

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

GIOVANNA LOURENÇO COMAR

A QUESTÃO DA GUARDA FAMILIAR NOS TEMPOS ATUAIS E NA ÉPOCA DA
PRIMAZIA MATERNA E DA CARACTERIZAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO

São Paulo

2019

GIOVANNA LOURENÇO COMAR

Trabalho de Conclusão
de Curso apresentado à Faculdade de
Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito

ORIENTADORA: Profa. Ms. Martha Solange Scherer Saad

São Paulo

2019

GIOVANNA LOURENÇO COMAR

A QUESTÃO DA GUARDA FAMILIAR NOS TEMPOS ATUAIS E NA ÉPOCA DA
PRIMAZIA MATERNA E DA CARACTERIZAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO

Trabalho de Conclusão
de Curso apresentado à Faculdade de Direito
da Universidade Presbiteriana Mackenzie
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Prof^a.

Lia Pierson

Prof^a.

Maria de Fátima Maltez

Agradecimentos

Agradeço a minha família em primeiro lugar, por me darem a oportunidade de cursar a faculdade que sempre quis fazer e por sempre me cobrarem para ser uma pessoa melhor.

Agradeço pela amizade da Maria Luiza Sanches, por ser a minha companheira durante esses 5 anos de graduação, por todo o apoio, conselhos, conversas e conquistas que fizemos, pois só nós sabemos o que passamos e fizemos para chegar até aqui.

Agradeço as minhas amigas Maetê Simões e Victória Condez, por sempre me escutarem e me ampararem nos momentos difíceis que enfrentei durante faculdade, sempre buscando o meu bem e sucesso, me alegrando a todo momento.

Agradeço ao meu amigo Giovane Ortega, por ser meu porto seguro, a pessoa que sempre desejou o meu melhor e que tenta me ajudar da forma mais doce possível durante quase 10 anos de amizade.

Agradeço minhas amigas Renata de Barros e Fernanda Pedrosa, por dividirem o dia a dia comigo, me apoiarem na carreira que escolhi e por me darem conselhos que vou levar para a vida toda.

Por fim, agradeço a todos os profissionais do Direito que tive a oportunidade de conhecer, estudar e trabalhar.

A QUESTÃO DA GUARDA FAMILIAR NOS TEMPOS ATUAIS E NA ÉPOCA DA PRIMAZIA MATERNA E DA CARACTERIZAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO

GIOVANNA LOURENÇO COMAR

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a formação das relações familiares, como a responsabilidade perante os filhos era destinada exclusivamente para as mulheres, retirando o dever familiar da parte paterna. Visa abordar os tipos de guarda que existem de acordo com o Código Civil Brasileiro de 2002, seus efeitos jurídicos, direitos, deveres e sanções em caso de descumprimento, até chegar ao extremo, caracterizando o abandono afetivo.

Palavras-chave: Poder familiar. Educação familiar. Guarda unilateral. Guarda Compartilhada. Abandono afetivo.

ABSTRACT: This article aims to analyze the formation of family relationships, as the responsibility towards children were intended exclusively for women, removing the family duty of the paternal part. It aims to address the types of custody that exist in accordance with the Brazilian Civil Code of 2002, their legal effects, rights, duties and sanctions in case of non-compliance, until reaching the extreme, characterizing the emotional abandonment.

Keywords: Family Power. Family education. Unilateral guard. Shared Guard. Affective abandonment.

Sumário: 1. Introdução. 2 Guarda. 2.1. A formação das relações familiares; 2.2. Educação familiar; 2.3. Espécies de guarda; 2.4. Guarda unilateral; 2.5. Guarda compartilhada; 2.6. A guarda compartilhada de pais solteiros; 2.7. Ação de alimentos em caso de guarda compartilhada. 3 A parte materna. 3.1. A primazia da guarda

materna; 3.2. O Código Civil de 1916 e os direitos maternos. 4. O descumprimento do dever de guarda. 5. Abandono 5.1. O abandono afetivo; 5.2. O cabimento de danos morais em caso de abandono afetivo. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

O artigo apresentado visa retratar a relação parental nos dias atuais no Direito de Família, bem como a evolução e garantia dos direitos trazidos pelo desafeto parental segundo a jurisprudência. O índice de casais casados, divorciados, em união estável, namorados ou sem nenhum tipo de relação afetiva.

