schmidt

**O (DES)CABIMENTO DO DEVER PATERNO DE INDENIZAR EM CASO DE
VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial para
obtenção de grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Jamil Andraus Hanna
Bannura

Porto Alegre
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Carolina Bragé Schmidt

**O (DES)CABIMENTO DO DEVER PATERNO DE INDENIZAR EM CASO DE
VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial para
obtenção de grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Jamil Andraus Hanna
Bannura

Aprovado pela Banca Examinadora em 12 de Dezembro de 2011.

Banca Examinadora:

Prof. Jamil Andraus Hanna Bannura

Examinador

Examinador

RESUMO

Este trabalho visa a analisar a possibilidade de os filhos pleitearem indenização por danos morais quando há abandono afetivo por parte dos pais. Inicialmente, serão analisadas a doutrina da proteção integral e os direitos fundamentais da criança e do adolescente, especialmente o direito fundamental à convivência familiar. Em seguida, são elencados os requisitos necessários à configuração da responsabilidade civil, bem como definida a competência para julgamento dessas ações. Por fim, serão apresentados os controvertidos posicionamentos a respeito da discussão, tanto doutrinários quanto jurisprudenciais, buscando definir qual o posicionamento mais adequado para o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direitos fundamentais – Convivência Familiar - Criança e Adolescente – Abandono – Indenização – Danos morais

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 6 |
| 1. A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES | 18 |
| 1.1. A doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes..... | 18 |
| 1.1.1. Novo paradigma: reconhecimento como sujeitos de direito..... | 23 |
| 1.1.2. Condição especial de pessoas em desenvolvimento..... | 28 |
| 1.1.3. Prioridade absoluta..... | 29 |
| 1.2. Direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes | 31 |
| 1.2.1. Direito à vida e à saúde..... | 32 |
| 1.2.2. Direito à liberdade, ao respeito e à dignidade | 38 |
| 1.2.3. Direito à educação e à cultura..... | 43 |
| 1.2.4. Direito à convivência familiar e comunitária | 46 |
| 2. ANÁLISE DO (DES)CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO EM CASO DE VIOLAÇÃO DO DEVER DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR..... | 55 |
| 2.1. Pressupostos da responsabilidade civil | 56 |
| 2.1.1. Ato ilícito | 56 |
| 2.1.2. Dano | 58 |
| 2.1.3. Culpa | 60 |
| 2.1.4. Nexo Causal | 61 |
| 2.2. Competência para julgamento das ações indenizatórias..... | 64 |
| 2.3. Posições contrárias à responsabilização em razão da violação do dever de convivência familiar | 65 |
| 2.4. A doutrina favorável à indenização nas relações afetivas paterno-filiais | 72 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 90 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 92 |

INTRODUÇÃO

O artigo 227 da Constituição Federal consagra os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes, entre os quais encontra-se o direito à convivência familiar e comunitária. Tendo em vista a condição de pessoas em desenvolvimento, é garantido o direito de constituição de vínculo afetivo com seus familiares.

Na prática, infelizmente, este direito nem sempre é respeitado. O presente trabalho tem por finalidade estudar os principais direitos das crianças e dos adolescentes, com foco na (im)possibilidade de indenização dos danos morais sofridos pelo filho quando há abandono, ou falta de convivência familiar, por parte dos pais.

Para tanto, após um breve histórico da situação familiar no Brasil, será analisada a doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes e alguns de seus direitos fundamentais. Será dado especial enfoque ao direito à convivência familiar e comunitária, previsto no artigo 227 da Constituição Federal¹.

Na segunda parte do estudo, analisar-se-á o (des)cabimento de indenização por danos morais ao filho que não teve realizado seu direito à convivência em razão de abandono afetivo dos genitores. Serão trazidos os principais argumentos teóricos sobre os posicionamentos majoritários, bem como sua aplicação nos tribunais brasileiros.

A discussão é pertinente no contexto contemporâneo da família, uma vez que concebida como uma entidade formada por pessoas em razão de laços afetivos². No entanto, nem sempre as crianças e adolescentes estiveram no centro das preocupações da família. Por esse motivo, antes de iniciar a explanação sobre o tema propriamente dito, mostra-se necessário contextualizar a situação da família e dos menores durante a história brasileira.

Nas primeiras Constituições do Brasil, a família praticamente não foi percebida, já que considerada parte do direito privado. A primeira delas - datada de

¹ Constituição Federal, artigo 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. ² SOVIERE, Fabiane. *O direito à família: os fundamentos da crise da vontade na família*. Porto Alegre, Ricardo Lenz Editor, 2001. p. 16.

1824 - não faz nenhuma referência à família em particular. Já a de 1891 fez somente uma menção, ao reconhecer o casamento civil como o único ato jurídico capaz de constituir a família, determinando que sua celebração fosse gratuita³.

No Código Civil de 1916, a família era basicamente rural e funcionava como unidade de produção, proporcionando força de trabalho e condições de sobrevivência do grupo⁴. A principal preocupação à época era a preservação da unidade, de modo que o interesse da instituição familiar estava acima do das pessoas que a compunham⁵.

A família era liderada por um homem, que exercia papel de pai e marido e detinha a autoridade e poder sustentados em uma estrutura patrimonial⁶. Basicamente, era uma entidade patriarcal - direcionada pelo marido, detentor do *pátrio-poder* -, hierarquizada e matrimonializada⁷, em que o pai possuía função de chefia e cabia aos filhos e à mulher uma função hierarquicamente inferior⁸.

Tinha formação extensiva, constituída por todos os parentes de modo a formar uma unidade de produção. Em razão de ser uma entidade patrimonializada, havia grande incentivo à procriação, já que os novos membros eram utilizados como força de trabalho, de modo a proporcionar melhores condições de sobrevivência ao grupo⁹. As regras de direito de família eram focados na proteção do patrimônio¹⁰.

A função de chefe do casal era formalmente atribuída ao marido, e a mulher ocupava papel secundário - tanto que a mulher casada era relativamente

³ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 25.

⁴ BOEIRA, Jose Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade: Posse de Estado de Filho: paternidade socioafetiva*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 19/20.

⁵ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 13/14.

⁶ BOEIRA, Jose Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade: Posse de Estado de Filho: paternidade socioafetiva*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 19.

⁷ FREIRE, Marta Regina Pardo Campos. *Poder familiar*. 2007. 261 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, São Paulo, 2007. p. 21.

⁸ BOEIRA, Jose Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade: Posse de Estado de Filho: paternidade socioafetiva*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 20.

⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 28.

¹⁰ SILVA, Maria de Fátima Alflen da. *Direitos Fundamentais e o novo direito de família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 90.

incapaz, pois perdia o direito à livre administração de seus bens e era submetida a outras limitações¹¹.

Desde a primeira codificação civil, o casamento era a única fonte da família. Ou seja, a entidade familiar só existia juridicamente quando constituída através do matrimônio válido. Com isto, estava afastados da proteção legal os filhos provenientes de relações não matrimonializadas, chamados ilegítimos¹².

Vigorava em nosso sistema a presunção *pater is est* – que automaticamente atribuía a paternidade do filho ao marido da mãe¹³. A presunção pretendia garantir legitimidade aos filhos, de modo a afastar eventuais ameaças àqueles provenientes do casamento. Resquício do direito romano, consagrava-se a tradição patrilinear, em que o filho nascido dentro do casamento pertencia à família do pai e adotava seu patronímico¹⁴.

Sendo a família constituída tão somente pelo matrimônio, as famílias eram divididas em dois tipos: uniões legítimas e ilegítimas. Aquelas constituídas pelo matrimônio eram consideradas legítimas, enquanto as desconhecidas ou menosprezadas pela lei eram chamadas de ilegítimas¹⁵.

Neste período, os filhos eram classificados de acordo com o relacionamento mantido entre seus pais. Eram considerados filhos legítimos aqueles que tinham os pais casados entre si, e ilegítimos os filhos havidos fora do casamento. Os filhos ilegítimos compreendiam ainda os filhos naturais, oriundos do concubinato (decorrente da relação entre pessoas sem impedimentos para o casamento, mas que não eram casadas) e espúrios, quando os pais tinham impedimentos a casarem-se à época da concepção, por motivo de incesto ou adultério¹⁶. Ou seja, verificava-se grande preocupação em proteger a entidade

¹¹ FREIRE, Marta Regina Pardo Campos. *Poder familiar*. 2007. 261 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, São Paulo, 2007. p. 20.

¹² MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 12/13.

¹³ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 14.

¹⁴ BOEIRA, Jose Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade: Posse de Estado de Filho: paternidade socioafetiva*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 21.

¹⁵ BOEIRA, Jose Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade: Posse de Estado de Filho: paternidade socioafetiva*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 21.

¹⁶ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 12/13.

familiar como instituto em detrimento dos vínculos e filhos ilegítimos, que eram preteridos em uma tentativa de preservação do casamento¹⁷.

Foi a Constituição de 1934 a primeira a consagrar normas de direito de família, educação e cultura¹⁸. Dispôs que a família ficaria sob a proteção do Estado e que sua base estava no ato jurídico do casamento indissolúvel¹⁹. Não foi apresentado conceito substancial da família; limitou-se o Constituinte a especificar o ato pela qual era constituída e sua indissolubilidade – o que não admitia o divórcio a vínculo²⁰. No entanto, indiretamente, houve um ligeiro alargamento no conceito de família em razão de ser possibilitado o reconhecimento de filhos naturais não adulterinos²¹.

O Estatuto da Mulher Casada (Decreto n.º 4.121 de 1962) é considerado o grande marco na emancipação feminina, em razão de a mulher passar a ter plena capacidade na constância do casamento, abandonando a condição de relativamente incapaz²². Com isto, o poder familiar passou a ser exercido pelo pai, com auxílio da mãe²³.

Com a Lei n.º 6.515 de 1977²⁴, criou-se a possibilidade da dissolução da sociedade conjugal através do divórcio, e o desquite foi substituído pela separação judicial²⁵. Com o fim do vínculo matrimonial, permitia-se um novo casamento²⁶.

Alguns acontecimentos transformaram as estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais, como a Revolução Industrial, o aumento das concentrações urbanas, a inserção da mulher no mercado de trabalho e a emancipação feminina.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 30.

¹⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 45.

¹⁹ Constituição Federal de 1934, artigo 144: A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único: A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo.

²⁰ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 48.

²¹ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 48.

²² FREIRE, Marta Regina Pardo Campos. *Poder familiar*. 2007. 261 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, São Paulo, 2007. p. 24.

²³ Artigo 380 do Código Civil de 1916, com nova redação.

²⁴ Esta lei ficou conhecida como “Lei do divórcio”.

²⁵ FREIRE, Marta Regina Pardo Campos. *Poder familiar*. 2007. 261 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, São Paulo, 2007. p. 25.

²⁶ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 71.

A família não ficou imune a esta nova realidade, e o conceito de família não mais se restringia àquela constituída pelo casamento civil²⁷.

A mulher alargou sua atuação e deixou sua condição de inferioridade para trás²⁸, passando a contribuir para a fonte de subsistência familiar²⁹. A família deixou de ser extensiva para ser nuclear, composta basicamente pelo casal e seus filhos³⁰. As mudanças têm origens diretamente ligadas às formas e aos modos de produção econômica³¹.

Com isto, houve aproximação entre os membros da família, aumentando o prestígio do vínculo afetivo. As relações familiares passaram a ser concebidas como formadas por laços afetivos de carinho, de amor, de forma a consistir na base da sociedade³². Com a valorização do afeto, as funções políticas, econômicas e religiosas foram deixadas em segundo plano³³.

A sociedade passou a aceitar uniões sem casamento, e novas entidades familiares foram criadas, independentemente do casamento. Em face das transformações sociais ocorridas, o modelo codificado mostrou-se insuficiente³⁴. Silvana Maria Carbonera analisa com maestria as transformações sociais ocorridas durante este período, e como o ordenamento jurídico foi alterado:

Buscando a realização pessoal, o ordenamento jurídico foi posto em segundo plano e os sujeitos se impuseram como prioridade. Formaram-se novas famílias, marginais e excluídas do mundo jurídico, mas, ainda assim, se formaram. A verdade social não se ateve à verdade jurídica, e os fatos afrontaram e transformaram o direito.³⁵

²⁷ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 61/62.

²⁸ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 15.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 28.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 28.

³¹ SILVA, Maria de Fátima Alflen da. *Direitos Fundamentais e o novo direito de família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 82.

³² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 28/29.

³³ SILVA, Maria de Fátima Alflen da. *Direitos Fundamentais e o novo direito de família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 91.

³⁴ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 16.

³⁵ CARBONERA apud MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 16.

A Constituição de 1988 causou uma verdadeira revolução no Direito de Família, e reformulou o instituto. Ampliou o conceito de entidade familiar, reconhecendo também a união estável³⁶ e a família monoparental, constituída por qualquer um dos pais e seus descendentes³⁷.

A família não mais é vista como instituição jurídica, e sim como instrumento para a promoção da personalidade humana, em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana³⁸. Hoje, o direito de família não se limita às relações de pais e filhos; abrangendo também os cônjuges e conviventes, de modo a incluir todas as pessoas ligadas por vínculo de consanguinidade, afinidade ou afetividade³⁹. A busca pela vida em família está relacionada com a necessidade de afeto, elemento natural do ser humano⁴⁰.

Adota-se a concepção eudemonista, em que a família é voltada para realizar interesses afetivos e existenciais de seus integrantes⁴¹. Maria de Fátima Alflen da Silva discorre sobre as modificações do direito de família com o advento da Constituição Federal de 1988:

(...) transformaram o casamento e a família em geral, no âmbito legislativo, em instrumento de felicidade e promoção da dignidade de cada um de seus membros, fulcrada no respeito e na realização pessoal destes, o que se denomina eudemonismo. (...) Em suma, para que possam realizar a eudaimonia: a felicidade.⁴²

Foram consagrados princípios constitucionais de direito de família de forma não taxativa, alguns dos quais serão analisados durante este estudo. Entre os principais estão a igualdade de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal

³⁶ FREIRE, Marta Regina Pardo Campos. *Poder familiar*. 2007. 261 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, São Paulo, 2007. p. 29.

³⁷ SCHREIBER, Elisabeth. *Os direitos fundamentais da Criança na Violência Intrafamiliar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001. p. 19.

³⁸ SILVA, Maria de Fátima Alflen da. *Direitos Fundamentais e o novo direito de família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 84.

³⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 34.

⁴⁰ SCHREIBER, Elisabeth. *Os direitos fundamentais da Criança na Violência Intrafamiliar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001. p. 17.

⁴¹ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.. 23.

⁴² SILVA, Maria de Fátima Alflen da. *Direitos Fundamentais e o novo direito de família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 94/96.

e a igualdade de filiação⁴³, o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, do pluralismo das entidades familiares e da eliminação do elemento despótico⁴⁴.

O modelo passou a ser isonômico, sendo o casal responsável pela direção da sociedade familiar. Aos filhos cabe papel participativo na vida familiar, sem discriminação⁴⁵. A igualdade de filiação foi instituída de forma expressa, e passou a garantir os mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos dentro ou não do casamento, ou por adoção⁴⁶.

Como já visto, crianças e adolescentes inicialmente possuíam uma posição de inferioridade frente ao *pater familia*. Até o reconhecimento de sua condição de sujeitos de direito com a Constituição Federal de 1988, podem ser identificadas duas fases em relação ao tratamento conferido pelo Estado a crianças e adolescentes, à época denominados de maneira pejorativa como menores.

As primeiras preocupações surgidas resultaram na Teoria do Direito Penal do Menor. A teoria tem origem concomitante aos primeiros Códigos Penais, e perdurou até a primeira metade do século XX. Durante este período, existia somente uma lei penal, que era aplicada tanto para os adultos quanto para as crianças e adolescentes. Com exceção de pequenas atenuações⁴⁷, as penas aplicadas eram as mesmas⁴⁸.

A doutrina do direito penal do menor foi gradualmente substituída pela doutrina da situação irregular, que tem início em 1923 com a instituição do Juízo Privativo de Menores⁴⁹. Compreendeu-se que deveriam existir penas diferenciadas

⁴³ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 16/17.

⁴⁴ SCHREIBER, Elisabeth. *Os direitos fundamentais da Criança na Violência Intrafamiliar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001. p. 19.

⁴⁵ AMIN apud MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 19.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 31.

⁴⁷ Até sete anos de idade, as crianças eram consideradas absolutamente incapazes. Dos sete aos dezoito anos, a diferenciação consistia em diminuição de um terço da pena.

⁴⁸ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 25.

⁴⁹ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 28.

a menores de idade, impostas por juízes especiais e não por juízes criminais⁵⁰. Apesar disso, não foram reconhecidos direitos às crianças e aos adolescentes⁵¹.

A situação jurídica da criança desassistida ou delinquente passa a ser decidida pelo juiz, a quem cabe adotar as medidas pertinentes à sua condição⁵². Para essa doutrina, menor em situação irregular era todo aquele que possuía uma patologia social, sendo irrelevante se causada em razão de pobreza, maus-tratos ou razão de autoria de ato infracional⁵³.

A primeira legislação dedicada aos menores foi o Código de Menores, que ficou conhecida como Código Mello Mattos em homenagem ao principal elaborador⁵⁴. Não se destinava a todas as crianças e adolescentes, mas somente ao menor na chamada situação irregular⁵⁵.

A infância passou a ser vista como uma questão de defesa nacional durante o Estado Novo. Nesse período, criança e menor eram entendidos como categorias diferenciadas⁵⁶. Enquanto criança era o filho de família financeiramente abastada, menor era considerado o filho da família pobre e que, conseqüentemente, encontrava-se em situação irregular e precisava da tutela estatal⁵⁷.

Não havia distinção entre o menor delinquente, o menor abandonado, o menor vadio e o menor libertino⁵⁸. A infância pobre e potencialmente perigosa, que compõe a categoria do menor, é diferenciada do resto da infância⁵⁹. A teoria foi

⁵⁰ LOBO, Ana Maria Lima. *Os maus-tratos na infância e adolescência: Aspectos jurídicos*. 2006. 143 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, São Paulo. p. 41.

⁵¹ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 29.

⁵² MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 28.

⁵³ LOBO, Ana Maria Lima. *Os maus-tratos na infância e adolescência: Aspectos jurídicos*. 2006. 143 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, São Paulo. p. 44.

⁵⁴ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 39.

⁵⁵ LOBO, Ana Maria Lima. *Os maus-tratos na infância e adolescência: Aspectos jurídicos*. 2006. 143 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, São Paulo. p. 41.

⁵⁶ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 33.

⁵⁷ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 33/34.

⁵⁸ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 40.

⁵⁹ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 28.

utilizada como método de intervenção sobre a população pobre, baseada no protecionismo e controle total de crianças e jovens⁶⁰. A finalidade era retirar os “desclassificados” do convívio social⁶¹. Tanto que o juiz tinha poder para adotar qualquer medida em favor dos menores de dezoito anos, independentemente do enquadramento nas categorias já citadas⁶².

Em relação aos menores abandonados, o Código determinava que fossem depositados em local próprio caso não fossem reclamados no prazo de trinta dias, sendo declarado seu abandono e definindo seu destino. Nesse caso, era determinada sua internação em escola de reforma pelo tempo necessário à sua educação, que poderia variar de três a sete anos⁶³.

A imputabilidade penal iniciava-se aos catorze anos, e não existiam garantias processuais. Ou seja, o juiz livremente decidia o destino do adolescente, sem qualquer formalidade especial⁶⁴. Para piorar, não foram definidas hipóteses taxativas de competência do Juizado de Menores, então o juiz agia com absoluta discricionariedade e arbitrariedade⁶⁵. Com o grande número de internações de crianças, foi necessário desenvolver uma política de criações de instituições para atender os abandonados e delinquentes⁶⁶.

Fruto de intenso debate jurídico⁶⁷, o Código de Menores de 1979 (Lei nº. 6.697/1979) é considerado o apogeu da doutrina da situação irregular⁶⁸. O artigo 2º descreveu as hipóteses em que o menor se encontrava em situação irregular:

⁶⁰ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 28.

⁶¹ LOBO, Ana Maria Lima. *Os maus-tratos na infância e adolescência: Aspectos jurídicos*. 2006. 143 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, São Paulo. p. 42.

⁶² MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 29.

⁶³ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 41.

⁶⁴ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 41.

⁶⁵ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 31.

⁶⁶ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 31.

⁶⁷ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 40.

⁶⁸ PEREIRA, José Antônio Borges. *O direito fundamental de liberdade da convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente*. 2008. 143 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, São Paulo. p. 35.

Art. 2º: Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

Como já dito, não havia garantias processuais aos menores, e cabia ao juiz livremente decidir qual a medida cabível, sendo possível inclusive a internação. Foram concedidos “superpoderes” ao Poder Judiciário, que poderia atuar de forma discricionária, independentemente de provocação e da observância de procedimentos processuais⁶⁹. Sobre o tema, nos ensina Maria Regina Azambuja:

Crianças e adolescentes estavam sujeitos a um processo inquisitorial, sobrepondo-se a verdade forma aos direitos da pessoa humana. Tratados como objetos de análise investigatória, podiam ter sua intimidade vasculhada. Enquanto ao adulto eram asseguradas garantias constitucionais, como o princípio do contraditório e da ampla defesa, além da presença obrigatória de um defensor, à criança ou ao adolescente não eram oferecidos direitos semelhantes.⁷⁰

Com isso, aplicava-se medidas de restrição da liberdade a fatos não tipificados na lei como crimes. Ocorreu que a grande maioria da população

⁶⁹ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 37.

⁷⁰ AZAMBUJA apud MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 38/39.

infanto-juvenil recolhida junto às FEBEMS era constituída por crianças e adolescentes que não tinham cometido fatos considerados delituosos.⁷¹

Entendia-se que todos os direitos fundamentais, incluindo o direito à paternidade e à maternidade, poderiam ser deixados de lados em detrimento do bem-estar do menor⁷². Ainda não existia divisão de instituições para menores infratores, que eram os que cometiam delitos, e os abandonados, incluindo na última categoria os que sofreram maus-tratos⁷³.

Neste interregno, a condição das crianças e dos adolescentes passou a estar presente entre as discussões no segmento jurídico tanto no plano interno quanto no internacional⁷⁴. Em 1959, a ONU aprovou a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, que previa a necessidade de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada antes e depois do nascimento. Também previu que a humanidade devia à criança o melhor de seus esforços⁷⁵.

Outrossim, definiu-se que a criança deveria dispor de oportunidade de desenvolver-se de maneira saudável e normal, física e intelectualmente, em condições de liberdade e dignidade. Entretanto, a declaração definia apenas princípios de natureza moral, e não obrigações para os signatários. Ou seja, não possuía cumprimento obrigatório⁷⁶.

Nesse contexto, foi promulgada a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Inaugurou-se um novo paradigma na cultura jurídica brasileira⁷⁷. Crianças e adolescentes passaram a ser vistos como titulares dos

⁷¹ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 36.

⁷² PAULA apud MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 39.

⁷³ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 41.

⁷⁴ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 42.

⁷⁵ RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 48.

⁷⁶ RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 49/50.

⁷⁷ RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 45.

mesmos direitos fundamentais dos adultos, somados a direitos especiais decorrentes da peculiar condição de pessoas em desenvolvimento⁷⁸.

Com base na teoria da proteção integral, busca-se diversas formas de garantir os direitos previstos no ordenamento brasileiro. Nesse contexto e dentro da nova visão de família, em que os filhos possuem direito de efetivamente participar da família como sujeitos de direitos, impõe-se o estudo da efetividade dos direitos das crianças e adolescentes possíveis soluções para o caso de descumprimento.

Os direitos concedidos especialmente às crianças e aos adolescentes, em especial o direito à convivência familiar, serão objeto de análise do primeiro capítulo deste trabalho. Após, serão apresentados os principais argumentos contrários e a favor da responsabilização civil dos genitores em caso de descumprimento do dever de afeto, questão amplamente comentada e alvo de grande debate no universo jurídico atual.

⁷⁸ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 42.

1. A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

1.1. A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A Constituição Federal de 1988 trouxe como principal alteração, no âmbito da proteção a crianças e adolescentes, a instituição da Doutrina da Proteção Integral⁷⁹. De acordo com essa doutrina, são reconhecidos direitos especiais às crianças e aos adolescentes – além daqueles inerentes a todos os seres humanos - em razão de sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento⁸⁰.

Com isto, crianças e adolescentes - que representam hoje mais de 40% da população brasileira⁸¹ - não só se tornam efetivamente sujeitos de direito⁸², mas também passam a ser prioridade imediata e absoluta⁸³. Os interesses das pessoas em desenvolvimento devem ser sobrepostos a qualquer bem ou interesse juridicamente tutelado⁸⁴.

No âmbito internacional, a doutrina da proteção integral foi inspirada na Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1959. Este documento reconhece a necessidade de proteção e cuidados especiais às crianças⁸⁵, devendo a

⁷⁹ LOBO, Ana Maria Lima. *Os maus-tratos na infância e adolescência: Aspectos jurídicos*. 2006. 143 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, São Paulo. p. 35.

⁸⁰ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 40

⁸¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 284.

⁸² MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 40.

⁸³ PEREIRA, José Antônio Borges. *O direito fundamental de liberdade da convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente*. 2008. 143 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, São Paulo. p. 49.

⁸⁴ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 76.

⁸⁵ Assim constou no Preâmbulo da Declaração: VISTO que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento, (...)VISTO que a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços (...).

humanidade a elas o melhor de seus esforços⁸⁶. As disposições visam concretizar o interesse superior da criança, em especial o segundo princípio, que assim dispõe:

2º Princípio – A criança tem o direito de ser compreendida e protegida, e devem ter oportunidades para seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. As leis devem levar em conta os **melhores interesses** da criança.⁸⁷ – grifou-se.

Essa declaração, apesar de ser um guia de atuação para os Estados, não representava obrigações para os signatários, tão somente princípios, considerados de natureza moral. Em suma, não possuía aplicabilidade obrigatória – sendo, portanto, desprovida de eficácia jurídica⁸⁸.

O mesmo não ocorreu com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 1989. A convenção visava formular normas legais, que pudessem ser internacionalmente aplicáveis⁸⁹ coercitivamente, de forma a obrigar os pactuantes, já prevendo mecanismos de fiscalização e controle⁹⁰. Mesmo que o termo “proteção integral da criança” não tenha sido expressamente utilizado, suas disposições estabeleciam efetiva proteção integral, buscando o maior interesse do infante⁹¹.

O preâmbulo da Convenção retoma princípios fundamentais consagrados no âmbito das Nações Unidas, entre eles que a infância tem direito a ajuda e assistência especiais devido à sua vulnerabilidade. Além de sublinhar o papel da família em relação aos cuidados e proteção da criança, ressalta a necessidade de proteção tanto jurídica quanto não jurídica aos direitos dos infantes. Não olvida a

⁸⁶ RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 48.

⁸⁷ Declaração Universal dos Direitos da Criança, Princípio 2º.

⁸⁸ RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 49/50.

⁸⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 22.

⁹⁰ RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 52.

⁹¹ RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 52.

importância da cooperação internacional para a melhoria das condições de vida das crianças em todos os países, especialmente naqueles em desenvolvimento⁹².

A convenção “*representa o mínimo que toda a sociedade deve garantir às suas crianças*”⁹³. Não se limitou a deliberar somente a forma de atuação, também definiu o conteúdo mínimo do que entende como prioridade⁹⁴. Foi o documento internacional de direitos humanos com maior adesão da história, ratificada por 192 países – todos os Estados do planeta, excluindo-se somente os Estados Unidos e a Somália⁹⁵.

O novo paradigma referente a crianças e adolescentes foi trazido de forma cogente para o Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com o Decreto nº 99.710/1990, que ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Outrossim, foi acrescentado de forma expressa à legislação brasileira no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), nos artigos primeiro⁹⁶ e terceiro⁹⁷.

Com estes instrumentos legais, houve a criação do Direito da Criança e do Adolescente como um novo ramo dentro das ciências jurídicas⁹⁸. Este novo ramo tem como fundamento principal a proteção integral de crianças e adolescentes, com base no reconhecimento de direitos especiais a esta parcela da população⁹⁹:

(...) com a previsão de políticas sociais básicas, complementares e de garantia e defesa de direitos da criança e do adolescente,

⁹² Convenção de Direitos da Criança, internalizada pelo Decreto nº 99.710/1990, Preâmbulo.

⁹³ PEREIRA, Tânia da Silva. *O princípio do “melhor interesse da criança”*: da teoria à prática. Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf. Acesso em: 12/09/2011. p. 01.

⁹⁴ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária*: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 57.

⁹⁵ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo*: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 47.

⁹⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 1º: Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

⁹⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 3º: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

⁹⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 35.

⁹⁹ LOBO, Ana Maria Lima. *Os maus-tratos na infância e adolescência*: Aspectos jurídicos. 2006. 143 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, São Paulo. p. 49.

consubstanciada num importante conjunto de mudanças de conteúdo, método e gestão.¹⁰⁰

A doutrina da proteção integral pode ser assim definida:

(...) conjunto de princípios e normas jurídicas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente que traz, em sua essência, a proteção e a garantia do pleno desenvolvimento humano, reconhecendo a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento e a articulação das responsabilidades entre a família, a sociedade e o Estado para a sua realização por meio de políticas sociais públicas.¹⁰¹

O termo integral, que é autoexplicativo¹⁰², faz referência à totalidade dos seres humanos em diversos aspectos, especialmente físico, mental, moral, espiritual e social¹⁰³. Tem como base a efetivação de todos os direitos fundamentais¹⁰⁴ e de direitos especiais e específicos¹⁰⁵, através do pleno fornecimento de toda a assistência necessária ao desenvolvimento sadio de sua personalidade, incluindo-se nesse contexto a proteção à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à profissionalização, ao lazer e ao esporte¹⁰⁶.

Os direitos previstos no chamado Direito da Criança e do Adolescente são direcionados àqueles com desenvolvimento ainda não completo. A Convenção de Direitos da Criança define que criança é todo o ser humano menor de dezoito anos, salvo quando a lei definir que a maioridade é atingida mais cedo¹⁰⁷. No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente define que é considerada criança a pessoa

¹⁰⁰ JANCZURA, Rosane. *Abrigo e políticas públicas: as contradições na efetivação dos direitos da criança e do adolescente*. 2008. 273 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Serviço Social, Porto Alegre. p. 122.

¹⁰¹ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 90

¹⁰² PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 20.

¹⁰³ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 53.

¹⁰⁴ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 77

¹⁰⁵ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 53.

¹⁰⁶ RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 54.

¹⁰⁷ Convenção dos Direitos da Criança, artigo 1: Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo.

com doze anos incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade¹⁰⁸.

A proteção integral tanto inclui uma vertente positiva, nela incluída uma série de concessões em favor da criança, quanto uma vertente negativa, que institui restrições às ações dos adultos de forma a impedir violações aos direitos infanto-juvenis¹⁰⁹. Não é dirigida a um tipo específico de menor; deve ser aplicada a todos os jovens e a todas as crianças¹¹⁰.

De acordo com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, proteção e cuidados especiais devem ser conferidos a quem não pode assumir por si tal encargo¹¹¹.

O vocábulo proteção tem como pressuposto a relação entre, no mínimo, duas pessoas – de forma que uma protege e a outra é protegida¹¹². Há necessariamente uma desigualdade entre elas, porque o protetor deve ser mais forte que o protegido. Também verifica-se que o protegido está limitado às instruções dadas pelo protetor, havendo redução real de sua liberdade¹¹³.

O Decreto nº. 99.710/90, como já dito, internaliza a Convenção Internacional dos Direitos da Criança. O artigo 3.2 do anexo do Decreto refere que *“todas as ações relativas às crianças (...) devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”*. No texto original em inglês, consta: *“In all actions concerning children (...) the best interests of the child shall be a primary consideration”*.

Tânia da Silva Pereira critica a tradução oficial, por entender tratarem-se de conceitos diversos. Segundo a doutrinadora, a versão original refere-se a

¹⁰⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 2º: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

¹⁰⁹ RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 54.

¹¹⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24.

¹¹¹ RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 56.

¹¹² RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 54.

¹¹³ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24.

critério qualitativo (*the best interest*), enquanto a versão brasileira está vinculada a um critério quantitativo (*o interesse maior*)¹¹⁴.

De qualquer forma, uma vez ratificada a Convenção, o melhor interesse da criança foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Além da função hermenêutica, o melhor interesse da criança se apresenta como um princípio jurídico garantista¹¹⁵. Não se limita a uma mera recomendação ética, em verdade mostra-se diretriz determinante nas relações do público infantil¹¹⁶:

(...) se trata de princípio constitucional cuja aplicação é imperativa em todas as medidas concernentes à criança e ao adolescente, não apenas como critério subsidiário na ausência de legislação específica, mas também como fonte normativa quando a situação concreta demonstrar a insuficiência da lei ou mesmo a presença de injustiças.¹¹⁷

O melhor interesse tem como objetivo definir o que é ideal para a criança ou adolescente ante um caso concreto¹¹⁸. Havendo interesses entre uma criança e outra pessoa ou de instituições, os interesses da criança devem ser sobrepostos¹¹⁹.

1.1.1. NOVO PARADIGMA: RECONHECIMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO SUJEITO DE DIREITOS

De acordo com Neidemar José Fachinetto, a doutrina da proteção integral é baseada em um tripé: reconhecimento da criança e do adolescente como

¹¹⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 46/47.

¹¹⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 47.

¹¹⁶ RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 55.

¹¹⁷ VENCELAU apud RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 56.

¹¹⁸ RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 58.

¹¹⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *O princípio do “melhor interesse da criança”*: da teoria à prática. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf>. Acesso em: 12/09/2011. p. 02.

sujeitos de direitos, sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e prioridade absoluta a eles concedida¹²⁰.

À população infanto-juvenil passam a ser reconhecidos todos os direitos comuns aos adultos, acrescidos dos direitos especiais decorrentes de sua condição especial de pessoa em desenvolvimento¹²¹. Assim, a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção especial¹²².

Tornam-se verdadeiros sujeitos de direito, abandonando a condição de objeto de direito¹²³. Deixaram de ser percebidas como objetos, ou propriedade dos pais ou do Estado¹²⁴, para serem verdadeiramente sujeitos de direitos¹²⁵:

Ser “sujeito de direitos” significa, para a população infanto-juvenil, deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos.¹²⁶

Tornar crianças e adolescentes sujeitos de direitos é a essência da doutrina da proteção integral, revelando-se contemporaneamente, em normas específicas que consideram, de maneira uníssona, a criança e o adolescente como protagonistas de seus próprios direitos merecedores de proteção integral, principalmente pela condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, condição essa que lhes valoriza, primordialmente, a dignidade.¹²⁷

Os direitos passam a ser reconhecidos de forma direta e objetiva, tendo como titulares todas as crianças e adolescentes em perspectiva individual ou

¹²⁰ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária*: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 53.

¹²¹ RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 58.

¹²² Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 3º.

¹²³ NERY JÚNIOR apud MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo*: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 68/69.

¹²⁴ HECHLER, Angela Diana. *Tecendo redes de proteção para crianças e adolescentes*: caminhos e descaminhos na construção da condição de sujeitos de direitos. 2009. 225 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Serviço Social, Porto Alegre, 2009. p. 38.

¹²⁵ HECHLER, Angela Diana. *Tecendo redes de proteção para crianças e adolescentes*: caminhos e descaminhos na construção da condição de sujeitos de direitos. 2009. 225 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Serviço Social, Porto Alegre, 2009. p. 26.

¹²⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 20.

¹²⁷ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo*: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 85.

coletiva, de forma a elevá-los à condição de cidadãos¹²⁸. Passam a ter “*direito a ter direitos*”¹²⁹, de forma a se tornarem protagonistas de seus próprios interesses¹³⁰. Além de possuírem dignidade, passam a serem providos de capacidade de direito¹³¹; com isto, não devem mais ser tratados como pessoas sem vontade ou absolutamente incapazes. No entanto, não podem exercer seus interesses de forma autônoma, em razão da limitação de capacidade de exercício¹³².

A estruturação dessa nova condição exige que se lance para a esfera pública uma série de demandas e se mobilizem diferentes atores em torno de seus interesses, mas contraditoriamente, crianças e adolescentes “a rigor não constituem em si protagonistas autônomos da luta que têm por inspiração a sua causa e condição de vida.”¹³³

Sua cidadania, no entanto, invoca uma especial proteção por parte da família, do Estado e da sociedade¹³⁴. Em razão da proteção integral, os seres imaturos têm “*direito de que os adultos façam coisas em favor deles*”¹³⁵. O tratamento não mais considera os menores como únicos responsáveis pela situação irregular¹³⁶, e a atuação legal passa a ser focada na família, na sociedade e no Estado em relação à exigibilidade dos direitos especiais¹³⁷.

¹²⁸ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 52.

¹²⁹ HECHLER, Angela Diana. *Tecendo redes de proteção para crianças e adolescentes: caminhos e descaminhos na construção da condição de sujeitos de direitos*. 2009. 225 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Serviço Social, Porto Alegre, 2009. p. 39.

¹³⁰ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 85.

¹³¹ RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 57.

¹³² RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 58.

¹³³ HECHLER, Angela Diana. *Tecendo redes de proteção para crianças e adolescentes: caminhos e descaminhos na construção da condição de sujeitos de direitos*. 2009. 225 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Serviço Social, Porto Alegre, 2009. p. 26.

¹³⁴ HECHLER, Angela Diana. *Tecendo redes de proteção para crianças e adolescentes: caminhos e descaminhos na construção da condição de sujeitos de direitos*. 2009. 225 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Serviço Social, Porto Alegre, 2009. p. 26.

¹³⁵ CURY apud MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 42.

¹³⁶ Como ocorria durante a prevalência da doutrina da situação irregular, já abordada.

¹³⁷ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 53.

(...) sua proteção ser focalizada não apenas em uma concepção individualizada, mas, e acima de tudo, uma visão coletiva, exigindo implementação efetiva de políticas públicas voltadas a garantir-lhes vida digna, além, é claro, de sua noção universalizada na qual deverão todos os povos assegurar, promover e respeitar esses direitos¹³⁸.

Garantir os direitos da população infanto-juvenil tornou-se responsabilidade de todos, incluindo a família, a sociedade e o Estado¹³⁹. Em relação a este, realizou-se mudanças na política de atendimento de modo a ocorrer a descentralização político-administrativa, também possibilitando a participação popular por meio das organizações representativas.¹⁴⁰

(...) conforme o princípio do melhor interesse da criança, que é dever dos pais e responsáveis garantir às crianças proteção e cuidados especiais e na falta destes é obrigação do Estado assegurar que instituições e serviços de atendimento o façam¹⁴¹.

Os direitos sociais prescindem de intervenção estatal através de política sociais públicas para serem concretizados. Quando elas não são implementadas, os direitos sociais se transformam em letra morta¹⁴². Por esse motivo, foi incluída a possibilidade de controle judicial quando há omissão do Estado em promover as condutas a ele impostas¹⁴³.

O sistema de garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes é baseado em três iniciativas. A garantia primária compreende as políticas públicas – incluindo neste grupo a política de atendimento, o controle, a vigilância, a defesa e a responsabilização. A garantia secundária refere-se a medidas de proteção, aplicáveis em caso de risco pessoal ou social. Já a garantia terciária compreende

¹³⁸ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 65.

¹³⁹ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 79.

¹⁴⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26.

¹⁴¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 22.

¹⁴² JANCZURA, Rosane. *Abrigo e políticas públicas: as contradições na efetivação dos direitos da criança e do adolescente*. 2008. 273 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Serviço Social, Porto Alegre. p. 111.

¹⁴³ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 57.

as medidas socioeducativas, que devem ser utilizadas em caso de adolescentes autores de atos infracionais, em conflito com a lei¹⁴⁴.

Foi prevista descentralização político-administrativa através da municipalização de atendimento¹⁴⁵, de forma que a sociedade está legitimada a agir por meio do Conselho Tutelar, que é órgão municipal¹⁴⁶, e do Fórum de Defesa da Criança e do Adolescente¹⁴⁷. Caso não resolvida a irregularidade, deve ser buscada prestação jurisdicional através do Ministério Público ou da Defensoria Pública¹⁴⁸. Ainda, foi estendida a possibilidade de propositura de ação civil pública para entidades estatais e associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, desde a proteção à infância e à adolescência seja um de seus fins¹⁴⁹.

E a mencionada coercibilidade do direito, por sua vez, implica a possibilidade de se acionar o aparato judicial, para que o direito previsto no ECA seja concretizado, utilizando-se, se for necessário, todos os instrumentos disponíveis pelo judiciário para que tal direito se realize.¹⁵⁰

No âmbito processual, foram previstas garantias processuais às crianças e adolescentes. Como os adultos, agora possuem direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como a presunção de inocência e o direito a ser julgado por autoridade competente, independente e imparcial¹⁵¹. Podem agora realmente defender-se no processo, de forma a buscar a tutela de seus interesses.

¹⁴⁴ JANCZURA, Rosane. *Abrigo e políticas públicas: as contradições na efetivação dos direitos da criança e do adolescente*. 2008. 273 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Serviço Social, Porto Alegre. p. 122.

¹⁴⁵ JANCZURA, Rosane. *Abrigo e políticas públicas: as contradições na efetivação dos direitos da criança e do adolescente*. 2008. 273 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Serviço Social, Porto Alegre. p. 123.

¹⁴⁶ PEREIRA, José Antônio Borges. *O direito fundamental de liberdade da convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente*. 2008. 143 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, São Paulo. p. 51

¹⁴⁷ JANCZURA, Rosane. *Abrigo e políticas públicas: as contradições na efetivação dos direitos da criança e do adolescente*. 2008. 273 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Serviço Social, Porto Alegre. p. 123.

¹⁴⁸ PEREIRA, José Antônio Borges. *O direito fundamental de liberdade da convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente*. 2008. 143 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, São Paulo. p. 51

¹⁴⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 27.

¹⁵⁰ SILVA apud MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 81.

¹⁵¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 29.

1.1.2 CONDIÇÃO DE PESSOAS EM DESENVOLVIMENTO

Os direitos reconhecidos às crianças e aos adolescentes revelam-se direitos especiais e específicos em razão da situação de desenvolvimento¹⁵² “*físico, mental, moral, espiritual e social*”¹⁵³. A nova doutrina, baseada na existência de direitos próprios e especiais à população infanto-juvenil, foi formulada em razão da condição específica de pessoa em desenvolvimento, razão pela qual faz-se necessária proteção especializada, diferenciada e integral¹⁵⁴.

A proteção dos seres em desenvolvimento existe em razão de se encontrarem em situação de excepcional vulnerabilidade, necessitando de salvaguarda para atingirem suas potencialidades¹⁵⁵. Todo esse sistema de proteção visa a garantir o pleno desenvolvimento da criança e que sua preparação para a vida adulta ocorra dentro da normalidade, de forme saudável¹⁵⁶.

(...) indica um estado que necessariamente deve ser levado em conta, sob pena de conceber aquilo que é por aquilo que pode ser, ou seja, um adulto. A criança ou o adolescente não é um projeto, um empreendimento esquemático; é uma realidade caracterizada por atributos da idade, em constante modificação.¹⁵⁷

A vulnerabilidade de crianças e adolescentes decorre do fato de que ainda não obtiveram pleno acesso aos seus direitos, e não possuem condições de defender violações de forma autônoma. Também não podem suprir suas necessidades básicas e nem responder por obrigações de cidadania como um

¹⁵² FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 53.