Nesse sentido, abordaremos a história da guarda unilateral e compartilhada e como as decisões judiciais estão se adaptando aos tempos atuais, ao impor a guarda do filho(a) entre os pais e não atribuir a responsabilidade somente à parte maternal quem, sociológica e obrigatoriamente sempre teve o papel de cuidar da criança, tendo que abrir mão da sua carreira profissional e se dedicando totalmente à maternidade. Igualmente, nota-se que a guarda compartilhada não anula o direito de alimentar de acordo com os recursos de cada um os seus filhos.

O presente artigo avalia também a controvérsia que existe na aplicação de sanção civil e penal em caso de desafeto parental, em quais normas as jurisprudências se baseiam para aplicar seus julgamentos, que terão grande importância e consequência no âmbito familiar. Como veremos, grandes juristas entendem que cabe responsabilização jurídica em caso de abandono moral, pois atinge a dignidade humana da criança, cuja personalidade sofre prejuízos por falta de afeto das pessoas com quem tem o primeiro contato após seu nascimento.

O Direito de Família vem mudando sua posição com o passar dos anos, com a concessão de um número significativo de guardas compartilhadas e de sanção civil e penal para os pais que não respeitem seus filhos de acordo com seus direitos e deveres.

2.1. A formação das relações familiares e afetuosas

A natureza do ser humano faz com que ele tenha relações durante o percurso de sua vida, relações afetivas, seja com familiares, amigos, cônjuge, namorado/namorada e até mesmo parceiros sexuais. Na maioria das vezes, uma família é constituída, um filho é gerado e direitos parentais surgem para quem gerou a criança. Mesmo que não exista relação afetiva entre o pai e a mãe, a criança deve ser assistida e ter garantia a todos os direitos que lhe são atribuídos: alimento, escolaridade, moradia, saúde e dignidade.

Segundo Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf,¹ a formação da família e dos elos de filiação em suas diversas formas previstas na pós-modernidade, é fruto de intensa agitação social e cultural, que representam uma forma de prestigiar o amor em toda a sua dimensão. Isto porque a família vem nesse limiar de modernidade, alçada sob novos valores e novas formas, tendo como ponto de partida a dignidade da pessoa humana, seus direitos personalíssimos e valorização de sua essência basilar constitutiva, onde o amor e a afetividade representam a pedra fundamental.

Tendo em vista a esfera jurídica e a jurisprudência dos demais Tribunais, a avaliação do afeto parental vem se tornando indispensável para que decisões judiciais sejam tomadas, mesmo que sejam de pais casados, em união estável, namorados ou sem nenhum tipo de relação perante o Código Civil, tornando evidente a evolução do Direito de Família, que anteriormente não reconhecia o parentesco de filhos de mães solteiras, bastardos e filhos gerados através de uma relação homoafetiva.

O jurista Eduardo de Oliveira Leite retrata as mudanças estruturais no Direito de Família², e como com a democratização a sociedade familiar passa a se tornar igualitária, trocando a forma hierárquica para a da união, com abertura para que opiniões de todos os membros da família possam ser dadas.

¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **A Família na Pós-Modernidade: Aspectos Cívicos e Bioéticos**. Cidade: São Paulo, Atlas, 2010.

² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito de Família**. Thomson Reuters, 2006.

Eduardo cita também dois fenômenos denominados desencarnação e dessacralização. Quanto ao primeiro, dá-se pela substituição do clero e do elemento carnal, com ênfase no afeto e no psicológico da família, o que já faz conexão com o fator do segundo - a dessacralização –, que pressupõe o aumento da liberdade e do direito de manifestação das ideias, como consequência do desaparecimento da autoridade religiosa Católica, que delimitava a autonomia individual³.

Ainda seguindo os pensamentos e comparações do acima mencionado jurista, é nítida a evolução da formação e estrutura familiar: antigamente os direitos familiares e reconhecimentos só eram considerados perante as famílias chamadas legítimas, ao passo que atualmente existe o reconhecimento de outras formas de conjugabilidade além da legítima. Igualmente, antes o homem e a mulher tinham estatutos diferentes, hoje existe a previsão de igualdade absoluta entre ambos os gêneros nesse aspecto, sendo essa igualdade assegurada pela Constituição Federal de 1988, artigo 5^o⁴.