¹⁵³ HECHLER, Angela Diana. *Tecendo redes de proteção para crianças e adolescentes: caminhos e descaminhos na construção da condição de sujeitos de direitos*. 2009. 225 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Serviço Social, Porto Alegre, 2009. p. 25.

¹⁵⁴ RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 55.

¹⁵⁵ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 54.

¹⁵⁶ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 81.

¹⁵⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 21.

adulto¹⁵⁸. Esta parcela da população encontra-se em constante evolução rumo à idade adulta, quando encontra a maturidade necessária à concretização, por si só, de seus interesses.

Ainda, deve ser respeitada a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, competindo à família, à sociedade e ao Estado garantir, como prioridade absoluta, a efetividade de suas necessidades¹⁵⁹.

(...) faz parte do exclusivo rol de direitos fundamentais alcançáveis somente ao público infante-juvenil, decorrentes de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, já que sua personalidade ainda está em formação, em decorrência disso, está em situação fática de desigualdade em relação ao adulto e, portanto, mais vulnerável, merecendo tratamento jurídico mais abrangente e especial, visando a alcançar igualdade jurídico-material.¹⁶⁰

1.1.3 PRIORIDADE ABSOLUTA

A absoluta prioridade concedida à população infante-juvenil foi consagrada no âmbito constitucional, no artigo 227. A proteção a este segmento social foi distinguida de forma expressa e contundente¹⁶¹, ressaltando-a. Impõe a predominância do interesse das crianças e adolescentes, em relação a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado¹⁶², inclusive na relação familiar na condição de filho¹⁶³.

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos da criança e do adolescente. A garantia de prioridade compreende a primazia de receber

¹⁵⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 25.

¹⁵⁹ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 51.

¹⁶⁰ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 62.

¹⁶¹ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 55.

¹⁶² MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 76.

¹⁶³ RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 55.

proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude¹⁶⁴.

Em razão da impossibilidade de assegurar direitos a todos que necessitam de prestação, mostrou-se necessário realizar escolhas a fim de definir prioridades. Optou-se então por assegurar primeiramente os interesses das crianças e dos adolescentes, de forma prioritária e absoluta¹⁶⁵. A prioridade não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações que envolvam crianças e adolescentes¹⁶⁶.

Em suma, crianças e adolescentes devem ter salvaguardados seus direitos fundamentais, de forma prioritária tanto em sua elaboração quanto na aplicação. Sendo assim, a sua proteção deve ser sobreposta inclusive a medidas econômicas¹⁶⁷, de forma a restringir o poder discricionário da Administração Pública¹⁶⁸:

(...) por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos, etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são muito mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante”¹⁶⁹.

Prioridade é conceito singular e assim deve ser entendida e praticada. O uso da prioridade no plural é contra-senso; se elegermos mais de uma prioridade, termos de priorizar as prioridades.¹⁷⁰

¹⁶⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 4º.

¹⁶⁵ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 89.

¹⁶⁶ RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis. p. 57.

¹⁶⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2008. p. 22.

¹⁶⁸ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 56.

¹⁶⁹ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 56.

¹⁷⁰ GUIMARÃES apud PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26.

A prioridade absoluta impõe-se em razão do critério temporal. A urgência/presteza é medida que se impõe, dada a necessidade de concretização dos direitos em determinada fase da vida. Não se mostra efetiva a possibilidade de realização do direito depois de ultrapassada a infância ou a adolescência¹⁷¹. Precisam ser concretizados no tempo certo para que sejam meios de garantir o desenvolvimento pessoal de maneira íntegra¹⁷².

“A infância e adolescência atravessam a vida com rapidez da luz, iluminando os caminhos que conduzem à consolidação de uma existência madura e saudável. (...) Não raras vezes não podem ser repetidos, constituindo-se em experiências únicas e íngenes”.¹⁷³

Uma vez analisada a doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes, passa-se ao estudo dos direitos fundamentais em espécie, priorizando o direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Após uma breve análise histórica da situação da criança e do adolescente no nosso país e da doutrina da proteção integral, necessário estudar especificamente os direitos fundamentais concedidos a esta parcela da população. O rol de direitos é extenso, tendo em vista que a população infanto-juvenil é titular de todos os direitos referentes à pessoa humana, além daqueles específicos concedidos em razão de sua situação especial de pessoa em desenvolvimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente garante a todas as crianças e adolescentes oportunidades e facilidades que lhes possibilitem o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade¹⁷⁴.

¹⁷¹ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 54

¹⁷² PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 21.

¹⁷³ PAULA apud FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.55.

¹⁷⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 492.

Neste estudo, serão abordados os direitos fundamentais em espécie contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, relacionados com a convivência familiar e comunitária, quais sejam: direito à vida e à saúde, direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, direito à convivência familiar e comunitária, direito à educação e à cultura.

Não basta que os direitos sejam arrolados em nosso ordenamento jurídico. É preciso que efetivamente sejam proporcionados a todos os cidadãos. “*Apenas apresentar o direito e não proporcionar a todos e a cada um o acesso é ignorar toda luta que, historicamente se empreendeu no sentido de torná-los realidade*”.¹⁷⁵

1.2.1 DIREITO À VIDA E À SAÚDE

No Brasil, todos são iguais perante a lei, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida¹⁷⁶. Não obstante, às crianças e aos adolescentes foi consagrado o direito à proteção da vida e da saúde mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência¹⁷⁷.

O direito à vida é o direito mais fundamental, pois pressuposto à existência e exercício de todos os demais direitos¹⁷⁸. “*É impossível que o ser humano possa fruir de qualquer outro direito sem vida*”¹⁷⁹. Possui duas concepções: o direito de permanecer vivo, ou não ser morto, e também o direito a ter uma vida digna. Nesta última concepção, inclui o direito a ter supridas todas as suas necessidades básicas e proíbe tratamento indigno, nele incluídos a tortura, as penas de caráter

¹⁷⁵ VALIM, Tiago de Oliveira e ALVES, Rogério Colissi. *A criança e o Direito à saúde: Conflitos judiciais com o Estado*. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9821>. Acesso em 04/10/2011. p. 01.

¹⁷⁶ Constituição Federal, artigo 5º, caput.

¹⁷⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 7º.

¹⁷⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 35.

¹⁷⁹ SOUZA, Herbert de. *Comentando o ECA*. Artigo 7/Livro 1 – Tema: Saúde. Disponível em <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/DireitosdasCriancaeAdolescentes/tabid/77/Conteudold1ad3aff2-66e3-4a9f-926a-6d5946ecb6e3/Default.aspx>>. Acesso em 04/10/2011.

perpétuo e trabalhos forçados¹⁸⁰. Ou seja, abarca não só a vida em sentido estrito, mas também o direito à integridade física e à integridade moral.

No sentido jurídico, entende-se por vida civil “a soma de atividades que possam ser exercidas pela pessoa, consoante preceitos e princípios, que se instituem nas leis vigentes. Nesta vida civil tem a pessoa a faculdade de fruir todas as vantagens e prerrogativas que lhe são atribuídas como cidadão e como ser humano”.¹⁸¹

Este direito foi consagrado em diversos instrumentos internacionais ao longo da história, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁸², no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁸³, e especificamente aplicável às crianças e adolescentes, na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança¹⁸⁴.

A Constituição protege a vida em geral, inclusive a vida intrauterina¹⁸⁵. Como se verifica, inclui o direito de nascer, bem como a responsabilidade da família, da sociedade, e do Estado pelo crescimento e desenvolvimento das crianças e adolescentes¹⁸⁶.

Como já dito, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que criança é a pessoa até doze anos incompletos. Não é estabelecida uma idade mínima para a proteção, motivo pelo qual alguns autores, entre eles Tânia da Silva Pereira, sustentam que o nascituro é reconhecido como pessoa humana¹⁸⁷.

A personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro¹⁸⁸. Ou seja, apesar de não

¹⁸⁰ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 595.

¹⁸¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 224.

¹⁸² Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo III: Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

¹⁸³ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 6º: 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

¹⁸⁴ Convenção Internacional Sobre os Direitos das Crianças, artigo 6º: 1. Os Estados Partes reconhecem à criança o direito inerente à vida. 2. Os Estados Partes asseguram na máxima medida possível a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

¹⁸⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 36.

¹⁸⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 223.

¹⁸⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 227/229.

¹⁸⁸ Código Civil, artigo 2º.

possuir personalidade jurídica, o nascituro tem reconhecida a proteção de direitos desde que nasça com vida – o que o torna sujeito de direitos¹⁸⁹.

Pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento com vida não há personalidade. Mas a lei cuida, em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os interesses do nascituro. Situações existem, na verdade, em que se reconhece a existência de um direito potencial ao ente concebido, que abrange o *infans iam conceptus nondum natus* (...).

Assentado o começo da personalidade no nascimento com vida, somente a partir de então existe uma pessoa em que se integram direitos e obrigações. Até aí o que há são direitos meramente potenciais, para cuja constituição dever-se-á aguardar o fato do nascimento e a aquisição da personalidade.¹⁹⁰

Inclui também o direito à integridade física e psíquica. É por esse motivo que o artigo 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁹¹ estabeleceu a obrigatoriedade de comunicação em caso de maus tratos¹⁹². Objetivando garantir a efetividade deste direito, em caso de violação do dever de comunicação, pode ser imposta multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência¹⁹³.

Em relação ao direito à saúde, está inserido na Constituição no capítulo referente aos direitos sociais¹⁹⁴, sendo alcançável a qualquer pessoa, independentemente da idade. É direito de todos e dever do Estado garantir medidas que visem a reduzir o risco de doença e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação¹⁹⁵.

Cabe ao Poder Público dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle da saúde, e sua execução deve ser realizada diretamente ou por meio de

¹⁸⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 232.

¹⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol.1. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 218/221.

¹⁹¹ Estatuto da Criança e do Adolescente - Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

¹⁹² CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 2.ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 92/95.

¹⁹³ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 245.

¹⁹⁴ Constituição Federal - Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁹⁵ Constituição Federal, artigo 196.

terceiros¹⁹⁶. Há responsabilidade solidária entre a União, os Estados e Municípios, cabendo ao cidadão a escolha de a quem recorrer¹⁹⁷. Devem ser realizadas políticas públicas para possibilitar, em condições dignas, o nascimento e desenvolvimento sadio das crianças e adolescentes¹⁹⁸.

Especificamente em relação à criança e ao adolescente, foi consagrado no artigo 227¹⁹⁹, a ser garantido com absoluta prioridade pela família, pela sociedade e pelo Estado. De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, esta parcela da população tem protegidas a vida e a saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso²⁰⁰.

No plano individual a garantia do direito à saúde envolve a liberdade de escolhas distintas e alternativas. No plano social, o direito à saúde pode ser avaliado em duas vertentes: na primeira, as exigências dos indivíduos em face das necessidades coletivas, que é o que os obriga a se submeterem a determinadas obrigações, como à vacinação, ao tratamento, ao isolamento em casos de algumas doenças infecto-contagiosas, à destruição de produtos impróprios para o consumo, ao controle do meio ambiente e do ambiente de trabalho; a segunda diz respeito à garantia da oferta de cuidados da saúde a todos que delas necessitam, o que corresponde ao ideal de igualdade, e que, por sua vez, se submete ao pleno desenvolvimento do Estado democrático de direito.²⁰¹

Ou seja, o Estatuto somente ratifica, de forma a regulamentar e buscar dar efetividade aos direitos já previstos, uma vez que não cria novos direitos em favor da criança e do adolescente²⁰². Especifica os direitos de seus tutelados,

¹⁹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 808.

¹⁹⁷ VALIM, Tiago de Oliveira e ALVES, Rogério Colissi. *A criança e o Direito à saúde: Conflitos judiciais com o Estado*. *Revista Âmbito Jurídico*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9821>. Acesso em 04/10/2011. p. 01.

¹⁹⁸ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Implicações jurídicas do direito à vida e à saúde diante do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <<http://www.pjpp.sp.gov.br/2004/artigos/14.pdf>>. Acesso em: 04/10/2011. p. 02.

¹⁹⁹ Constituição Federal - Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

²⁰⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 7º.

²⁰¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 632.

²⁰² FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Implicações jurídicas do direito à vida e à saúde diante do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <<http://www.pjpp.sp.gov.br/2004/artigos/14.pdf>>. Acesso em: 04/10/2011. p. 04.

especialmente em relação ao modo como devem ser concretizados, através de medidas restaurativas e preventivas²⁰³.

Normas de proteção à saúde de crianças e adolescentes também foram incluídas na Convenção Internacional de Direitos da Criança. De acordo com o artigo 24, a criança tem direito a gozar do melhor estado de saúde possível, e a ser beneficiado de serviços médicos e de reeducação. Medidas de prevenção, educação de saúde pública e diminuição da mortalidade infantil são algumas das prioridades dos Estados signatários. Ainda, comprometem-se a promover e encorajar a cooperação internacional de forma a concretizar o direito à saúde²⁰⁴.

Foi garantido o atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, através do SUS (Sistema Único de Saúde), sendo o acesso igualitário e universal²⁰⁵. O sistema “*consiste numa formulação política e organizacional para o reordenamento dos serviços e ações de saúde estabelecida pela Constituição*”²⁰⁶.

A saúde, especificamente, enquanto direito de todos e dever do Estado, é um serviço que deve ser prestado prioritariamente pelo Estado, através da rede pública de saúde. Não obstante, a iniciativa privada e mesmo organizações não-governamentais podem contribuir para que estas políticas públicas sejam efetivadas a contento. De toda a sorte, a participação não-governamental não pode e não deve substituir a atividade estatal, deve apenas complementá-la.²⁰⁷

Saúde não se resume à ausência de doenças. É muito mais, incluindo um fator de desenvolvimento humano que permite a dignidade e a harmonia, a efetiva presença de políticas que permitam o pleno crescimento das crianças e adolescentes durante sua formação²⁰⁸. Incluem a promoção, proteção e recuperação da saúde. Por promoção, entende-se a educação em relação à saúde,

²⁰³ VALIM, Tiago de Oliveira e ALVES, Rogério Colissi. *A criança e o Direito à saúde: Conflitos judiciais com o Estado*. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9821>. Acesso em 04/10/2011. p. 01.

²⁰⁴ Convenção Internacional dos Direitos da Criança, artigo 24.

²⁰⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 11.

²⁰⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 636.

²⁰⁷ SOUZA, Herbert de. *Comentando o ECA*. Artigo 7/Livro 1 – Tema: Saúde. Disponível em <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/DireitosdasCriancaseAdolescentes/tabid/77/Conteudold1ad3aff2-66e3-4a9f-926a-6d5946ecb6e3/Default.aspx>>. Acesso em 04/10/2011.

²⁰⁸ VALIM, Tiago de Oliveira e ALVES, Rogério Colissi. *A criança e o Direito à saúde: Conflitos judiciais com o Estado*. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9821>. Acesso em 04/10/2011. p. 01.

através de adequada compreensão de padrões de alimentação e nutrição, estilos de vida saudáveis e aconselhamentos específicos. Por sua vez, a proteção diz respeito à prevenção de doenças através de vacinações, saneamento, exames médicos e odontológicos, entre outros. Em relação à recuperação, diz respeito ao tratamento e diagnóstico de doenças e acidentes, incluindo a reabilitação²⁰⁹.

O princípio do melhor interesse da criança impõe diretrizes para o atendimento a crianças e adolescentes, tanto na esfera pública quanto privada, de modo a existir a necessidade de ponderação frente à saúde desta parcela da população²¹⁰:

As palavras primazia, precedência, preferência, privilegiada e prioritária guardam a mesma sintonia semântica, implicando na constatação de que o reconhecimento de direitos às crianças e adolescentes não é mera repetição do reconhecimento dos direitos fundamentais efetuado a todos os seres humanos pelo artigo 5º da Constituição Federal.²¹¹

Sendo assim, não há discricionariedade em relação aos direitos fundamentais da criança e do adolescente. O poder público está vinculado à promoção da saúde dessa população, com absoluta prioridade. Argumentos em favor da relativização do direito à saúde não são cabíveis, de modo que há vinculação absoluta²¹². Ainda, há a prioridade de gasto público com crianças e adolescentes, de forma a conceder-lhes plenas condições de vida²¹³.

Outrossim, houve um alargamento do conceito, e o atendimento à saúde passou a abranger tanto a assistência médico-hospitalar quanto o fornecimento de

²⁰⁹ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Implicações jurídicas do direito à vida e à saúde diante do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <<http://www.pjpp.sp.gov.br/2004/artigos/14.pdf>>. Acesso em: 04/10/2011. p. 02.

²¹⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 635

²¹¹ SEGUNDO apud VALIM, Tiago de Oliveira e ALVES, Rogério Colissi. *A criança e o Direito à saúde: Conflitos judiciais com o Estado*. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9821>. Acesso em 04/10/2011. p. 02.

²¹² VALIM, Tiago de Oliveira e ALVES, Rogério Colissi. *A criança e o Direito à saúde: Conflitos judiciais com o Estado*. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9821>. Acesso em 04/10/2011. p. 03.

²¹³ SOUZA, Herbert de. *Comentando o ECA*. Artigo 7/Livro 1 – Tema: Saúde. Disponível em <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/DireitosdasCriancaeAdolescentes/tabid/77/Conteudold1ad3aff2-66e3-4a9f-926a-6d5946ecb6e3/Default.aspx>>. Acesso em 04/10/2011.

medicamentos, apoio psicológico, tratamento para dependentes químicos e outros²¹⁴.

Também preocupou-se o legislador com a proteção da gravidez, e o atendimento da gestante no momento do parto. Tanto que foi incluído no artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente o direito ao atendimento pré e perinatal, bem como o apoio alimentar à gestante e à nutriz que deles necessitem²¹⁵. Importante ressaltar que essas medidas buscam assegurar direitos do nascituro e não da gestante, tanto que incluídas no diploma legal que protege os infantes²¹⁶.

Assim, verifica-se que a proteção integral a crianças e adolescentes em relação ao direito à vida e à saúde incluem também o nascituro e a gestante. Somente dessa forma, é possível buscar concretizar os direitos previstos nas normas brasileiras.

1.2.2. DIREITO À LIBERDADE, AO RESPEITO E À DIGNIDADE

O artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente define que esta parcela da população possui direito à liberdade, ao respeito e à dignidade. Doutrinariamente, estabeleceu-se que estes direitos constituem a trilogia básica dos direitos fundamentais da população infanto-juvenil.

Estes valores transformam-se em escudos capazes de conter as manifestações abusivas, vitimizantes, resistem ao infinito, ao inexecutável, ao impróprio, ao ilegal.²¹⁷

Liberdade, respeito e dignidade são direitos básicos de caráter moral, estabelecidos com prioridade absoluta²¹⁸. Devem ser respeitados quando realizada

²¹⁴ VALIM, Tiago de Oliveira e ALVES, Rogério Colissi. *A criança e o Direito à saúde: Conflitos judiciais com o Estado*. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9821>. Acesso em 04/10/2011. p. 03.

²¹⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 8º.

²¹⁶ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Implicações jurídicas do direito à vida e à saúde diante do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <<http://www.pjpp.sp.gov.br/2004/artigos/14.pdf>>. Acesso em: 04/10/2011. p. 10/11.

²¹⁷ ARAGÃO, VARGAS apud MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 92.

²¹⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 138.

qualquer intervenção sobre o público infanto-juvenil, pois representam paradigmas que limitam a ação da família, da sociedade e do Estado²¹⁹.

A Constituição, assim, tutela o menor, enquanto criatura humana, enquanto sujeito de direitos, preserva-lhe tratamento de respeito e lhe cultua a dignidade, impõe-lhe proteção, zela pela preservação de sua família, dita preceitos que o Estatuto da Criança e do Adolescente explicita, que o Código Penal protege, penalizando quem ousa violá-los.²²⁰

O direito à liberdade foi inicialmente previsto no preâmbulo da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, o qual definiu que a criança deve ser educada com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade²²¹. Também foi incluído no artigo 227²²² da Constituição Federal e, posteriormente, nos artigos 15 e 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Liberdade consiste na “*faculdade ou poder outorgado à pessoa para que possa agir segundo sua própria determinação, respeitadas, no entanto, as regras legais instituídas*”²²³. Importa não só na faculdade de escolher, mas também na responsabilidade de escolher, e de lidar com as consequências de seus atos²²⁴. Tem como requisito a existência de uma esfera privada do indivíduo, na qual outras pessoas não possam interferir²²⁵.

De forma exemplificativa²²⁶, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu que o direito de liberdade compreende o direito de ir e vir, de opinião e expressão, de crença e culto religioso, de brincar, praticar esportes e divertir-se, de

²¹⁹ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 91.

²²⁰ DIAS apud PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 155.

²²¹ Convenção de Direitos da Criança, internalizada pelo Decreto nº 99.710/1990, Preâmbulo.

²²² Constituição Federal, art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

²²³ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 139.

²²⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 139.

²²⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 140.

²²⁶ CURY, Munir; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 28.

participar na vida familiar e comunitária sem discriminação, de participar da vida política, e de buscar refúgio, auxílio e orientação²²⁷.

As formas de liberdade da criança e do adolescente são estabelecidas, mas não de forma absoluta: são impostas restrições em razão da condição de pessoas em desenvolvimento²²⁸, de natureza protetiva²²⁹.

A criança deve gozar a possibilidade de ir, vir e estar (liberdade de locomoção) onde possa desenvolver sua personalidade com vistas à sua plena conformação e de acordo com seu interesse superior (...). todavia, sofre restrições nessa liberdade justamente em função desse mesmo interesse superior flexionado para o pleno desenvolvimento de suas características humanas. Trata-se, assim, de uma liberdade que se autocontém ou que é autocontida pelos princípios e pela finalidade desse direito.²³⁰

Deve-se sempre estimular que o infante aprenda a fazer escolhas, e ensinar que cada opção pressupõe uma renúncia. A possibilidade de tomar decisões desenvolve sua autonomia. É importante que a criança tenha a possibilidade de realizar escolhas e adaptar-se à novas realidades²³¹.

Transmitir ao jovem a ideia ou o sentimento de liberdade não é incentivá-lo a romper com os limites que a própria vida e os adultos lhe impõem, mas é conscientizá-lo das razões desses limites e dar-lhes alternativas de opções conscientes diante deles.²³²

A criança, através do conhecimento e do raciocínio, deve formar sua convicção livremente, a qual deverá ser respeitada. Somente assim é respeitado o direito que toda criança possui: o de pensar²³³.

Nesse mesmo sentido foram elaborados os artigos 13 a 18 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Foram previstos o direito de exprimir livremente sua opinião em questões que lhe digam respeito e de vê-la tomada em consideração, bem como a liberdade de pensamento, consciência e religião. Ainda,

²²⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 16.

²²⁸ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 95.

²²⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 144.

²³⁰ MONACO apud MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 94.

²³¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 142.

²³² PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 140.

²³³ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 143.

consagrou a liberdade de associação, proteção da vida privada e acesso à informação adequada, sendo dever do Estado proteger a criança dos materiais prejudiciais ao seu bem estar.

O exercício da liberdade de opinião e expressão somente pode ser restringido por lei, e tão somente a fim de promover o respeito de direitos ou reputação dos demais ou para a proteção da segurança pública nacional, da ordem pública ou para proteger a saúde e a moral públicas²³⁴.

O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais²³⁵.

Refere-se ao “conjunto de qualidades que se atribuem à pessoa, em virtude das quais é merecedora de um trato atencioso ou da consideração de seus pares”²³⁶. Compreende o direito ao espaço, de forma mínima ao desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente²³⁷. Também tem relação com a garantia das oportunidades e facilidades que lhe propiciem o desenvolvimento físico, não esquecendo o direito à integridade física – que inclui a vida, o corpo e a saúde²³⁸.

O direito ao respeito refere-se aos relacionamentos interpessoais da criança, incluindo o direito de dar e receber afeto, e a constituir amizades. Tem relação com o direito à integridade moral e psíquica, de forma a ter respeitados seus sentimentos e emoções e serem assistidos em suas fragilidades. Também refere-se à preservação da imagem e da identidade pessoal, esta última relacionada com o grupo familiar e pessoal²³⁹:

A dignidade impõe que a criança e o adolescente sejam postos a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou

²³⁴ CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 2.ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 102.

²³⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 17.

²³⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 144.

²³⁷ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 97.

²³⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 165.

²³⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 146/147.

constrangedor²⁴⁰. Tem como finalidade proporcionar uma vida digna, de forma a permitir que, no futuro, se torne uma pessoa não marginalizada e que não seja portador de deficiências²⁴¹. O legislador pretendeu especificar as categorias constitucionais de crueldade e opressão, de forma a diminuir o nível de abstração²⁴².

A trilogia liberdade-respeito-dignidade é o cerne da doutrina da proteção integral, espírito e meta do Estatuto, e nesses três elementos cabe à dignidade a primazia, por ser o coroaamento da construção ética estatutária.²⁴³

O princípio impõe que se respeite a criança e o adolescente, mas não se restringe a esta dimensão; exige também que se aja em sua defesa. Sendo assim, quem se omitir de agir em prol desse grupo social pode inclusive ser responsabilizado²⁴⁴. O dever não se limita aos pais e responsáveis, é estendido a qualquer pessoa que tenha conhecimento de violação à dignidade. Neste caso, deve comunicar o Ministério Público, a quem cabe realizar as medidas cabíveis²⁴⁵.

A dignidade é, portanto, um valor absoluto, intrínseco à essência da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição e aplicação de normas jurídicas sempre considerado na proteção e tutela dos direitos da personalidade do homem e nas suas relações jurídicas, no sentido de proporcionar a base para a realização dos objetivos do estado democrático Brasileiro.²⁴⁶

Não foram somente previstos direitos relacionados à assistência material, mas também aqueles vinculados a valores morais, tendo em vista sua condição especial de pessoas em desenvolvimento²⁴⁷.

²⁴⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 18.

²⁴¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 166.

²⁴² PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 151.

²⁴³ RIVERA apud Comentado, PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 144.

²⁴⁴ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 98.

²⁴⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 167.

²⁴⁶ MULHOLLAND apud PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 150.

²⁴⁷ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 99.

1.2.3 DIREITO À EDUCAÇÃO E À CULTURA

No Brasil, a educação escolar²⁴⁸ é formada pela educação básica, que é composta pela educação infantil ensino fundamental e médio, e também pelo ensino superior²⁴⁹. Tem por finalidade desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores²⁵⁰.

A Convenção Internacional de Direitos da Criança prevê que os Estados têm a obrigação de tornar o ensino primário obrigatório e gratuito, encorajar a organização de diferentes sistemas de ensino secundários acessíveis a todas as crianças e tornar o ensino superior acessível a todos, de acordo com as capacidades de cada um²⁵¹.

Cabe ao Estado propiciar o ensino público gratuito, inclusive para aqueles que não tiveram acesso na idade própria²⁵². Ou seja, o direito à educação também é destinado aos jovens e adultos através de um sistema paralelo de ensino, de forma a propiciar àqueles que não completaram os ensinos fundamental e médio esta possibilidade²⁵³.

A Emenda Constitucional nº 53/2006 criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais na Educação – FUNDEB, visando incluir também a educação infantil e o ensino médio além do ensino fundamental²⁵⁴. A emenda também inseriu no ordenamento

²⁴⁸ Art. 205 da Constituição Federal: A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

²⁴⁹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 716.

²⁵⁰ Lei n.º 9.394/1996, artigo 22.

²⁵¹ Convenção Internacional dos Direitos da Criança, artigo 28.

²⁵² Lei 9.394/1996, artigo 37: A educação de jovens e adultos será destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria.

§ 1º Os sistemas de ensino assegurarão gratuitamente aos jovens e aos adultos, que não puderam efetuar os estudos na idade regular, oportunidades educacionais apropriadas, consideradas as características do alunado, seus interesses, condições de vida e de trabalho, mediante cursos e exames.

§ 2º O Poder Público viabilizará e estimulará o acesso e a permanência do trabalhador na escola, mediante ações integradas e complementares entre si.

§ 3º A educação de jovens e adultos deverá articular-se, preferencialmente, com a educação profissional, na forma do regulamento.

²⁵³ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 519.

²⁵⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 716.

brasileiro a obrigatoriedade de utilização de 20% dos impostos e transferências estaduais e municipais para implementação gradativa na educação brasileira, exclusivamente para manutenção e desenvolvimento da educação²⁵⁵.

A Lei n.º 9.394/1996 foi o instrumento utilizado para sistematizar a prioridade à educação concedida pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma a reforçar os direitos já previstos e autorizar procedimentos práticos para seu exercício²⁵⁶. Foi denominada “Lei de Diretrizes e Bases na Educação”. Como diretriz, define caminhos objetivos de forma a orientar a atuação, regras de caráter geral. Já as bases são os alicerces que apoia as construções, e impõem a disposição das partes e mantêm a coesão da estrutura²⁵⁷.

O que se pretende com o “Direito Fundamental à Educação e à Cultura, como proposta constitucional e legal, não é somente a melhoria quantitativa de instituições escolares, mas, a melhoria qualitativa dos espaços educativos em nosso País, para que sejamos capazes de dar às classes desfavorecidas a possibilidade de acesso a uma Educação de qualidade e, assim, tornar o Brasil um país mais justo.²⁵⁸

No ensino fundamental, inclui também o direito ao recebimento de material didático, ao transporte, à alimentação, e à assistência à saúde²⁵⁹. Não se limita ao direito de ir e permanecer na escola, e pressupõe uma série de direitos considerados acessórios:

Na verdade, quando o Estatuto assegura à criança e ao adolescente igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, o direito de serem respeitados por seus educadores, o direito de contestar critérios de avaliação, o direito de organização e participação em atividades estudantis e o acesso à escola pública e próxima à sua residência, nada mais está fazendo que regulamentar a necessidade de se alfabetizarem de forma digna, o que os levará a ter uma convivência sadia e equilibrada na comunidade.²⁶⁰

²⁵⁵ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 717.

²⁵⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 486.

²⁵⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 517.

²⁵⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 486/487.

²⁵⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 525.

²⁶⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 53.

Em caso de não oferecimento, por parte do poder público, de ensino apto a concretizar os direitos previstos, é cabível ação civil pública a fim de responsabilizar a autoridade competente²⁶¹. No entanto, esse dever não é só da administração pública. A educação básica, com exceção da educação infantil, é obrigatória na rede regular de ensino²⁶². Inclusive, há a obrigação legal dos pais em matricular seus filhos ou pupilos²⁶³ na escola, caracterizando infração administrativa o seu descumprimento²⁶⁴, bem como crime de abandono intelectual, previsto no Código Penal²⁶⁵. Com efeito, a família tem papel fundamental na educação, cabendo a ela dever supletivo de promover e incentivar a educação²⁶⁶.

Os pais cometem o “abandono intelectual” quando, completada a idade escolar, deixam de providenciar as medidas apropriadas para que o filho comece a frequentar a escola, não importando se ambos vivem juntos ou não. Há que se considerar que um elemento fundamental à caracterização deste tipo é a expressão sem justa causa, ou seja, o agente tem que ter noção da sua omissão desmotivada. Se, entretanto, não existirem escolas no lugar onde o menor reside e os pais não têm condições financeiras para custear o estudo de seu filho, em outra cidade, por exemplo, inexistirá o crime.²⁶⁷

Não basta ensinar; deve-se propiciar um ambiente estimulador e atraente aos educandos, de forma a atender as peculiaridades de cada um e viabilizar seu desenvolvimento pessoal, social e intelectual²⁶⁸. No entanto, ainda há grande distância entre o discurso real e a prática existente na sociedade em que vivemos²⁶⁹, ou seja, o sistema legislativo não foi efetivamente colocado em prática.

²⁶¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 54.

²⁶² PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 519.

²⁶³ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 55.

²⁶⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 249: Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

²⁶⁵ Código Penal, artigo 246: Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

²⁶⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 54. .

²⁶⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 304.

²⁶⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 490.

²⁶⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 510.

Certamente é louvável que a legislação explicita a necessidade do reconhecimento e respeito aos direitos individuais da criança e do adolescente. Ninguém se pronunciará contra isso. Todavia, o que o Estatuto faz nesses artigos, resgatadas as preocupações humanitárias, é repetir o discurso liberal que a todos iguala absolutamente no plano jurídico e no plano das ideias. Este comentário não tem por objetivo desqualificar tais intenções, mas apontar para seu caráter idealista e, portanto, para os limites que estão dados pela própria ordem econômico-social em que vivemos.²⁷⁰

Em relação ao direito à cultura, esta última é concebida como uma construção histórica, seja como concepção, seja como dimensão do processo social; não é uma decorrência de leis físicas ou biológicas; ao contrário, a cultura é o produto coletivo da vida humana.²⁷¹ Somente através da educação há a possibilidade de inserção cultural. Sobre o tema, discorre Luis Marcio Barbosa:

(...) a situação educacional, em contexto escolarizado ou estruturado fora da escola, é uma das possibilidades de inserção na cultura e, portanto, de construção de uma subjetividade que possa dialogar com o contexto social em que se insere. Este fato legitima a luta política e social que defende que qualquer forma de trabalho infantil que afaste a criança da possibilidade destas aprendizagens deve ser evitada, tendo em vista a efetiva garantia de seus direitos.²⁷²

1.2.4 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

Através do novo sistema brasileiro, que consagrou a doutrina da proteção integral, a convivência familiar proporcionada pelos pais passou a ter papel fundamental no desenvolvimento das crianças e adolescentes²⁷³. Além de um direito, passou a ser vista como uma necessidade, uma vez que é no âmbito familiar que são estabelecidas as primeiras relações de afeto, as quais influenciam

²⁷⁰ FERRETI apud PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 493.

²⁷¹ SANTOS apud PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 554.

²⁷² BARBOSA, Luis Marcio. Educação básica e trabalho infantil. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (Org.). *Criança, Adolescente, Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 79.

²⁷³ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 142.

o desenvolvimento da pessoa e dão unidade à sua personalidade²⁷⁴. A proteção e o desenvolvimento das crianças e adolescentes têm início na convivência em família²⁷⁵.

Abandonando-se completamente o conceito de pátrio poder existente durante a vigência do Código Civil de 1916, atualmente é consagrado o poder familiar. Não mais um direito dos pais²⁷⁶, passou a constituir-se, em verdade, de um dever, uma responsabilidade²⁷⁷. Caracteriza-se pela a qualidade de *munus público*, de ser irrenunciável e inalienável ou intransmissível²⁷⁸. Os pais têm o dever de criar, assistir e educar os filhos de formá-los sujeitos de suas vidas, com liberdade de forma responsável²⁷⁹.

Ou seja, o poder familiar passou a ingressar o rol de direitos dos filhos²⁸⁰. A obrigação não se restringe ao âmbito moral; há também a obrigação jurídica de sustentar, guardar e educar, dirigir e defender aqueles aos quais deram a vida²⁸¹. Inclusive por este motivo já foi sugerida a alteração do nome do instituto para *pátrio dever*²⁸²:

O fato de a lei impor deveres aos pais, com o fim de proteger os filhos, realça o caráter de *munus público* do pátrio poder. (...) Por isso, designa-se o pátrio poder de “pátrio-dever”, consequência do pátrio poder, posto que a este corresponde aquele, como se fossem faces de uma mesma e valiosa moeda asseguradora dos direitos da criança e do adolescente.²⁸³

²⁷⁴ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 58.

²⁷⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 274.

²⁷⁶ SCHREIBER, Elisabeth. *Os direitos fundamentais da Criança na Violência Intrafamiliar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001. p.135/136.

²⁷⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 301.

²⁷⁸ PEREIRA, José Antônio Borges. *O direito fundamental de liberdade da convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente*. 2008. 143 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, São Paulo. p. 105/110.

²⁷⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 303.

²⁸⁰ SCHREIBER, Elisabeth. *Os direitos fundamentais da Criança na Violência Intrafamiliar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001. p. 136.

²⁸¹ COMEL, Nelsina Elizena Damo. *Paternidade Responsável*, 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006. p.

83.

²⁸² SCHREIBER, Elisabeth. *Os direitos fundamentais da Criança na Violência Intrafamiliar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001. p. 136.

²⁸³ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direitos da criança e adoção internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53/54.

Com efeito, os pais possuem deveres em relação aos filhos, uma vez que são responsáveis pela sua formação e proteção – decorrentes do poder familiar e do dever de garantir-lhes os direitos previstos na Constituição²⁸⁴. Por esse motivo, a ausência de participação dos genitores na vida familiar dos filhos deve ser considerada como uma omissão danosa²⁸⁵, uma vez que não há direito do pai em visitar o filho, mas a obrigação de convivência²⁸⁶. Este direito não se restringe ao direito de conhecimento da origem genética, mas também inclui o “direito ao pai”:

(...) por direito ao pai deve-se entender o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de se colocar em situação de aprender e apreender os valores fundamentais da personalidade e da vida humanas, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver, como de resto é o que ocorre – em quase toda a extensão mencionada – com a grande maioria dos animais que compõem a escala biológica que habita e vivifica a terra.²⁸⁷

A interação do bebê com a mãe, de acordo com recentes estudos, influencia as relações posteriores que a criança venha a constituir²⁸⁸. As consequências de sua ausência dependem do nível de privação experimentado. Experiências com bebês institucionalizados, privados completamente do cuidado materno, mostraram que eles tendiam a apresentar graus de desenvolvimento abaixo da média – havendo privações em seu desenvolvimento físico, emocional, intelectual e social²⁸⁹.

Mas a necessidade de convivência não é somente em relação à mãe, e sim aos dois genitores. O bebê já nasce profundamente dependente – tanto física quanto emocionalmente – de ambos os pais²⁹⁰. Isto porque eles são uma unidade

²⁸⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 24.

²⁸⁵ GOMES, Eddla Karina. *Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo na Filiação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=439>>. Acesso em: 21/10/2011.

²⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 452.

²⁸⁷ SILVA, Cláudia Maria da. *Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho*, in Revista Brasileira de Direito de Família v. 6, n° 25, abr./jun. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 1999. p. 139.

²⁸⁸ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 154.

²⁸⁹ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 154/157.

²⁹⁰ COMEL, Nelsina Elizena Damo. *Paternidade Responsável*, 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 80.

estrutural para o filho, com funções diferentes que se complementam para suprir as necessidades da prole²⁹¹.

(...) o ser humano é um dos animais que possui maior dependência dos seus genitores ao nascer. Precisa ser ensinado a andar, falar, controlar seus esfíncteres, entre outras habilidades físicas. Deve, também, ser ensinado a viver em sociedade, exercitando, a partir do exemplo de seus pais, sua capacidade de se relacionar com o próximo.²⁹²

Os danos causados aos filhos pela ausência dos pais é inquestionável. Não se discute a existência de danos psíquicos à criança, que causam consequências em suas relações sociais²⁹³, muitas vezes intransponíveis e irreparáveis. A presença dos pais e sua orientação moral e afetiva são diretrizes fundamentais para os filhos, especialmente para sua formação²⁹⁴. Os pais são os responsáveis por impor ordens, disciplina, autoridade e limites aos filhos²⁹⁵.

Por este motivo, a falta da referência paterna como consequência do abandono traz consequências negativas de diversas ordens, tais como distúrbios psicológicos, dificuldades escolares, problemas com baixa auto-estima²⁹⁶. O trauma decorrente da ausência de convivência familiar “*imprime uma marca indelével no comportamento da criança ou do adolescente*”. Inclusive, em muitos casos são verificadas condutas agressivas em crianças abandonadas pelos pais²⁹⁷.

Logo, a formação da criança depende muitas vezes do convívio familiar²⁹⁸, já que a família é a primeira forma de sociabilidade²⁹⁹. As relações afetivas construídas geram marcas pessoais que se mantêm ao longo de toda a vida,

²⁹¹ COMEL, Nelsina Elizena Damo. *Paternidade Responsável*, 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 81/82.

²⁹² SCHREIBER, Elisabeth. *Os direitos fundamentais da Criança na Violência Intrafamiliar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001. p. 129.

²⁹³ HIRONAKA, Gesiela Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 22/10/2011.

²⁹⁴ GOMES, Eddla Karina. *Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo na Filiação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=439>>. Acesso em: 21/10/2011.

²⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 452.

²⁹⁶ SOUZA, Ionete de Magalhães. *Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=572>>. Acesso em: 21/10/2011.

²⁹⁷ CARVALHO, Walkyria. *Abandono afetivo parental – a traição do dever de prestar apoio moral*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=784>. Acesso em: 05/04/2011.

²⁹⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 285.

²⁹⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 321.

definindo a forma de relacionamento com outras pessoas. Inclusive, estas marcas são projetadas para as famílias futuras, que irão se formar a partir dos indivíduos formados na família originária³⁰⁰.

A separação do convívio com os pais, nos primórdios da vida psíquica, produzem neles um sentimento de abandono, que pode gerar um desespero por toda a vida, dor psíquica e a incapacidade de estabelecer vínculos afetivos.³⁰¹

Passou-se a compreender a família como o local apropriado e indispensável ao desenvolvimento de seus membros³⁰². Fora dela, é muito difícil que o processo de desenvolvimento ocorra de maneira saudável e pacífica³⁰³. Para o desenvolvimento saudável, é necessária a constituição de um vínculo afetivo estreito³⁰⁴.

O vínculo é de tamanha importância à condição humana, bem como essencial ao desenvolvimento, que os direitos da criança e do adolescente o consideram como convivência, ou seja, o viver junto. Não basta sobreviver: a criança possui o direito de participar de uma rede afetiva onde possa crescer e desenvolver-se de forma plena, tendo, ao seu redor, todos os meios e instrumentos necessários a um crescimento natural.³⁰⁵

Como já dito, nos dias atuais, a família tem sido entendida como um núcleo de pessoas reunidas em razão do afeto, que possuem um projeto de vida comum e que compartilham uma rotina, de forma a transmitirem tradições e planejar o futuro³⁰⁶. A importância dos pais para uma criança ou um adolescente é incontestável, independentemente de serem casados entre si³⁰⁷. Apesar disso, não se nega que a separação do casal geralmente influencia negativamente os jovens e crianças.

³⁰⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 278/279.

³⁰¹ ALBORNOZ apud MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 159.

³⁰² MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 142.

³⁰³ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 58/59.

³⁰⁴ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 62.

³⁰⁵ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 65.

³⁰⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 278.

³⁰⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 322.

A formação da personalidade da criança e do adolescente depende da forma como foram exercidos os papéis dos genitores e de como concretizam a convivência familiar. Nesse período, a criança depende dos pais para o desenvolvimento de suas capacidades básicas e de sua personalidade³⁰⁸.

Desse modo, a família, além de ser o meio primário que propicia as primeiras e elementares noções de convivência social, ela é principalmente, também o meio que possibilita o desenvolvimento de todas as faculdades físicas, psíquicas, morais e espirituais da criança e do adolescente, no sentido de que, por mais que muitos desses conteúdos (sociais, morais, intelectuais e espirituais) advenham do contato com outras instâncias, a família é responsável, por assim dizer, pelo cultivo da terra onde as sementes serão lançadas.³⁰⁹

Não se discute a importância dos genitores no desenvolvimento especialmente das crianças, com destaque para os âmbitos emocional, social e cognitivo, sendo que sua ausência impede o pleno desenvolvimento da criança e sua inserção na sociedade³¹⁰.

O direito à convivência familiar e comunitária insere-se no rol de direitos previstos no artigo 227 da Constituição Federal³¹¹, os quais são próprios da personalidade infantil e não se aplicam aos adultos³¹². A família, por sua vez, é conceituada no Preâmbulo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança como *“um grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros e, em particular, das crianças, deve receber a proteção e assistência necessária a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade”*³¹³.

³⁰⁸ SILVA, Cláudia Maria da. *Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho*, in Revista Brasileira de Direito de Família v. 6, n° 25, abr./jun. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 1999. p. 132.

³⁰⁹ VERONESE, COSTA apud FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.65.

³¹⁰ ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 40.

³¹¹ Constituição Federal – artigo 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.

³¹² MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 145.

³¹³ Convenção Internacional dos Direitos da Criança, Preâmbulo.

Para a efetivação desse direito, criou-se uma ordem de prioridades de aplicação da lei³¹⁴. Em primeiro lugar, foi determinado que o filho deve permanecer em sua família natural, já que as crianças e adolescentes têm o direito de serem criados e educados no seio de sua família, e somente excepcionalmente em família substituta³¹⁵.

Por família natural, compreende-se a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes³¹⁶. Preocupou-se o legislador em definir que a falta ou carência de recursos materiais não são motivos suficientes para a perda ou a suspensão do pátrio poder, devendo ser mantido o infante em sua família de origem, a qual deve ser obrigatoriamente incluída em programas oficiais de auxílio³¹⁷.

Ou seja, somente serão retirados de sua família caso houver violação severa dos deveres referentes ao poder familiar, quando deverão ser encaminhados para uma família substituta. A família substituta pretende colocar a criança e o adolescente no lugar ou na posição da família natural, de forma a desempenhar as mesmas funções³¹⁸, provisória ou definitivamente³¹⁹. Como medida de proteção³²⁰, a criança é colocada em família substituta através da guarda, da tutela ou da adoção³²¹. A medida tem a finalidade de tornar possível sua integração social, de forma a evitar a institucionalização³²².

Neste caso, deve ser priorizada a família biológica (composta por aquelas pessoas que descendem de tronco comum³²³) ampliada visando a manter os

³¹⁴ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 61.

³¹⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 19.

³¹⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 25.

³¹⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 23.

³¹⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 378.

³¹⁹ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direitos da criança e adoção internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 54.

³²⁰ CURY, Munir; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 31.

³²¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 30.

³²² PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 380.

³²³ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 293.

vínculos hereditários, afetivos e sociais da criança³²⁴. Deve ser utilizado como critério o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade³²⁵.

Somente após esgotadas as possibilidades de manutenção dos vínculos da crianças há a possibilidade de colocação em família verdadeira substituta³²⁶, que é aquela sem relação afetiva ou de parentesco com a criança. A família substituta estrangeira deve ser a figura mais excepcional, a “*exceção da exceção*”³²⁷, uma vez que rompe definitivamente os vínculos familiares, afetivos, culturais e linguísticos da criança e do adolescente³²⁸. Nesta última hipótese, está autorizada apenas a adoção³²⁹.

Por fim, a hipótese de institucionalização deve ser cogitada somente quando não há formas de integração da criança ou do adolescente em um contexto familiar, seja ele natural ou substituto³³⁰. “*O abrigo não substitui a família e não pode ser depósito de crianças e de adolescentes*”³³¹. Deve sempre possuir caráter provisório, e ser efetivada pelo menor tempo possível, tendo em vista que:

(...) o afastamento da criança e do adolescente do convívio familiar traz nefastas consequências para o desenvolvimento neuro-fisio-psicológico, além de dificultar a capacitação individual e subjetiva à vida em família e em comunidade.³³²

O descumprimento do dever de propiciar à população infanto-juvenil o direito à convivência familiar e comunitária foi considerado gravíssimo, e inclusive pode gerar a perda do poder familiar (artigo 1.638 do Código Civil), bem como aplicação de medidas de proteção (artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

³²⁴ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 66.

³²⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 28, § 2º.

³²⁶ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 68.

³²⁷ CURY, Munir; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 31.

³²⁸ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 67.

³²⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 385.

³³⁰ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 69.

³³¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 379.

³³² FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 70.

É indubitável que a negativa de convivência familiar importa nos ilícitos ora descritos que se tornam mais graves quando o agressor é o genitor que, embora reconhecidamente recebeu a prole, a ela não desferiu o amparo afetivo, a assistência moral e psíquica, atingindo, por consequência, sua honra, a dignidade, a moral e a reputação social, enfim, atributos ligados à personalidade deste ofendido.³³³

É de fato simplória a defesa de que a convivência familiar se esgota na garantia da presença física, na coexistência, com ou sem coabitação. A exigência da presença paterna não é apenas física. Soa paradoxal, mas só há visita entre quem não convive, pois quem convive mantém uma relação de intimidade, uma relação verdadeiramente familiar.³³⁴

Em relação à convivência comunitária, o viver e o conviver são os grandes desafios na vida social. Está relacionada com o agir comunicativo, através do qual somos desencadeadores e produtos das ações dos grupos nos quais estamos inseridos³³⁵.

Apesar de minuciosamente previstos no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes nem sempre têm sido concretizados em nosso país. Alguns deles têm sido praticamente ignorados, e os jovens continuam desassistidos em relação a seus direitos.

Especificamente em relação ao direito à convivência familiar e comunitária, uma parcela considerável da população infanto-juvenil não tem concretizado o seu direito a conviver com seus genitores. Passa-se a analisar, no próximo capítulo, a possibilidade de indenização ao filho pelos danos causados pela falta de convívio. Por fim, ressalta-se que a possibilidade de indenização não é tratada como uma excludente às medidas de proteção, perda do poder familiar ou dos ilícitos penais, mas sim como mais uma alternativa na busca pela efetivação do direito à convivência familiar e comunitária.

³³³ SILVA, Cláudia Maria da. *Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho*, in Revista Brasileira de Direito de Família v. 6, n. 25, abr./jun. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 1999. p. 140.

³³⁴ SILVA, Cláudia Maria da. *Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho*, in Revista Brasileira de Direito de Família v. 6, n. 25, abr./jun. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 1999. p. 137.

³³⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 290.

2. ANÁLISE DO (DES)CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO EM CASO DE VIOLAÇÃO DO DEVER DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, entendia-se que, no âmbito da responsabilidade civil, existia uma imunidade em relação aos membros da família, motivo pelo qual não era legítima a pretensão de recebimento de indenização de qualquer natureza³³⁶. Com a nova ordem jurídica, foi alterado o foco do direito de família, passando à despatrimonialização e à valorização dos integrantes, como já abordado anteriormente.

Passou-se a admitir a indenização, através de danos morais e patrimoniais, na esfera do direito de família. A partir de então, novas questões surgiram e muitas delas encontram-se ainda hoje sem uma resposta consolidada, tanto no âmbito jurisprudencial quanto doutrinário. Entre elas, está a discussão a respeito da possibilidade de indenização em caso de abandono afetivo, em razão da violação do dever de convivência familiar e comunitária.

O abandono tem origem em negligência paterna e fere os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Não se restringe às hipóteses de abandono material, sendo possível sua caracterização sempre que há desamparo aos infantes e jovens. Especificamente em relação ao abandono afetivo, há violação do direito de serem criadas no âmbito familiar. “*Abandono não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material, fora do lar. Mas o descaso intencional pela sua criação, educação e moralidade*”³³⁷.

A questão é polêmica, uma vez que envolve mais que direitos e deveres, mas também questões éticas e morais³³⁸. A partir deste ponto, analisar-se-ão as principais correntes a respeito do tema, buscando contextualizar as posições doutrinárias com as decisões já proferidas a respeito do tema.

³³⁶ ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é*: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 34.

³³⁷ SKAF, Samira. *Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno-filial*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=766>>. Acesso em: 21/10/2011. p. 04.

³³⁸ CARVALHO, Walkyria. *Abandono afetivo parental – a traição do dever de prestar apoio moral*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=784>. Acesso em: 05/04/2011.

2.1. Pressupostos da responsabilidade civil

Em que pese existam posicionamentos contrapostos em relação à possibilidade de indenização no direito de família, há um considerável consenso em relação aos requisitos necessários à configuração da responsabilidade civil. Assim, antes de apresentar os principais argumentos de ambas as correntes, mostra-se necessário analisar brevemente os pressupostos da responsabilidade civil.

Em termos gerais, a responsabilidade é a virtude pela qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de sua conduta, seja ela uma ação ou uma omissão³³⁹. O artigo 927 do Código Civil impõe que *“aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”*. Por sua vez, o 186 do Código Civil determina que *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*. Define, portanto, os elementos necessários à caracterização do dever de indenizar, quais sejam: ação ou omissão voluntária, nexa causal, dano e culpa.

No caso da responsabilidade civil dentro do Direito de Família, especificamente em relação à filiação, sempre será aplicável a responsabilidade extracontratual, tendo em vista que decorre do desrespeito de uma obrigação legal, em oposição às obrigações contratuais. Em suma, há violação de regra jurídica à qual todos se encontram subordinados³⁴⁰.

2.1.1. Ato ilícito

Ato ilícito é aquele com origem direta ou indireta na vontade do agente, contrário ao ordenamento jurídico³⁴¹. Refere-se a qualquer ação ou omissão que venha a causar dano a outrem. Não se limita aos atos próprios, e inclui também os

³³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 2.ed.São Paulo: Atlas, 2004. p. 12.

³⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.19.

³⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 2.ed.São Paulo: Atlas, 2004. p. 21.

atos de terceiros que estejam sob a guarda do agente e os danos causados por coisas ou animais que lhe pertençam³⁴². Em outras palavras, é entendido como um comportamento voluntário que transgride um dever jurídico³⁴³.

Sérgio Cavalieri Filho ensina ser a ilicitude composta por um duplo aspecto. Objetivamente, considera a materialidade da conduta, e sua possível desconformidade com a norma jurídica. Sendo o comportamento contrário ao direito, deve ser considerada como ilícita independentemente da vontade do agente. Já no aspecto subjetivo, impõe-se seja feito um juízo de valor a respeito da conduta, a fim de determinar se o ato foi livre e consciente³⁴⁴.

A responsabilidade civil é um dos instrumentos aptos a ressarcir a vítima e também a punir o agente que cometeu ato ilícito.

Pontue-se que as normas jurídicas não são conselhos, opiniões ou sugestões: são determinações. O traço característico do Direito é exatamente o de ser disciplina obrigatória de condutas. Daí que, por meio de normas jurídicas, não se pede, não se exorta, não se alvitra. A feição específica da prestação jurídica é a imposição e a exigência, como bem ressalta Celso Antonio Bandeira de Melo.³⁴⁵

Como já dito, não há entre os doutrinadores que abordam a temática da indenização por abandono, muitas divergências acerca dos requisitos da responsabilidade civil – matéria tipicamente enquadrada no direito das obrigações. A grande questão é definir se há ou não o direito dos filhos ao afeto e, conseqüentemente, o dever jurídico por parte dos pais.

Para a caracterização da responsabilidade por omissão – como é o caso do abandono – mostra-se necessária a existência de um dever jurídico legal de praticar determinado fato, bem como a demonstração de que teria sido evitado o dano com a sua prática³⁴⁶. As opiniões são bastante divergentes em relação ao dever de afeto, e, por questões didáticas, serão apresentadas nos tópicos subsequentes.

³⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33.

³⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 21.

³⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 9/10.

³⁴⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 169/170.

³⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 39.

2.1.2. Dano

O dano pode ser conceituado como a subtração ou redução de um bem jurídico do patrimônio da vítima, independentemente de sua natureza³⁴⁷. É elemento imprescindível a ensejar a reparação em pecúnia. Sem ele, ninguém pode ser condenado a indenizar, mesmo que haja culpa e violação de um dever jurídico³⁴⁸. Isto porque a indenização quando inexistente o dano causaria enriquecimento ilícito para quem a recebesse e pena para quem a pagasse. O objetivo da responsabilidade civil é reparar o prejuízo sofrido pela vítima; portanto, sendo ele inexistente, nada há a indenizar³⁴⁹.

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.³⁵⁰

Dividem-se em danos patrimoniais e morais. Os danos ao patrimônio são aqueles que pressupõem ofensa ou diminuição de valores econômicos³⁵¹, que são aqueles apreciáveis em dinheiro. Portanto, podem ser reparados diretamente, mediante restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior, ou indiretamente mediante equivalente prestação pecuniária³⁵².

Em contrapartida, os danos extrapatrimoniais são aqueles em que não há diminuição do patrimônio, e sim “*dor na alma*”³⁵³ - assim considerado o sofrimento psíquico, com violação dos valores espirituais ou morais³⁵⁴. Em resumo, são

³⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 71.

³⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 35.

³⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 71.

³⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 70/71.

³⁵¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.17.

³⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 71/72.

³⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 79.

³⁵⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.18/19.

aqueles que violam o direito à dignidade, nela incluídos os direitos da personalidade³⁵⁵.

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. (...) Não é qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diurnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino.³⁵⁶

Cavaliere afirma que o dano não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. De acordo com o doutrinador, é possível haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame ou sofrimento, bem como estes últimos podem existir sem haver violação da dignidade. Assim, a reação da vítima só pode ser entendida como dano moral quando tiver origem em uma violação de sua dignidade³⁵⁷.

Em princípio, o fundamento da reparabilidade pelo dano moral está intimamente relacionado com os direitos da personalidade, pois o indivíduo é titular não apenas do seu patrimônio, mas também de direitos integrantes de sua personalidade, que não podem ser atingidos ou violados impunemente.³⁵⁸

Ressalta-se que não é qualquer dissabor, aborrecimento ou mágoa que gera a indenização por danos morais – de modo a impedir sua banalização. Só deve ser indenizado aquele dano que fuja da normalidade, de modo a profundamente interferir no comportamento psicológico do indivíduo³⁵⁹.

³⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 80.

³⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 31.

³⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 80.

³⁵⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 196.

³⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 83/84.

2.1.3. Culpa (ação ou omissão culposa)

A culpa pode ser conceituada como o “*ato ou omissão constituindo um descumprimento intencional ou não, quer de uma obrigação legal, quer de uma prescrição legal, quer do dever que incumbe ao homem de se comportar com diligência e lealdade nas suas relações com os seus semelhantes*”³⁶⁰.

Sílvio Venosa divide o conceito, e define a culpa *lato sensu* como “*a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar*”. Inclui a culpa em sentido estrito, que é a falta de diligência, e o dolo, que é a vontade de cometer a violação (voluntariedade da conduta)³⁶¹. Segundo ele, só pode ser observada quando há possibilidade de previsão:

É consenso geral que não se pode prescindir, para a correta conceituação da culpa, dos elementos “previsibilidade” e comportamento do *homo medius*. Só se pode, com efeito, cogitar de culpa quando o evento é previsível.³⁶²

No direito brasileiro, a responsabilidade objetiva consagra a teoria do risco, segundo a qual o sujeito que, com sua atividade, cria riscos deve suportar os prejuízos acarretados por sua conduta. É a exceção, e ocorre somente nas hipóteses previstas em lei, quando a vítima está dispensada de comprovar a culpa³⁶³, sendo suficientes o dano e o liame causal³⁶⁴.

A conduta culposa é gênero, que inclui como espécies a ação e a omissão. Em relação à ação, trata-se de violação do dever geral de abstenção; ou seja, é obtida através de um fazer. Já a omissão é verificada pela abstenção ou inatividade de uma conduta devida. A responsabilidade por omissão é possível somente quando há o dever jurídico de impedir a ocorrência do resultado³⁶⁵.

³⁶⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 01.

³⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 34.

³⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 10.

³⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 16.

³⁶⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 17.

³⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 24.

Majoritariamente, entende-se ser subjetiva a responsabilidade no Direito de Família, de forma a exigir do agente um juízo de censura, sendo ele capaz de entender a ilicitude de sua conduta³⁶⁶.

Visto pela responsabilidade civil subjetiva o dever de indenizar erige do comportamento culposo, onde a vítima deve demonstrar que a conduta voluntária culposa ou dolosa do agente foi essencial na ocorrência do fato danoso.³⁶⁷

Em sentido contrário, Luciane Dias de Oliveira nega que a culpa seja um elemento a ser perquirido na análise dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil, já não se trata de responsabilidade subjetiva, e sim objetiva. De acordo com a tese minoritária, caso exista prova do nexo entre a conduta omissiva do genitor e o dano moral padecido pelo menor, é possível a caracterização da responsabilidade civil, independentemente da análise da culpa³⁶⁸.

2.1.4. Nexo causal

O liame causal é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão e o dano³⁶⁹. Através do nexo causal, possibilita-se apurar se o agente deu causa à lesão³⁷⁰. Ou seja, é “*a relação verificada entre determinado fato, o prejuízo e um*

³⁶⁶ MADALENO, Rolf. *O Dano Moral na investigação de paternidade*. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=29&Itemid=39>. Acesso em: 22/10/2011.

³⁶⁷ OLIVEIRA, Luciane Dias de. *Indenização civil por abandono afetivo de menor perante a lei brasileira*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9057>. Acesso em: 22/10/2011.

³⁶⁸ OLIVEIRA, Luciane Dias de. *Indenização civil por abandono afetivo de menor perante a lei brasileira*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9057>. Acesso em: 22/10/2011.

³⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 34.

³⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 45.

*sujeito provocador*³⁷¹. O pressuposto da relação de causalidade é sempre exigido para o dever de indenizar, inclusive nos casos de responsabilidade objetiva³⁷².

Não é suficiente para a responsabilização que exista um agente que tenha praticado uma conduta ilícita, nem que a vítima tenha sofrido um dano. É necessário que a causa do dano seja o ato ilícito, que o prejuízo seja resultado da conduta do agente. Em suma, entre o dano e a conduta deve haver uma necessária relação de causa e efeito³⁷³.

(...) para os adeptos da possibilidade de reparação por abandono afetivo, se o genitor por ação voluntária, consistente no abandono do menor, na forma de culpa ou dolo, acabar por violar direito, os quais deveriam ser resguardados pelo pátrio poder, como o direito à convivência familiar, causar-lhe dano psíquico-moral, poderá, pois, ser obrigado a repará-lo, conforme artigo 927 do Código Civil, salvo algumas exceções justificadoras de tal conduta. Estas podem ocorrer no caso do abandono ter se dado devido ao caso fortuito ou força maior, que rompem o nexos causal, por partirem de fatos estranhos a vontade do genitor.³⁷⁴

Existe grande dificuldade de prova do nexos causal, inclusive em razão da problemática de identificação do fato causador do dano, especialmente quando ele decorre de causas múltiplas. A teoria mais utilizada nesses casos é a teoria da causalidade adequada³⁷⁵, que define a causa que gerou o dano de forma preponderante³⁷⁶.

O liame causal pode ser rompido através das excludentes de responsabilidade, como as hipóteses de caso fortuito, força maior, fato de terceiro ou culpa da vítima³⁷⁷. Um exemplo de excludente da ilicitude aventado pela doutrina foi o pai não ter sequer tomado conhecimento da existência do filho, que

³⁷¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.71.

³⁷² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 2.ed.São Paulo: Atlas, 2004. p. 36.

³⁷³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 46.

³⁷⁴ SKAF, Samira. *Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno-filial*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=766>>. Acesso em: 21/10/2011. p. 14

³⁷⁵ De acordo com a teoria da causalidade adequada, causa é aquela condição que demonstrar melhor aptidão ou idoneidade para causação de um resultado lesivo. Nesta perspectiva, causa adequada é aquela que apresenta como consequência normal e efeito provável a ocorrência de outro fato. In RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 72.

³⁷⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 2.ed.São Paulo: Atlas, 2004. p. 37.

³⁷⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 2.ed.São Paulo: Atlas, 2004. p. 37.

posteriormente postulou indenização por abandono afetivo. Não pode ser ao pai imputada a responsabilidade pelo abandono se não soube da concepção e do nascimento do filho. Neste caso, não houve rompimento do vínculo, tendo em vista que ele nunca se estabeleceu³⁷⁸.

Rolf Madaleno contesta a doutrina majoritária, e entende que o dever de indenizar tem como fundamento o ilícito do abuso de direito³⁷⁹, previsto no artigo 187 do Código Civil³⁸⁰. Segundo esse entendimento, a análise independe de culpa, já que o titular do direito excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes. No mesmo sentido, Vanessa Viafore entende haver abuso de direito quando o guardião impossibilita o direito de visitas do outro genitor de forma a impossibilitar a convivência³⁸¹.

Há também referência doutrinária à perda de uma chance³⁸², em que “o *infante abandonado perdeu a chance de desfrutar da plenitude em família e, por isso, a indenização é devida, inclusive, por ofensa ao princípio do solidarismo familiar*”. Nessa hipótese, a indenização não seria por danos morais ou patrimoniais, e sim por perda de uma chance no direito de família³⁸³.

³⁷⁸ HIRONAKA, Gesiela Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 22/10/2011.

³⁷⁹ SKAF, Samira. *Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno-filial*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=766>>. Acesso em: 21/10/2011. p. 14.

³⁸⁰ Código Civil, Artigo 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

³⁸¹ VIAFORE, Vanessa. *O abandono afetivo e a responsabilidade civil frente ao afeto*. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2007_2/Vanessa_Viafore.pdf>. Acesso em: 22/10/2011.

³⁸² A perda de uma chance refere-se à retirada da vítima da possibilidade de obter situação futura mais favorável. Ocorre quando desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício para a vítima em razão de uma conduta de outrem. Nesse contexto, chance deve ser entendida como a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda. In CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 74/75.

³⁸³ OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Dantas de. *A incidência do art. 186 do Código Civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível?* Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=769>>. Acesso em: 21/10/2011.

2.2. Competência para julgamento das ações indenizatórias

Apesar de a grande maioria da doutrina entender serem as Varas de Família competentes para o julgamento da ação de indenização decorrente de dano moral por abandono afetivo, não há consenso em relação à competência.

Duas vertentes jurídicas se abrem a partir desta apuração fática: a de que o Estado tutelando o direito do menor, pune pelas regras do direito de família os pais infratores, podendo o caso ser julgado pela vara de família ou pela vara da infância e da juventude, por serem assuntos pertinentes aos deveres do poder familiar. E uma segunda, sob a responsabilidade civil, considerando que esta conduta omissiva possa ser ilícita. Vale ressaltar que, esta vertente só é possível quando da conduta omissiva a vítima tenha sofrido efetivo prejuízo.³⁸⁴

Luciane Dias de Oliveira entende que quando é constatada a existência de danos à integridade moral da criança, o assunto passa a ser relacionado com o ramo da responsabilidade civil, deixando o Direito de Família. Argumenta que a indenização não tem origem na violação de preceitos familiares, e sim pelos danos causados a partir de uma conduta ilícita. Em suma, ressalta a relevância do ato ilícito, de modo a definir a competência.

Em sentido oposto, entende-se que a competência é definida pela matéria, determinada pela causa de pedir. No caso destas ações, em que pese possuam natureza indenizatória, têm como causa de pedir o abandono paterno ou materno – matéria inserida no Direito de Família. “*As varas de família estão melhor preparadas para processar este tipo de demanda, tendo o imprescindível apoio de profissionais de áreas correlatas, aptos a auxiliar o julgador na completa análise da questão (...)*”³⁸⁵. Portanto, sustenta-se que as Varas de Família são os órgãos competentes para a apreciação da questão.

³⁸⁴ OLIVEIRA, Luciane Dias de. *Indenização civil por abandono afetivo de menor perante a lei brasileira*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9057>. Acesso em: 22/10/2011.

³⁸⁵ SILVA, Priscilla Menezes da. *A Amplitude Da Responsabilidade Familiar: Da Indenização por Abandono Afetivo por Consequência da Violação do Dever de Convivência*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=617>>. Acesso em: 21/10/2011.

2.3. Posições contrárias à responsabilização em razão da violação do dever de convivência familiar

A corrente que nega a possibilidade de indenização por danos morais ao filho abandonado tem prevalecido nos tribunais brasileiros. Tem como principal argumento a ausência de ilicitude da conduta. Segundo os adeptos dessa teoria, há impossibilidade de obrigar alguém a nutrir carinho ou afeto por outrem. Por serem sentimentos pessoais, deve ser respeitada a liberdade de autodeterminação do genitor³⁸⁶.

A responsabilidade civil aplicada no direito de família não consegue, pelos dispositivos legais, incidir sobre a conduta do pai, para determiná-la como ilícita; da mesma forma, por consequência não se consegue o nexo de causalidade, pois não se tem como apontar como única conduta produtora de dano.³⁸⁷

A maioria dos autores não nega a culpa pelo abandono aos genitores, mas afirma que seria impossível a procedência do pleito indenizatório em razão da inexistência de obrigação legal ao afeto:

A conduta do pai não sofre incidência da norma legal, não tendo como ser considerada ilícita, vez que a lei não impõe aos pais dever de dar amor, afeto, em função da educação ou convivência familiar.³⁸⁸

Este posicionamento ganhou força com o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do Recurso Especial nº 757.411 – MG, no qual entendeu-se pela impossibilidade de reparação indenizatória em caso de abandono afetivo³⁸⁹.

³⁸⁶ ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é*: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 46.

³⁸⁷ MATZENBACHER, Solange Regina Santos. *Reflexão acerca da reponsabilidade civil no Direito de Família*: Filho-dano moral x Pai-abandono afetivo. E a família? In: Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 35, 2009. p. 61.

³⁸⁸ MATZENBACHER, Solange Regina Santos. *Reflexão acerca da reponsabilidade civil no Direito de Família*: Filho-dano moral x Pai-abandono afetivo. E a família? In: Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 35, 2009. p. 66.

³⁸⁹ Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (Recurso Especial nº 757411 / MG, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Fernando Gonçalves, Julgado em 29/11/2005).

Neste precedente, o filho argumenta que o pai lhe abandonou psíquica e moralmente quando possuía seis anos - após o nascimento de outra filha, com a segunda esposa. O genitor defendeu-se alegando que inicialmente visitava regularmente o filho, e que a genitora comportava-se inadequadamente, de modo que impossibilitou a convivência através de telefonemas insultosos e instruções para agressões à irmã caçula. Também argumentou que viajava permanentemente para o exterior, e que manteve contato por telefone.

Em primeiro grau a ação foi julgada improcedente, e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a decisão, a fim de condenar o pai ao pagamento de indenização em razão do abandono. O Relator, Ministro Fernando Gonçalves, reconheceu que a matéria é polêmica, e que a dinâmica social amplia o rol de direitos passíveis de indenização pecuniária. Entendeu que a legislação prevê como punição ao abandono ou descumprimento do dever de sustento, guarda e educação a perda do poder familiar. Concluiu que, uma vez que não cabe ao Judiciário obrigar alguém a amar, e que não seria alcançada finalidade positiva com a procedência do pedido, deveria ser afastada a indenização³⁹⁰.

No mesmo sentido foi a decisão da Apelação Cível n.º 1.0145.05.219641-0/001, decidida no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. A ação tinha como objeto o ressarcimento de danos morais supostamente causados pelo pai à filha, a qual foi reconhecida através de ação de reconhecimento de paternidade. Tinha como fundamento o fato de que os litigantes nunca tiveram contato, e que a filha só veio a conhecer o pai através da ação, daí decorrentes danos à personalidade da menor.

A Câmara entendeu que a falta de convívio e, conseqüentemente, de afetividade, não era fundamento para determinar a reparação pecuniária por parte do genitor. Não foi negada a possibilidade de existência de privações emocionais, mas julgou-se que não eram ensejadores de danos indenizáveis. Assim constou na ementa:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - REQUISITOS PARA RESPONSABILIDADE CIVIL - INEXISTÊNCIA. - A responsabilidade civil assenta-se em três indissociáveis elementos, quais sejam: ato ilícito, dano e nexo causal, de modo

³⁹⁰ Recurso Especial n.º 757411 / MG, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Fernando Gonçalves, Julgado em 29/11/2005. p. 02/15.

que, não demonstrado algum deles, inviável se torna acolher qualquer pretensão ressarcitória. - O abandono paterno atém-se, a meu ver, à esfera da moral, pois não se pode obrigar em última análise o pai a amar o filho. O laço sentimental é algo profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências. - O dano moral decorre de situações especiais, que causam imensa dor, angústia ou vexame, não de aborrecimentos do cotidiano, que acontecem quando vemos frustradas as expectativas que temos em relação às pessoas que nos cercam. (Apelação Cível n.º 1.0145.05.219641-0/001, 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator: Nepomuceno Silva, Julgado em 08/07/2010).

No mesmo sentido foi a decisão na Apelação Cível 9154041-93.2005.8.26.0000, proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ementa: DANOS MORAIS - Pretensão de filho em razão de abandono moral perpetrado por pai - Promessas de contato, viagens e passeios feitas à criança e não cumpridas - Alegados problemas de fundo psicológico resultantes da conduta do réu - Aborrecimentos trazidos que não sustentam indenização pretendida - Pedido inicial improcedente - Sentença reformada - Sucumbência invertida - RECURSO DO RÉU PROVIDO, PREJUDICADO O ADESIVO DO AUTOR (Apelação Cível n.º 9154041-93.2005.8.26.0000, 7ª Câmara – Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Elcio Trujillo, Julgado em 26/10/2011).

Outrossim, há quem afirme que a família é permeada de sentimentos negativos e positivos, não sendo possível indicar a causa que leva um pai a deixar de conviver com seu filho. De acordo com Taisa Maria Macena de Lima, em alguns casos o abandono envolve pais e filhos indistintamente. “*Todos são vítimas. Não há como apontar um culpado na própria entidade familiar*”³⁹¹. Em outras palavras:

A corrosão de uma relação de afeto é lenta e interativa, o que torna quase sempre impossível saber de quem é a “culpa, que até pode ser do outro que afastou de si o amor.”³⁹²

Os autores filiados a esta corrente criticam a atribuição de culpa tão somente ao pai, uma vez que não seria possível a definição, com segurança

³⁹¹ LIMA apud MATZENBACHER, Solange Regina Santos. *Reflexão acerca da reponsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral x Pai-abandono afetivo. E a família?* In: *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 35, 2009. p. 65.

³⁹² BARROS, Sérgio Resende de. *Dolarização do afeto*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=35>>. Acesso em: 22/10/2011.

jurídica, de quem deu causa ao dano, tendo em vista as condutas de ambos os genitores.

(...) nenhuma forma de desafeto faz nascer o direito à indenização por danos morais. Mesmo porque, muitas vezes, o ofendido é o acusado, cuja conduta reage à ação ou omissão do outro.³⁹³

Muitas vezes, o genitor que detém a guarda isolada da criança transfere a ela sentimentos negativos - como ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro. Nesses casos, a indenização pode não buscar ressarcir o sofrimento do menor, e sim ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.³⁹⁴

Uma vez admitidas como verdadeiros os argumentos expostos, a responsabilidade civil não seria um instituto adequado nas relações familiares porque se utiliza da teoria da causalidade adequada, sem discutir as demais causas que originaram o dano que se busca indenizar³⁹⁵.

Sérgio Resende de Barros não nega a existência do afeto como elemento caracterizador das famílias, mas entende que não pode ser reduzido a um patrimônio, seja moral ou econômico, de forma que seu término gere obrigação de indenizar³⁹⁶. Há ainda posições mais extremas, como a de Angelo Carbone, que afirma resultar o afastamento entre os genitores da separação judicial, a qual deriva da vontade dos genitores³⁹⁷. Por esse motivo, entende que o pai que cumpre suas obrigações pecuniárias não pode ser responsabilizado civilmente:

Na verdade, não existe dano moral nem situação simular que permita uma penalidade indenizatória por abandono afetivo. O pai deve cumprir suas responsabilidades financeiras. O pagamento regular da pensão alimentícia supre outras lacunas, inclusive sentimentais.(...) é por demais arbitrário e abusivo pretender que o pai seja penalizado por problemas causados ao filho pela falta de amor, pela falta de companheirismo e até, indiretamente, pela

³⁹³ BARROS, Sérgio Resende de. *Dolarização do afeto*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=35>>. Acesso em: 22/10/2011.

³⁹⁴ Recurso Especial n.º 757411 / MG, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Fernando Gonçalves, Julgado em 29/11/2005. p. 08.

³⁹⁵ MATZENBACHER, Solange Regina Santos. *Reflexão acerca da reponsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral x Pai-abandono afetivo. E a família?* In: *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 35, 2009. p. 68.

³⁹⁶ BARROS, Sérgio Resende de. *Dolarização do afeto*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=35>>. Acesso em: 22/10/2011.

³⁹⁷ CARBONE, Ângelo. *Justiça não pode obrigar o pai a amar o filho*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-dez-25/justica_ao_obrigar_pai_amar_filho>. Acesso em: 22/10/2011.

separação. (...). Aliás, esse tipo de pedido é improcedente, não está previsto em lei e, portanto, é inconstitucional.³⁹⁸

Os deveres impostos aos pais em relação aos filhos seriam de ordem material, não relacionados com a afetividade³⁹⁹. Poderiam ser cumpridos mesmo sem a expressão de sentimentos de amor, carinho e atenção, uma vez que o dever de educação não inclui o dever de afeto:

O psicológico da criança e do adolescente pode vir a sofrer danos, mas não decorrentes da conduta do pai por ter contrariado a norma legal, até porque se verifica que a norma legal não expressa o dever dos pais de dar amor, afeto; muito antes pelo contrário, facultam a visitação e a convivência condicionada ao bem estar da criança e do adolescente, pois, se for danoso, não deverá acontecer. Os deveres expressos são materiais: prover alimentos, educação e tudo que pode ser alcançado à criança sem a necessidade de afeto.⁴⁰⁰

Solange Matzenbacher, buscando negar a existência do dever jurídico de afeto, argumenta que o artigo 1.589⁴⁰¹ do Código Civil prevê a visitação de forma facultativa para os pais:

O Código Civil, em seu art. 1589, prevê a companhia de forma facultativa, sempre observando os interesses da criança. É um retrocesso a consideração da companhia indispensável ao pai, pois os remete ao retorno do extinto pátrio poder. Uma criança

³⁹⁸ CARBONE, Ângelo. *Justiça não pode obrigar o pai a amar o filho*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-dez-25/justica_nao_obrigar_pai_amar_filho>. Acesso em: 22/10/2011.

³⁹⁹ Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70022661649, com a seguinte ementa:
APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR ABANDONO AFETIVO E MATERIAL DO PAI AO FILHO MENOR. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. A paternidade pressupõe a efetiva manifestação socioafetivo de convivência, amor e respeito entre pai e filho, não podendo ser quantificada, em sede indenizatória, como reparação de danos extrapatrimoniais, salvo raras situações do que os autos não tratam nesse caso. A lei prevê obrigações do pai ao filho, como prestar-lhe alimentos ou exercer sua guarda sob pena de perda do poder familiar, que não se enquadram, em regra, dentre as obrigações civis de cunho indenizatório por prática de ato ilícito. APELAÇÃO DESPROVIDA. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70022661649, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/05/2008)

⁴⁰⁰ MATZENBACHER, Solange Regina Santos. *Reflexão acerca da reponsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral x Pai-abandono afetivo. E a família?* In: *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 35, 2009. p. 65.

⁴⁰¹ Código Civil, artigo 1.589: O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

pode viver de forma saudável, em família, sob a guarda de apenas um dos pais, sem qualquer prejuízo ao seu desenvolvimento.⁴⁰²

A doutrinadora também refere que o rompimento do relacionamento dos pais traz problemas para os filhos independentemente da vontade dos genitores, causando danos psicológicos. Segundo ela, o direito de visitas não é uma forma de união, mas de separação – já que implica naturalmente a exclusão de um dos pais da maior parte das atividades do filho, e, conseqüentemente, da família⁴⁰³. A obrigação ao direito de visitas seria uma violação à dignidade da pessoa humana e à proteção integral:

Quanto à dignidade do filho como pessoa humana, desrespeito aos seus direitos é obrigá-lo a um convívio não querido por ele ou prejudicial a ele, num ambiente desarmônico, desafetuoso pelas circunstâncias que envolvem essa família, pois, neste caso, estar-se-ia contrariando aos princípios constitucionais de proteção integral da criança e do adolescente e ao da dignidade da pessoa humana.⁴⁰⁴

Os autores que defendem a impossibilidade da reparação sustentam que, em caso de descumprimento dos deveres, existe sanção própria no direito de família, qual seja, a destituição do poder familiar – medida mais grave que qualquer forma de indenização⁴⁰⁵. Este argumento constou no acórdão anteriormente citado, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.⁴⁰⁶

⁴⁰² CASTRO, Leonardo. *O preço do abandono afetivo*. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1040152/o-preco-do-abandono-afetivo-leonardo-castro>>. Acesso em: 22/10/2011.

⁴⁰³ MATZENBACHER, Solange Regina Santos. *Reflexão acerca da reponsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral x Pai-abandono afetivo. E a família?* In: *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 35, 2009. p. 63/65.

⁴⁰⁴ MATZENBACHER, Solange Regina Santos. *Reflexão acerca da reponsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral x Pai-abandono afetivo. E a família?* In: *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 35, 2009. p. 66.

⁴⁰⁵ ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 46/47.

⁴⁰⁶ Recurso Especial n^o 757411 / MG, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Fernando Gonçalves, Julgado em 29/11/2005. p. 07/08.

O Ministro Aldir Passarinho Junior manifestou-se no sentido de que as relações intrafamiliares resolvem-se exclusivamente no âmbito do Direito de Família, motivo pelo qual a medida cabível seria a perda do pátrio poder – a qual não foi requerida à época⁴⁰⁷.

No mesmo sentido, Renan Kfuri Lopes entende não ser possível a aplicação da responsabilidade civil no âmbito familiar, tendo em vista que a violação dos direitos referentes à família gera sanções próprias do Direito de Família⁴⁰⁸. Assim, os princípios do Direito de Família não permitiriam a aplicação dos princípios do Direito das Obrigações às relações familiares, em razão da importância dada à família pela Constituição⁴⁰⁹.

Outrossim, também é utilizado o argumento de que o ajuizamento de ação contra o pai causaria ainda mais afastamento na relação entre pai e filho, o oposto da finalidade buscada com a pretensão⁴¹⁰. Assim, quando procedente o pedido de indenização, haveria o rompimento definitivo em relação ao afeto do pai:

(...) a função do instituto é restabelecer o *status quo ante*, o que não vai acontecer com o filho que teve dano psicológico pelo abandono afetivo. Todavia, este não é o pior dos males e sim o resultado desta demanda, que é a impossibilidade da relação entre pai e filho tornar a se restabelecer. (...) A condenação do pai à indenização leva a uma ruptura definitiva e este é o resultado real da demanda.⁴¹¹

Dessa forma, as esperanças do filho de ser acolhido pelo amor paterno, mesmo que tardiamente, estariam reduzidas substancialmente⁴¹². Por fim, Matzenbacher critica a discussão no âmbito do Poder Judiciário, no qual as partes não têm a oportunidade de dialogar e buscar restabelecer a comunicação que foi interrompida. Propõe como alternativa a mediação familiar, como forma de buscar

⁴⁰⁷ Recurso Especial n.º 757411 / MG, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Fernando Gonçalves, Julgado em 29/11/2005. p. 11.

⁴⁰⁸ LOPES apud SKAF, Samira. *Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno-filial*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=766>>. Acesso em: 21/10/2011. p. 11.

⁴⁰⁹ Recurso Especial n.º 757411 / MG, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Fernando Gonçalves, Julgado em 29/11/2005. p. 14.

⁴¹⁰ ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 47.

⁴¹¹ MATZENBACHER, Solange Regina Santos. *Reflexão acerca da reponsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral x Pai-abandono afetivo. E a família?* In: Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 35, 2009. p. 67.

⁴¹² Recurso Especial n.º 757411 / MG, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Fernando Gonçalves, Julgado em 29/11/2005. p. 09.

o retorno do afeto, da companhia e da convivência do genitor – restabelecendo assim o *status quo ante*⁴¹³.

2.4. A doutrina favorável à indenização nas relações afetivas paterno-filiais

A corrente que admite a possibilidade de indenização em casos de abandono afetivo parte da presunção de que os princípios constitucionais possuem incidência imediata sobre as relações de direito privado. Havendo entre eles colisão, devem ser ponderados de forma a se encontrar o equilíbrio através da dignidade da pessoa humana⁴¹⁴.

O direito das crianças e adolescentes ao afeto não é um consenso entre os doutrinadores que aceitam a possibilidade de indenização. Há aqueles, como Flávio Tartuce, que entendem que o amor é um direito fundamental do menor, ao qual corresponderia a um dever por parte dos pais⁴¹⁵. Rodrigo da Cunha Pereira considera inegável que a convivência e o afeto sejam deveres dos pais em relação aos filhos. No entanto, não sendo possível obrigá-los ao amor, à atenção e ao desafeto deve corresponder uma punição, para que o direito não se esvazie⁴¹⁶.

Priscilla Menezes da Silva extrai o dever de afeto, amor e carinho do dever de guarda⁴¹⁷ e do dever de convivência familiar⁴¹⁸. Para Luciane Dias de Oliveira,

⁴¹³ MATZENBACHER, Solange Regina Santos. *Reflexão acerca da reponsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral x Pai-abandono afetivo. E a família?* In: Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 35, 2009. p. 68.

⁴¹⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade civil no Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. cap. 19. p.362.

⁴¹⁵ TARTUCE apud ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 50.

⁴¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, Responsabilidade e o STF*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=553>>. Acesso em 24/08/2011.

⁴¹⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente, Artigo 33: A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

⁴¹⁸ SILVA, Priscilla Menezes da. *A Amplitude Da Responsabilidade Familiar: Da Indenização por Abandono Afetivo por Consequência da Violação do Dever de Convivência*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=617>>. Acesso em: 21/10/2011.

o afeto está baseado em preceitos da convivência familiar, de forma que a paternidade responsável pressupõe que os filhos tenham direito a ter a companhia dos pais⁴¹⁹.

Têm os pais o dever expresso e a responsabilidade de obedecerem às determinações judiciais ordenadas no interesse do menor, como disto é exemplo o dever de convivência em visitação, que há muito deixou de ser mera faculdade do genitor não-guardião, causando irreparáveis prejuízos de ordem moral e psicológica à prole, a irracional omissão dos pais.⁴²⁰

Já Giselda Hironaka entende que o dever de educação inclui o desempenho de funções de educadores, de forma a ensinarem aos filhos a noção de autoridade e limites. O abandono afetivo caracterizaria a omissão relativa ao dever de educação em sua concepção ampla – incluindo, assim, afeto, carinho, atenção e desvelo⁴²¹.

Por outro lado, existem posicionamentos que defendem não ser o afeto considerado como princípio jurídico, em que pese sua grande relevância no âmbito do Direito de Família. Para estes autores, não há direito subjetivo ao afeto, de modo que inexistente a obrigação jurídica. Por outro lado, haveria o direito subjetivo à criação, à educação e à assistência⁴²², bem como o dever à convivência familiar. “*Amor e carinho são próprios da esfera íntima de cada ser humano, não sendo possível a ingerência do direito nesse aspecto: inexistente, portanto, a obrigação de amar*”⁴²³.

⁴¹⁹ OLIVEIRA, Luciane Dias de. *Indenização civil por abandono afetivo de menor perante a lei brasileira*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9057>. Acesso em: 22/10/2011.

⁴²⁰ MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 124.

⁴²¹ HIRONAKA, Gesiela Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 22/10/2011.

⁴²² ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 69.

⁴²³ ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 50.

A possibilidade de indenização estaria fundamentada no dever de responsabilidade, previsto constitucionalmente. “*Amor não pode ser imposto, mas responsabilidade, sim*”.⁴²⁴

É surreal imaginar que o Estado-Juiz possa, com a fixação de uma indenização, obrigar alguém a amar outrem, eis que a falta de amor ou de afeto não pode e não deve ser considerada ato ilícito, fugindo à seara do Direito Positivo.⁴²⁵

É claro que o afeto e os sentimentos de amor e de carinho são inerentes à paternidade. Porém, não existe em nosso ordenamento mecanismos de correção para obrigar o pai ou a mãe ao cumprimento desta obrigação, eis que ela tem cunho moral, religioso, não jurídico. O direito não tem como penetrar no âmago do indivíduo e puni-lo ou premiá-lo por ações que não se exteriorizam.⁴²⁶

Os autores que defendem a indenização sustentam que o artigo 1.634⁴²⁷ do Código Civil define os deveres dos pais em relação aos filhos, entre os quais não se encontra o dever de dar amor, carinho ou afeto aos filhos menores- que devem ser dados espontaneamente.⁴²⁸ Não se condena a falta de amor, e sim a violação dos direitos morais contidos nos direitos da personalidade do filho rejeitado⁴²⁹. A questão trata da apuração das responsabilidades por um ato

⁴²⁴ ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 52.

⁴²⁵ OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Dantas de. *A incidência do art. 186 do Código Civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível?* Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=769>>. Acesso em: 21/10/2011.

⁴²⁶ SILVA, Priscilla Menezes da. *A Amplitude Da Responsabilidade Familiar: Da Indenização por Abandono Afetivo por Consequência da Violação do Dever de Convivência*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=617>>. Acesso em: 21/10/2011.

⁴²⁷ Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

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

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

⁴²⁸ OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Dantas de. *A incidência do art. 186 do Código Civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível?* Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=769>>. Acesso em: 21/10/2011.

⁴²⁹ MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 126.

omissivo que causou danos à dignidade da pessoa humana, que é bem protegido em âmbito constitucional⁴³⁰.

Priscilla Menezes da Silva entende que o direito não acompanhou as modificações sociais, tendo em vista que não foi tutelado o valor do afeto expressamente. Por esse motivo, sustenta que as ações indenizatórias devem ter como fundamento a violação dos deveres previstos no âmbito constitucional⁴³¹.

No caso do abandono, estão presentes dois interesses opostos: o do pai, em se manter afastado do filho, e o do filho, de conviver com seu genitor. A obrigação não existe só do ponto de vista moral, mas também jurídico⁴³², já que há a prevalência dos interesses do filho em razão da teoria da proteção integral:

Dadas a peculiar condição dos filhos e a responsabilidade dos pais na criação, educação e sustento dos mesmos, seria incabível valorizar sua liberdade em detrimento da solidariedade familiar e da própria integridade psíquica dos filhos. Ponderados, pois os interesses contrapostos, a solidariedade familiar e a integridade psíquica são princípios que sobressaem e se superpõem, com a força que lhes dá a tutela constitucional, à autonomia dos genitores que, neste caso, dela não são titulares.⁴³³

Como já exposto, o poder familiar não é mais tratado como uma faculdade, mas sim um poder-dever, o qual impõe obrigações para os pais, como as de assistir, criar e educar os filhos menores⁴³⁴. O Judiciário, em diversos casos, já avançou significativamente e entendeu que, apesar de não ser possível obrigar um pai a amar seu filho, deve ser punido por sua ausência na formação do menor, tendo em vista sua obrigação legal, quando causa danos irreversíveis.⁴³⁵

⁴³⁰ OLIVEIRA, Luciane Dias de. *Indenização civil por abandono afetivo de menor perante a lei brasileira*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9057>. Acesso em: 22/10/2011.

⁴³¹ SILVA, Priscilla Menezes da. *A Amplitude Da Responsabilidade Familiar: Da Indenização por Abandono Afetivo por Consequência da Violação do Dever de Convivência*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=617>>. Acesso em: 21/10/2011.

⁴³² ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 54.

⁴³³ MORAES apud ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 53.

⁴³⁴ ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 38.

⁴³⁵ GOMES, Eddla Karina. *Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo na Filiação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=439>>. Acesso em: 21/10/2011.

Nesse sentido foi a decisão proferida pela Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na Apelação Cível nº 200700145918⁴³⁶. Neste caso, os Magistrados entenderam estar caracterizado e devidamente comprovado o abandono afetivo por parte do genitor, em razão de cartas enviadas ao filho, com a finalidade de macular a imagem da mãe. Por esses motivos, deram provimento ao recurso do filho e condenaram o pai ao pagamento de indenização pelos danos morais causados. Assim constou no voto do Relator:

Se um pai não pode ser culpado pelo fato de não amar ao filho - o que, por si, já não seria natural -, de outro lado, pode ser por negligenciá-lo - e, a nosso sentir, insisto, tanto nos aspectos materiais, quanto nos aspectos morais.

Creio, sinceramente, que um pai que não exerce adequadamente seu poder familiar, que descarta de seu dever de criar e educar seus filhos, do de tê-los em sua companhia e guarda, do de assisti-los, quando tenha condições de fazê-lo, deve, sim, ser responsabilizado por negar aos mesmos uma formação plena como pessoas.⁴³⁷

O ato ilícito que violar o estado familiar, enquadrado como atributo da personalidade, e gerar dano moral está sujeito a ser reparado através de indenização⁴³⁸. Ou seja, uma vez presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, independentemente de tratar-se de esfera familiar, deve haver a reparação do dano através do pagamento em pecúnia⁴³⁹.

O instituto da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais é possível no âmbito do direito de família, tendo em vista que não há nenhuma proibição legal⁴⁴⁰, ainda que não haja expressa previsão⁴⁴¹. No entanto, deve, ser

⁴³⁶ EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. RELAÇÕES FAMILIARES. PRETENSÃO COMPENSATÓRIA DE DANOS MORAIS, AJUIZADA PELO FILHO EM FACE DO PAI, POR ABANDONO AFETIVO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELO DO AUTOR. ABANDONO PSICOLÓGICO E AFETIVO CARACTERIZADOS, PRINCIPALMENTE DIANTE DAS CARTAS ENVIADAS AO FILHO, DENEGRINDO A IMAGEM DE SUA GENITORA. PRECEDENTES DO TJRS E TJSP. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO) (Apelação Cível Nº 200700145918, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relator: Werson Rêgo, Julgado em 11/11/2001).

⁴³⁷ Apelação Cível Nº 200700145918, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relator: Werson Rêgo, Julgado em 11/11/2001.

⁴³⁸ ALVES, Eliana Calmon. *Reponsabilidade civil no direito de família*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/353/Responsabilidade_Civil_Direito.pdf?sequen ce=4>. Acesso em: 21/10/2011. p. 06.

⁴³⁹ GOMES, Eddla Karina. *Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo na Filiação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=439>>. Acesso em: 21/10/2011.

⁴⁴⁰ OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Dantas de. *A incidência do art. 186 do Código Civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível?* Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=769>>. Acesso em: 21/10/2011.

observados os requisitos legais (dano, ato ilícito e nexo causal) com extrema cautela e razoabilidade⁴⁴².

Não haveria razão para que o direito de família fosse blindado pela impossibilidade de responsabilização de pai que não cumpre os deveres inerentes à sua autoridade parental, sobretudo em razão do princípio da dignidade da pessoa humana. Não se mostra razoável o argumento de que a família detém uma imunidade no tocante à responsabilização civil, pois haveria evidente incompatibilidade com o ordenamento constitucional vigente.⁴⁴³

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito da possibilidade de indenização por danos morais no Direito de Família, uma vez que condenou o varão ao pagamento de indenização por danos morais à mulher, quando responsável exclusivo pela separação e com comportamento injurioso⁴⁴⁴.

As relações de família são especiais, com princípios e circunstâncias próprias deste ramo do direito. Sendo assim, a discussão não pode ser restringida ao âmbito da responsabilidade civil, de forma que o ramo mais apto a enfrentar a questão é o Direito de Família⁴⁴⁵.

Tendo em vista que os julgamentos envolvendo membros da mesma família devem considerar o contexto jurídico-social além do texto jurídico⁴⁴⁶, o

⁴⁴¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 118.

⁴⁴² OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Dantas de. *A incidência do art. 186 do Código Civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível?* Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=769>>. Acesso em: 21/10/2011.

⁴⁴³ ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 54.

⁴⁴⁴ EMENTA: Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento. 1. O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor. 2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação. 3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Cód. Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais. (Recurso Extraordinário 37.051/SP, Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Nilson Naves, Julgado em 17 de abril de 2001).

⁴⁴⁵ ANGELUCI, Cleber Affonso. *Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero33/artigo06.pdf>>. Acesso em: 22/10/2011. p. 51.

⁴⁴⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, Responsabilidade e o STF*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=553>>. Acesso em 24/08/2011.

instituto da responsabilidade civil deslocou o elemento do fato ilícito para a reparação do dano injusto, de forma a facilitar o pedido de indenização⁴⁴⁷. Dessa forma, é realçado o valor da pessoa humana que compõe a família⁴⁴⁸.

Para que exista o dever indenizatório, a maior parte da doutrina tem entendido que há necessidade de comprovação do dano, através de perícias médicas e exames psicológicos. Segundo esse posicionamento, em se tratando de responsabilidade subjetiva, é necessária a comprovação dos requisitos previstos no artigo 186 do Código Civil para a caracterização do dever de indenizar⁴⁴⁹.

O abandono pelo abandono de um pai ou de uma mãe, por si só, em relação a um filho, de igual modo, não é causa de indenização, caso contrário haveria a utilização do dano *in re ipsa*, inaceitável, ao menos para mim, no direito de família.⁴⁵⁰

Em outras palavras, deve haver comprovação de que o abandono foi nocivo à criança, bem como de sua extensão, através de perícia técnica determinada pelo Juízo⁴⁵¹, realizada por psiquiatras, psicólogos e psicopedagogos.⁴⁵² Também é possibilitada a prova documental e testemunhal⁴⁵³. Coloca-se a necessidade de prova em razão de que existe a possibilidade de que outra pessoa que não o genitor venha a suprir a função de pai – seja um parente, amigo ou novo companheiro da mãe - na vida do filho, de modo que não haja danos:

⁴⁴⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade civil no Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. cap. 19. p. 360.

⁴⁴⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade civil no Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. cap. 19. p.362.

⁴⁴⁹ OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Dantas de. *A incidência do art. 186 do Código Civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível?* Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=769>>. Acesso em: 21/10/2011.

⁴⁵⁰ OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Dantas de. *A incidência do art. 186 do Código Civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível?* Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=769>>. Acesso em: 21/10/2011.

⁴⁵¹ SKAF, Samira. *Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno-filial*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=766>>. Acesso em: 21/10/2011. p. 13.

⁴⁵² OLIVEIRA, Luciane Dias de. *Indenização civil por abandono afetivo de menor perante a lei brasileira*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9057>. Acesso em: 22/10/2011.

⁴⁵³ SOUZA, Ionete de Magalhães. *Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=572>>. Acesso em: 21/10/2011.

Desarte, caso essa pessoa não consiga fielmente substituir o papel que deveria ser exercido como dever pelo(a) genitor(a) ou ambos, e venha o menor a sofrer danos de ordem moral e psíquica; os que o negligenciaram podem vir a sofrer Ação de Reparação de Danos Morais, desde que os requisitos legais estejam devidamente comprovados.⁴⁵⁴

O Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível 3004256-57.2009.8.26.0506, julgou necessária a realização de prova pericial, a fim de analisar a extensão e repercussão do dano psicológico. Assim constou na decisão:

Ementa: Indenização por danos morais. Alegado abandono afetivo imputado ao requerido, genitor da autora, reconhecida como filha após ação de investigação de paternidade. Sentença de improcedência. Peculiaridade da indenização pleiteada que torna imprescindível a prova pericial. Necessidade de se perquirir acerca da extensão e repercussão do dano psicológico. Sentença anulada para prosseguimento da instrução. Recurso provido. (Apelação Cível 3004256-57.2009.8.26.0506, 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator:Caetano Lagrasta, julgado em 13/10/2011).

Isto porque há a necessidade de que seja exercida a função de pai – que é um fator emocional e cultural, e não somente biológico. Para os adeptos deste posicionamento, deve haver a comprovação de que a sensação de abandono foi nociva à criança, bem como de sua extensão⁴⁵⁵. Uma vez comprovada a efetiva existência de dano extrapatrimonial, com violação dos direitos da personalidade, deve ser discutido o cabimento de indenização. “*É a rejeição que salienta a dor e quer ter uma explicação plausível e convincente; o que, na maioria das vezes, não ocorre*”⁴⁵⁶.

A maioria das decisões encontradas entendeu ser necessária a prova do dano moral, bem do como o nexo de causalidade entre a conduta do pai. Inexistente a comprovação do dano, foi indeferido o pedido de indenização nesta Apelação Cível, decidida pelo Tribunal de Justiça gaúcho:

⁴⁵⁴ SKAF, Samira. *Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno-filial*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=766>>. Acesso em: 21/10/2011. p. 08/09.

⁴⁵⁵ HIRONAKA, Gesiela Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 22/10/2011.

⁴⁵⁶ SOUZA, Ionete de Magalhães. *Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=572>>. Acesso em: 21/10/2011.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA PATERNA. NECESSIDADE DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DO DANO. Se a omissão de afeto por parte dos pais em relação aos filhos, que estão em fase de formação da personalidade, causa-lhes danos e desequilíbrio emocional que prejudiquem o desenvolvimento pleno de sua personalidade e, por isso, é indenizável, esse dano deve restar demonstrado, porque a responsabilidade pelo ilícito civil decorre da existência do ato ilícito, que é composto não só do fato lesivo, mas também do dano e do nexo de causalidade entre o dano e o ato do agente. Não demonstrado o dano, o qual não se presume, mantém-se a improcedência da ação. Precedentes doutrinários e jurisprudencial. Apelação desprovida. (Apelação Cível No 70022648075, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 24/01/2008).

No entanto, há quem sustente que o dano moral advém *in re ipsa* – ou seja, prescinde de prova. Ocorrendo o fato gerador, há a ocorrência de danos morais indenizáveis⁴⁵⁷. Na hipótese de danos decorrentes de abandono, não haveria razões para se entender de maneira diversa. A presunção não afastaria a possibilidade de comprovação de que o dano não ocorreu⁴⁵⁸.

Rodrigo da Cunha Pereira, por outro lado, sustenta que o dever de indenizar não tem origem no dano causado, mas na violação do direito, que determina serem os pais responsáveis pela educação, nela incluída o direito ao afeto. "O ilícito, fato gerador da indenização (...) está no descumprimento do

⁴⁵⁷ Há julgados acolhendo a teoria da ausência de necessidade de prova, como é o caso da decisão proferida no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. DESCABIMENTO NO CASO CONCRETO. Embora não se deva falar em necessidade de prova do dano sofrido pelo filho, uma vez que este decorre do próprio abandono paterno, no caso, não há ilícito indenizável. Verdade biológica que foi omitida do autor por sua mãe durante cerca de cinquenta anos, sendo que foi registrado, já nos primeiros anos de vida, pelo marido daquela, e com quem estabeleceu vínculo afetivo, e tendo crescido e se desenvolvido em uma família sob a proteção de um pai registral. Inexistência de provas seguras acerca de eventuais prejuízos e frustrações na realização da afetividade que pudessem repercutir negativamente ao longo da vida do autor, o qual teve oportunidade de estudar, trabalhar e constituir sua própria família. NEGADO PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70019239037, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relatora: Maria Berenice Dias, Julgado em 18/07/2007).

⁴⁵⁸ ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é*: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 66/67.

*exercício do poder familiar que gera um dano aos direitos de personalidade da criança*⁴⁵⁹.

Não merece guarida o argumento de que o genitor que assiste materialmente seus filhos está dispensado do dever de reparar danos extrapatrimoniais. Isso porque a indenização por responsabilidade civil e o dever alimentar não se confundem, sendo inteiramente distintos⁴⁶⁰. Os alimentos têm função de satisfazer as necessidades variáveis do alimentado de forma a assegurar-lhe a sobrevivência, enquanto a indenização tem por finalidade punir o causador de um ilícito e ressarcir a vítima, de maneira definitiva⁴⁶¹.

Não há como confundir a pensão alimentícia com o ressarcimento do ato ilícito conjugal ou mesmo paterno, no caso da investigatória de paternidade por recusa do reconhecimento voluntário do parentesco biológico, porquanto a indenização carece da averiguação das necessidades do seu destinatário, assim como, sequer se limita ou vincula à fração das rendas do alimentante e muito menos está sujeita à revisão (...).⁴⁶²

Os deveres paternos não se resumem ao mero pagamento de alimentos, e incluem também os aspectos existenciais (necessidades biopsíquicas) e educacionais⁴⁶³. Não há como determinar uma ordem de prioridades entre as necessidades materiais e morais de uma criança ou de um adolescente. O amor e os alimentos são igualmente necessários. *“Se o corpo não vive sem comida, o corpo mental, psicológico e social não vivem sem as relações, uma vez que elas são a expressão do amor e do afeto”*⁴⁶⁴.

⁴⁵⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, Responsabilidade e o STF*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=553>>. Acesso em 24/08/2011.

⁴⁶⁰ ALVES, Eliana Calmon. *Reponsabilidade civil no direito de família*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/353/Responsabilidade_Civil_Direito.pdf?sequence=4>. Acesso em: 21/10/2011. p. 06.

⁴⁶¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 122/123.

⁴⁶² MADALENO, Rolf. *O Dano Moral na investigação de paternidade*. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=29&Itemid=39>. Acesso em: 22/10/2011.

⁴⁶³ ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 43.

⁴⁶⁴ OLIVEIRA, Luciane Dias de. *Indenização civil por abandono afetivo de menor perante a lei brasileira*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9057>. Acesso em: 22/10/2011.

(...) o argumento utilizado por alguns juristas de que o suprimento alimentar basta, com todo o respeito, não merece prosperar. Ora, prestar alimentos a fim de suprir necessidades materiais e de sobrevivência é completamente diferente de abandono moral. Esses dois institutos devem ser reparados separadamente, não é porque se sanou o abandono material que automaticamente a lacuna da dor do dano moral estará também preenchida. Para cada qual, uma consequência deve incidir. (...) Não é porque o ascendente se mostrou presente materialmente, que fez isso por amor ou afeto afastando automaticamente o abandono moral.⁴⁶⁵

A aceitação do argumento de que o pagamento de pensionamento alimentício seria uma forma de expressar o afeto seria a perfectibilização da monetarização do amor.

A alegação de que o direito de família possui penas características não é suficiente para elidir a condenação pecuniária de forma complementar. Isto porque a sanção própria do Direito de Família ao abandono, qual seja, a perda ou destituição do poder familiar, não impede a indenização⁴⁶⁶. A destituição do poder familiar se mostra insuficiente para coibir a prática do abandono afetivo; não representa qualquer conforto para o filho e ainda premia o pai que se ausentou de suas responsabilidades⁴⁶⁷.

(...) a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e no atual.⁴⁶⁸

A medida visa a proteção da criança ou do adolescente, e não possui caráter punitivo. A violação injustificada do dever de criação enquadra-se no tipo penal de abandono material, previsto no artigo 244 do Código Penal⁴⁶⁹. Assim, fica

⁴⁶⁵ SKAF, Samira. *Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno-filial*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=766>>. Acesso em: 21/10/2011. p. 22.

⁴⁶⁶ GOMES, Eddla Karina. *Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo na Filiação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=439>>. Acesso em: 21/10/2011.

⁴⁶⁷ ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 54.

⁴⁶⁸ Recurso Especial n.º 757411 / MG, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Fernando Gonçalves, Julgado em 29/11/2005. p. 13.

⁴⁶⁹ OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Dantas de. *A incidência do art. 186 do Código Civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível?* Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=769>>. Acesso em: 21/10/2011.

esvaziado o argumento de que deve-se aplicar somente as medidas previstas no próprio direito de família para as relações familiares.

É justo que um pai omissivo tenha como punição, somente, a perda do poder familiar? No meu modo de pensar, não, porquanto seria um prêmio para genitores descompromissados afetivamente com sua prole, eis que estariam “isentos” de qualquer “trabalho educativo e emocional” no crescimento moral da criança.⁴⁷⁰

Em suma, a destituição do poder familiar é considerada pela maioria dos doutrinadores como uma espécie de prêmio ou bonificação para aqueles pais que não cumprem sua obrigação legal de educação dos filhos⁴⁷¹.

Do mesmo modo, a alegação de que não seria possível a indenização em razão de não reconstituir o vínculo entre os familiares não pode, de maneira alguma, ser aceite. Os casos em que a ação é proposta já não há mais vínculos entre o genitor e o filho, de modo que o afastamento já existe – e, muito provavelmente, sem possibilidade de restabelecimento do vínculo.

(...) a análise das hipóteses que são levadas ao Judiciário demonstra que, no comum dos casos, quando o filho recorre aos tribunais na tentativa de obter a reparação por abandono moral, normalmente não existe mais qualquer relação paterno-filial. Deste modo, fica esvaziado o argumento de que tal pretensão afastaria ainda mais as duas pessoas, inviabilizando uma reaproximação futura. Esta preocupação não se justificaria do ponto de vista jurídico, até porque, muitas vezes, a relação paterno-filial jamais existiu.⁴⁷²

A indenização deve ser utilizada em último caso, inclusive em razão de que o amor já se perdeu e “*dificilmente será reconquistado após a dura batalha judicial: a possibilidade de entendimento e reaproximação dos envolvidos*”⁴⁷³.

Esta corrente não nega a postura equivocada das mães, já que, muitas vezes, elas usam os filhos como forma de atingir o genitor, em uma espécie de

⁴⁷⁰ OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Dantas de. *A incidência do art. 186 do Código Civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível?* Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=769>>. Acesso em: 21/10/2011.

⁴⁷¹ SILVA, Priscilla Menezes da. *A Amplitude Da Responsabilidade Familiar: Da Indenização por Abandono Afetivo por Consequência da Violação do Dever de Convivência*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=617>>. Acesso em: 21/10/2011.

⁴⁷² ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 54.

⁴⁷³ SILVA, Priscilla Menezes da. *A Amplitude Da Responsabilidade Familiar: Da Indenização por Abandono Afetivo por Consequência da Violação do Dever de Convivência*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=617>>. Acesso em: 21/10/2011.

vingança, ou pretendem substituir o papel de pai pelo novo companheiro⁴⁷⁴. No entanto, esse argumento não pode ser usado em desfavor dos filhos, uma vez que os direitos da personalidade são irrenunciáveis. Em resumo, mesmo que houvesse consentimento do próprio filho, não seria extinto seu direito de ser cuidado pelos pais⁴⁷⁵.

Em relação à alegação de que não seria possível a quantificação do dano, deve-se lembrar que o ressarcimento da esfera moral busca recompor exatamente o que não pode ser reparado em espécie. “O dano imaterial, isto é, não patrimonial, é irreparável, insusceptível de avaliação pecuniária porque é incomensurável”. A condenação em pecúnia é mero consolo para a dor, mais apto a satisfazer que a reparar o dano⁴⁷⁶.

Cavaliere Filho ressalta a função satisfatória da condenação ao ressarcimento de danos extrapatrimoniais, com a qual se busca recompensar o sofrimento ou a humilhação da vítima – com função de pena privada em benefício da vítima⁴⁷⁷. Através da ação indenizatória não se pretende forçar um pai a cumprir o dever que não é adimplido espontaneamente, e sim recompor o danos causados àquele que não se desenvolveu plenamente em razão da conduta de seu pai, ao privar o filho de sua convivência⁴⁷⁸.

(...) em determinados casos, malsinadamente, o restabelecimento do amor e do carinho é, praticamente, impossível, pois já fora desfeito pelo longo tempo transcorrido diante de total ausência de contato e afeto paterno.⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 44.

⁴⁷⁵ OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Dantas de. *A incidência do art. 186 do Código Civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível?* Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=769>>. Acesso em: 21/10/2011.

⁴⁷⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 2.ed.São Paulo: Atlas, 2004. p. 32.

⁴⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 81.

⁴⁷⁸ GOMES, Eddla Karina. *Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo na Filiação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=439>>. Acesso em: 21/10/2011.

⁴⁷⁹ OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Dantas de. *A incidência do art. 186 do Código Civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível?* Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=769>>. Acesso em: 21/10/2011.

A condenação não é uma forma de vingança por parte do filho ou de forçar o pai a amar o filho, mas somente reparar o dano injusto causado⁴⁸⁰. Sua quantificação da indenização deve considerar a natureza do ato ilícito, bem como a condição social e econômica dos envolvidos. O montante da condenação deve ser economicamente considerável tanto para a vítima quanto para o causador – de modo que não caracterize nem esmola nem premiação⁴⁸¹. Também deve ser arbitrado de forma a cobrir as despesas necessárias ao tratamento que vise amenizar as implicações de ordem psicológica⁴⁸².

Ionete de Magalhães Souza ressalta que a reparação pelo dano extrapatrimonial deve ser quitada em uma única vez, tendo em vista o caráter compensatório. Critica o pagamento através de pensão alimentícia mensal, já que não seria uma forma de ressarcir os prejuízos de ordem moral, mas sim de compensar os lucros cessantes que o filho poderia vir a auferir⁴⁸³.

Além de reparar os danos causados ao filho, a condenação adquire caráter pedagógico, com finalidade de desincentivar condutas semelhantes e orientar os pais quanto à sua função social e ao seu papel de orientar e participar na formação dos filhos⁴⁸⁴.

A condenação ao pagamento de indenização tem também função reparatória e pedagógica. Se a Suprema Corte disser que não há nenhuma sanção às regras e princípios jurídicos de que os pais são responsáveis pela criação e educação de seus filhos, e isto é dar afeto, ele estará instalando e endossando a irresponsabilidade paterna.⁴⁸⁵

Assim, espera-se a não reincidência do pai condenado a indenizar, bem como que o fator coercitivo repercute sobre as demais relações familiares⁴⁸⁶,

⁴⁸⁰ GOMES, Eddla Karina. *Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo na Filiação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=439>>. Acesso em: 21/10/2011.

⁴⁸¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 33.

⁴⁸² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 454.

⁴⁸³ SOUZA, Ionete de Magalhães. *Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=572>>. Acesso em: 21/10/2011.

⁴⁸⁴ GOMES, Eddla Karina. *Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo na Filiação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=439>>. Acesso em: 21/10/2011.

⁴⁸⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, Responsabilidade e o STF*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=553>>. Acesso em 24/08/2011.

⁴⁸⁶ GOMES, Eddla Karina. *Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo na Filiação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=439>>. Acesso em: 21/10/2011.

gerando maior comprometimento dos pais com o desenvolvimento dos filhos⁴⁸⁷. Pretende-se substituir a cultura da paternidade irresponsável pela consciência de que ambos os genitores são necessários no processo de desenvolvimento do filho⁴⁸⁸.

De outro lado, a indenização por abandono afetivo, se bem utilizada, se configura com parcimônia e bom senso, se não transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças, ou da busca do lucro fácil, poderá se converter num instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito de família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo inclusive desempenhar um importante papel pedagógico no seio das relações familiares.⁴⁸⁹

De acordo com Rolf Madaleno, a pena em pecúnia não tem como finalidade forçar o restabelecimento do amor, já desfeito e inexistente em razão do longo tempo de ausência de contato⁴⁹⁰. Por outro lado, as *astreintes* e a execução das visitas deveriam ser utilizadas como instrumentos de apoio ao convencimento daquele que possui uma obrigação de fazer de que a cumpra, de forma a “*sofrer uma pressão psicológica pela imposição de multa medida pelo tempo de sua voluntária resistência em cumprir com a sua obrigação*”⁴⁹¹.

Grande parte da doutrina entende que o pagamento de tratamento psicológico ou psiquiátrico não é medida que substitui a indenização pecuniária, e sim uma forma de complementação⁴⁹². Apesar disso, Rolf Madaleno também defende a reparação do dano psicológico através do pagamento de tratamento psicológico ou psiquiátrico buscando restituir a saúde emocional do filho abandonado. De acordo com o autor, estaria sendo acolhida a tese do abuso de direito e evitando a mercantilização do afeto. No entanto, ressalta que nem

⁴⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 453.

⁴⁸⁸ ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 69.

⁴⁸⁹ HIRONAKA, Gesiela Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 22/10/2011.

⁴⁹⁰ MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 125.

⁴⁹¹ MADALENO, Rolf. *A multa afetiva*. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index.php?option=com_content&task=view&id=31&Itemid=39>. Acesso em: 22/10/2011.

⁴⁹² ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 56.

sempre é a forma mais adequada de reparação, inclusive em razão da contumaz inadimplência dos devedores, bem como que a indenização poderia perdurar por longo e interminável prazo. Por fim, conclui que a melhor alternativa é a indenização da lesão material referente ao ressarcimento de tratamento realizado durante o desenvolvimento e crescimento do infante⁴⁹³.

Por sua vez, Maria Isabel Pereira de Costa entende que a indenização deve ser no valor equivalente às despesas com tratamentos psicológicos adequados, e que o dano moral somente seria adequado quando não fosse possível o tratamento adequado para ressarcir o dano⁴⁹⁴.

Doutrinariamente, sustenta-se que as hipóteses de desamparo não se restringem àquelas em que o genitor abandona completamente o grupo familiar. Há casos em que, mesmo fisicamente presentes, não participam da vida do filho, ignorando-os por completo⁴⁹⁵, ou desempenhando insatisfatoriamente suas funções⁴⁹⁶. Essa situação tem sido chamada pela doutrina de abandono de pai presente⁴⁹⁷.

(...) há muitos casos em que os pais convivem com seus filhos diuturnamente, mas delegam as suas funções de educadores e de encarnação da autoridade a terceiros, desobrigados destas funções *ipso facto*, na medida em que não sejam os genitores das crianças, mas que assumem de forma derivada uma parcela mais ou menos significativa desta responsabilidade em função de uma relação jurídica contratual, por exemplo.⁴⁹⁸

⁴⁹³ MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 124.

⁴⁹⁴ COSTA, Maria Isabel Pereira de. Família: do autoritarismo ao afeto. Como e a quem indenizar a omissão do afeto? ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 56.

⁴⁹⁵ É também denominado de abandono fictício aquele em que os pais estão presentes somente soficamente na vida do filho. In SILVA, Priscilla Menezes da. *A Amplitude Da Responsabilidade Familiar: Da Indenização por Abandono Afetivo por Consequência da Violação do Dever de Convivência*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=617>>. Acesso em: 21/10/2011.

⁴⁹⁶ HIRONAKA, Gesiela Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 22/10/2011.

⁴⁹⁷ SILVA, Priscilla Menezes da. *A Amplitude Da Responsabilidade Familiar: Da Indenização por Abandono Afetivo por Consequência da Violação do Dever de Convivência*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=617>>. Acesso em: 21/10/2011.

⁴⁹⁸ HIRONAKA, Gesiela Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 22/10/2011.

Importante ressaltar que convivência e coabitação são conceitos diferentes e que não se confundem - sendo possível a convivência mesmo que pais e filhos residam em diferentes residências⁴⁹⁹. “A paternidade, sob o aspecto sociológico, direciona-se para a efetiva convivência, com características de afeto, respeito e demais direitos/deveres na ordem familiar”⁵⁰⁰.

A afetividade resta gravemente ferida na ausência dessa imposição (da convivência familiar), porquanto a natureza humana demanda a necessidade não apenas da presença, mas da real participação do pai e da mãe na criação dos filhos.⁵⁰¹

A indenização, como já analisado, deve ser deferida quando há omissão do dever paterno de convivência. No caso de abandono de pai presente não há omissão, mas sim incorreto cumprimento das funções paternas. A classificação em bom ou mal pai necessitaria de extremo subjetivismo. Por esse motivo, “*não haverá, no comum dos casos, indenização por danos morais com fundamento no abandono moral de pai presente*”⁵⁰².

Giselda Hironaka não afasta, *a priori*, a possibilidade de indenização, mas ressalta para as dificuldades de constatação e delimitação probatória de uma ação buscando a indenização por abandono moral de pai presente⁵⁰³.

Por fim, ressalta-se que a separação dos pais não pode ser utilizada como argumento para justificar o abandono, tendo em vista que o Código Civil assegurou a manutenção dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos mesmo após o fim do vínculo conjugal⁵⁰⁴.

Mesmo à frente da separação dos pais, seguem os genitores responsáveis pelo íntegro exercício de seu poder familiar,

⁴⁹⁹ SKAF, Samira. *Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno-filial*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=766>>. Acesso em: 21/10/2011. p. 07.

⁵⁰⁰ SOUZA, Ionete de Magalhães. *Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=572>>. Acesso em: 21/10/2011.

⁵⁰¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 697.

⁵⁰² ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010. p. 61.

⁵⁰³ HIRONAKA, Gesiela Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 22/10/2011.

⁵⁰⁴ SILVA, Priscilla Menezes da. *A Amplitude Da Responsabilidade Familiar: Da Indenização por Abandono Afetivo por Consequência da Violação do Dever de Convivência*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=617>>. Acesso em: 21/10/2011.

dirigindo-lhes a criação e educação, além de tê-los em sua companhia e guarda, participando na formação e construção da personalidade dos filhos, como obra prioritária de resguardo de sua dignidade.⁵⁰⁵

Em sede doutrinária, prevalecem as publicações a favor da responsabilização paterna. O posicionamento, contudo, ainda não foi bem aceito pelos tribunais pátrios, e ainda são poucas as decisões nesse sentido. “Ao Judiciário compete se portar de modo proativo”⁵⁰⁶ na solução dos conflitos envolvendo abandono afetivo e violação do direito à convivência familiar.

No campo do Direito de Família a doutrina não poupa avanços, mas a jurisprudência ainda resiste à aceitação, sendo poucos os julgados a consagrarem a tese, mantendo-se o legislador inteiramente silencioso, seja na Constituição seja no Código Civil, inexistindo definição da matéria sob o aspecto do Direito positivo.⁵⁰⁷

Sendo assim, cabe ao Poder Judiciário consagrar, mais efetivamente, a concretização dos direitos das crianças e dos adolescentes, em especial o direito à convivência familiar e comunitária. A possibilidade de indenização surge não só como uma forma de reparar o dano causado ao filho menor, mas também como forma de desestimular o abandono por parte dos genitores. Assim, espera-se que em breve prevaleça o entendimento pela possibilidade indenizatória, quando presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade civil.

⁵⁰⁵ MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 127.

⁵⁰⁶ GOMES, Eddla Karina. *Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo na Filiação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=439>>. Acesso em: 21/10/2011.

ALVES, Eliana Calmon. *Responsabilidade civil no direito de família*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/353/Responsabilidade_Civil_Direito.pdf?sequence=4>. Acesso em: 21/10/2011. p. 05.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, analisou-se exaustivamente a doutrina da proteção integral, que tem por finalidade garantir aos menores a concretização de suas necessidades básicas, em razão de sua condição especial de pessoas em desenvolvimento.

Dentre esses imperativos, está a grande dependência dos filhos menores em relação aos genitores. Em razão dela, foi consagrado em nosso ordenamento o direito dos filhos à convivência familiar, ao qual corresponde uma obrigação por parte dos pais. Assim, o dever de conviver, educar, assistir e participar da vida do filho não é uma faculdade dos progenitores, mas sim uma imposição legal. Não há falar em dever de amor ou de afeto, posto que não podem ser exigidos, e sim de acompanhar o desenvolvimento do filho.

O dever dos pais de conviver com os filhos independe do relacionamento mantido entre os genitores. Ou seja, a separação não é motivo apto a justificar a ausência na vida do filho, já que os deveres dos pais em relação aos filhos se mantêm. No caso de guarda monoparental, ao pai não guardião cabe o direito/dever de visitação.

Em sendo uma obrigação imposta pelo ordenamento jurídico, em caso de descumprimento, deve ser imposta uma sanção. Além da destituição do pátrio poder previsto no Código Civil, deve também ser aplicada a teoria da responsabilidade civil, quando presentes seus requisitos – ato ilícito, dano, culpa e nexos causal. Ou seja, o pai que abandona afetivamente um filho deve ser civilmente responsabilizado, através do pagamento de danos morais.

Para tanto, deve haver comprovação do dano e de sua extensão, bem como do nexos causal entre a conduta do genitor que abandonou o filho. Isto porque incabível no âmbito do Direito de Família o dano *in re ipsa*, que é aquele que independe de comprovação do dano.

O abandono afetivo, como já dito, é uma violação ao direito à convivência familiar. Por este motivo, não é aceitável o argumento de que o pai que assiste o filho financeiramente está dispensado da indenização. A criança e o adolescente têm o direito não só de ser sustentado por seus genitores, mas também de

conviver com eles – o que pressupõe sua presença física, que não pode ser suprida materialmente.

Com a indenização, não se pretende o restabelecimento do vínculo afetivo, que na grande maioria dos casos de abandono já não existe mais. A intenção é reparar o dano psicológico causado aos filhos, e também evitar que novas violações aos direitos dos menores ocorram, através do caráter educativo da medida.

A medida indenizatória complementa a destituição do poder familiar, e não a exclui. Isto porque a sanção é vista, pela maior parte dos pais que abandonou os filhos, como uma espécie de prêmio – uma vez que desobriga o genitor das obrigações para com os filhos.

De forma a complementar o ressarcimento pelos danos morais causados, deve o genitor que abandonou afetivamente seu filho e descumpriu o dever à convivência familiar arcar também com os custos de tratamento psicológico ou psiquiátrico. Com esta medida, busca-se restituir a saúde mental do menor que sofreu severos traumas em razão da ausência dos pais.

Em relação ao abandono de pai presente, não vislumbra-se o cabimento da indenização. Isto porque entende-se que o dever é o de convivência, e não de afeto. O genitor que desempenha insatisfatoriamente suas funções, apesar de o comportamento ser reprovável do ponto de vista moral, não deve ser responsabilizado civilmente por abandono.

Apurou-se durante a pesquisa que a doutrina já está bastante desenvolvida em relação ao tema, e a maioria dos autores posiciona-se favoravelmente à possibilidade de indenização. No entanto, no âmbito jurisprudencial, poucas foram as decisões que condenaram o pai que abandonou a prole a indenizar, e não foram encontradas decisões neste sentido nos tribunais superiores.

No Brasil, portanto, ainda são necessários muitos avanços para que o direito fundamental à convivência familiar seja concretizado, especialmente através da expansão das condenações indenizatórias no âmbito dos tribunais superiores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Abandono afetivo**: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero33/artigo06.pdf>>. Acesso em: 22/10/2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade civil no Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. cap. 19.

ALVES, Eliana Calmon. **Reponsabilidade civil no direito de família**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/353/Responsabilidade_Civil_Direito.pdf?sequence=4>. Acesso em: 21/10/2011.

BARROS, Sérgio Resende de. **Dolarização do afeto**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=35>>. Acesso em: 22/10/2011.

BOEIRA, Jose Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade**: Posse de Estado de Filho: paternidade socioafetiva, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>

_____. Decreto nº 4.121/1962 de 07 de fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4121a.htm>

_____. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil de 1916). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>

_____. Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>

_____. Lei nº 6697 de 10 de outubro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6697.htm>

_____. Lei nº 8.069/1990 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>

_____. Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil de 2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>

_____. Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>

CARBONE, Ângelo. **Justiça não pode obrigar o pai a amar o filho**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-dez-25/justica_nao_obrigar_pai_amar_filho>. Acesso em: 22/10/2011.

CARVALHO, Walkyria. **Abandono afetivo parental** – a traição do dever de prestar apoio moral. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=784>. Acesso em: 05/04/2011.

CASTRO, Leonardo. **O preço do abandono afetivo**. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1040152/o-preco-do-abandono-afetivo-leonardo-castro>>. Acesso em: 22/10/2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, 2.ed. São Paulo: LTr, 1997.

COMEL, Nelsina Elizena Damo. **Paternidade Responsável**, 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CURY, Munir; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado**, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FREIRE, Marta Regina Pardo Campos. **Poder familiar**. 2007. 261 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, São Paulo, 2007.

FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **Implicações jurídicas do direito à vida e à saúde diante do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <<http://www.pjpp.sp.gov.br/2004/artigos/14.pdf>>. Acesso em: 04/10/2011.

GOMES, Eddla Karina. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo na Filiação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=439>>. Acesso em: 21/10/2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**, 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HECHLER, Angela Diana. **Tecendo redes de proteção para crianças e adolescentes**: caminhos e descaminhos na construção da condição de sujeitos de direitos. 2009. 225 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Serviço Social, Porto Alegre, 2009.

HIRONAKA, Gesiela Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 22/10/2011.

JANCZURA, Rosane. **Abrigo e políticas públicas: as contradições na efetivação dos direitos da criança e do adolescente**. 2008. 273 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Serviço Social, Porto Alegre.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOBO, Ana Maria Lima. **Os maus-tratos na infância e adolescência**: Aspectos jurídicos. 2006. 143 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, São Paulo.

MOLINARI, Fernanda. Parto anônimo: **Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança**, 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

MADALENO, Rolf. **A multa afetiva**. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index.php?option=com_content&task=view&id=31&Itemid=39>. Acesso em: 22/10/2011.

MADALENO, Rolf. **O Dano Moral na investigação de paternidade**. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=29&Itemid=39>. Acesso em: 22/10/2011.

MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MATZENBACHER, Solange Regina Santos. **Reflexão acerca da reponsabilidade civil no Direito de Família**: Filho-dano moral x Pai-abandono afetivo. E a família? In: *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 35, 2009.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Direitos da criança e adoção internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Assembleia Geral. Declaração Universal dos Direitos da Criança. Disponível em http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm

_____. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.interlegis.leg.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030616104212/20030616113554

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Luciane Dias de. **Indenização civil por abandono afetivo de menor perante a lei brasileira**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9057. Acesso em: 22/10/2011.

OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Dantas de. **A incidência do art. 186 do Código Civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível?** Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=769>. Acesso em: 21/10/2011.

ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. **Simplemente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais**. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 44. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Padma, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol.1. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, José Antônio Borges. **O direito fundamental de liberdade da convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente**. 2008. 143 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, São Paulo.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, Responsabilidade e o STF**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=553>. Acesso em 24/08/2011.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar**, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **O princípio do “melhor interesse da criança”**: da teoria à prática. Disponível em:

familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf>.
Acesso em: 12/09/2011.

RENON, Maria Cristina. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com a convivência familiar e o direito de afeto**. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**, 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/http://www.tjrs.jus.br/>>

SCHREIBER, Elisabeth. **Os direitos fundamentais da Criança na Violência Intrafamiliar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

SKAF, Samira. **Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno-filial**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=766>>.
Acesso em: 21/10/2011.

SILVA, Cláudia Maria da. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. In Revista Brasileira de Direito de Família v. 6, n° 25, abr./jun. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 1999.

SILVA, Maria de Fátima Alflen da. **Direitos Fundamentais e o novo direito de família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

SILVA, Priscilla Menezes da. **A Amplitude Da Responsabilidade Familiar: Da Indenização por Abandono Afetivo por Consequência da Violação do Dever de Convivência**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=617>>.
Acesso em: 21/10/2011.

SOUZA, Herbert de. **Comentando o ECA**. Artigo 7/Livro 1 – Tema: Saúde. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/DireitosdasCriancaseAdolescentes/tabid/77/Conteudold1ad3aff2-66e3-4a9f-926a-6d5946ecb6e3/Default.aspx>>. Acesso em 04/10/2011.

SOUZA, Ionete de Magalhães. **Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=572>>. Acesso em: 21/10/2011.

VALIM, Tiago de Oliveira e ALVES, Rogério Colissi. **A criança e o Direito à saúde: Conflitos judiciais com o Estado**. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9821>. Acesso em 04/10/2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**, 2.ed.São Paulo: Atlas, 2004.

VIAFORE, Vanessa. **O abandono afetivo e a responsabilidade civil frente ao afeto**. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2007_2/Vanessa_Viafore.pdf>. Acesso em: 22/10/2011.