Na época anterior à Constituição Federal, os filhos eram categorizados como legítimos ou ilegítimos; se o filho fosse concebido dentro de um casamento, era considerado legítimo, se fosse concebido fora do casamento, por fruto de traição ou até mesmo de relacionamentos anteriores ao casamento, o filho era considerado ilegítimo e não tinha nenhum direito perante o seu genitor.

A união estável só foi considerada legal após a Constituição de 1988, tornando-se um novo conceito de família, protegido pelo Estado, que antes era visto como concubinato, definido como união livre e estável de um homem e uma mulher que não são casados um com o outro.

2.2, Educação familiar

A educação familiar é um pilar fundamental na vida de um ser humano, pois será no meio familiar que a criança terá seu primeiro contato com pessoas, sentimentos, frustrações e vontades. Com o passar do tempo, esse convívio, seja ele

³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito de Família**. Cidade: Thomson Reuters, 2006.

⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/art_5_.asp. Acesso em 18/10/2019.

positivo ou negativo, formará o caráter do filho ou filha, para que assim ele possa conviver em sociedade, fazendo amigos, socializando e se desenvolvendo.

A estabilidade emocional vinda dos familiares se torna indispensável nesse sentido, pois crescer em um ambiente conflituoso e instável gera traumas e inseguranças principalmente nas crianças.

Mesmo que o desafeto parental seja uma realidade muito presente nos dias atuais, conforme índices do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) o número de divórcios aumentou 8,3% no Brasil entre os anos de 2016 e 2017 e o número de uniões diminuiu em 2,3%, tendo a proporção de três casamentos para cada divórcio. No caso dos casamentos homoafetivos, a pesquisa do IBGE comprova o contrário, já que no ano de 2017 houve um aumento de 10% no número de casamentos.

A desunião do casal pode decorrer de duas maneiras, a saber, divórcio e separação judicial. Essa é um instituto do Direito de Família que viabiliza a cessação do vínculo conjugal tanto por acordo recíproco entre os cônjuges quanto da forma litigiosa. O primeiro se dá quando os cônjuges estão de mútuo consentimento, desde que estejam casados há mais de um ano, sob a égide do artigo 1574 do Código Civil de 2002:

Art. 1.574. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.⁵

A separação judicial é dividida em duas categorias, por Carlos Roberto Gonçalves⁶, uma sendo requerida de comum acordo entre as partes, a outra categoria é aquela em que a separação é requerida apenas por uma das partes, não é consensual, essa sendo regida pelo artigo 1572 do Código Civil de 2002:

⁵ BRASIL. Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 16/10/2019.

⁶ GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Cidade: Saraiva, 2018.

Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.⁷

2.3. Espécies de guarda

O advogado Rodrigo da Cunha Pereira entende que o conceito de guarda tem um significado muito mais voltado ao objeto do que ao sujeito⁸. O modo como a guarda repercute na vida na vida de uma família, o conceito “convivência familiar” caracteriza o que a sociedade chama de guarda.

O Código Civil trata da proteção dos filhos em geral, em seus artigos 1583 até o 1590 e conseqüentemente define o que é guarda unilateral e compartilhada e impõe os deveres aos responsáveis pelos filhos, mesmo que seja contra a vontade dos pais, pois cuidar dos filhos não é uma obrigação de que se pode abdicar.

Com a separação dos pais, existe a divisão da autoridade parental, mas ambos continuam possuidores do poder familiar, como diz a jurista Maria Berenice Dias⁹. A guarda é implicitamente conjunta, porém existem casos em que a separação de direitos dos pais pode existir, definindo a guarda unilateral.

2.4. Guarda Unilateral

A palavra unilateral tem como significado “o que é disposto de um lado só; o que só aborda um lado”¹⁰ e é o que pode acontecer em um âmbito familiar em que o juiz determine que a guarda fique com apenas um genitor, ou com alguém que o substitua, caso seja impossível obter a guarda compartilhada, conforme o artigo 1583 §1º e 2º que diz: “A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: [...] (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).”¹¹

⁷ BRASIL. Op. Cit.

⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família. Uma abordagem psicanalíticas**. Cidade: Gen, 2012, p.

⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Rio Grande do Sul, RT, 2016.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Rio Grande do Sul, RT, 2016.

¹¹ BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 22/10/2019.

Entretanto, o fato de um genitor não ter a guarda, não extingue seus direitos perante o filho, ele apenas não reside no mesmo local.

No divórcio judicial, se for a vontade dos pais de filho menor, é possível realizar um acordo requerendo a guarda exclusiva a apenas um genitor, se for a melhor opção para o filho. O documento deverá ser assinado por ambos os pais para ter validade jurídica.

O Doutor em Direito Civil Paulo Lôbo¹² entende que a Lei de nº 11.698 que dispõe pela guarda unilateral, protege e visa o melhor convívio no âmbito familiar, a saúde, educação e segurança do envolvido. Os pais não precisam estar casados e ter passado para uma separação para que a guarda unilateral seja proferida, o juiz de direito deve analisar de forma parcial a situação que mais beneficiará o descendente, de acordo com as provas, relatos dos envolvidos ao longo do processo, pois não é viável julgar um processo de guarda analisando apenas o que foi colhido e debatido em audiência, pelo curto espaço de tempo e pouca profundidade na questão familiar. Ainda, também deve ser levado em consideração o local em que o tutelado considera ser seu lar em conjunto com seu grupo familiar, sendo esse formado por parentes, ou não, o juiz deve analisar todos os entes que a criança considera como sua família, se for o caso de não ser o pai ou a mãe, deve ser preservado o ente que tiver a maior probabilidade de manter a possibilidade da convivência entre os parentes maternos e paternos do assegurado.

A guarda unilateral pode fazer com que o responsável pelo acolhimento rejeite o outro ente parental e seus respectivos parentes, impedindo ou dificultando o contato, aproximação do filho com estes, partindo do pressuposto de que a parte familiar não detentora da guarda não possa coabitar com o menor, hipótese que pode ser convertida em alienação parental.

2.5. Guarda Compartilhada

No ano de 2014, foi implementada a Lei de nº 13.058¹³, que tornou como principal e mais visada, a concessão da guarda compartilhada nos casos de desunião,

¹² LOBO, Paulo. **Direito Civil**. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 190.

¹³ BRASIL. **Lei nº 13.058 de 2014**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm. Acesso em 25/10/2019.

sendo a interação e convívio dos pais na criação de seus filhos, o pilar da Lei. Repartir a guarda dos filhos é o espelho mais justo do poder familiar, tendo ordem psicológica e constitucional, buscando a garantia do interesse da prole, indicando que os pais serão mais engajados no atendimento dos deveres familiares.

No ano de 2016, o Conselho Nacional de Justiça, através da Corregedora Nancy Andrichi, publicou Recomendação de nº 25¹⁴, orientando os Juízes que atuam nas Varas de Família a seguirem os pressupostos da referida Lei de Guarda Compartilhada, considerando essa espécie de guarda como regra.

Os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil sofreram alterações mediante a criação da guarda compartilhada, passando a estabelecer seu significado e sua aplicação¹⁵.

Nos casos da divisão da guarda, o tempo de convívio do filho com seu pai e sua mãe deve ser dividido de forma igualitária, ou mais equilibrada possível, visando o interesse do menor. Caso os pais residam em comarcas diferentes, o local considerado moradia do filho deve ser o qual mais o beneficia.

Com esse aumento significativo das desuniões, as sentenças judiciais de guarda compartilhada passaram a ser mais comuns no ambiente das varas de família do Brasil, segundo a pesquisadora Klívia Oliveira: “A partir de 2014, a lei coloca que a guarda seja prioritariamente compartilhada, a não ser que exista algum problema que de fato impeça.”¹⁶

Na maioria das vezes, a guarda fica com a mãe, que sociologicamente é designada para cuidar de seus filhos, e por vezes abandona sua carreira profissional, enquanto o pai trabalha e paga pensão. Entre 160.000 divórcios, com pedido de guarda dos filhos, aproximadamente 118.000 guardas ficaram com a mulher no ano

¹⁴ BRASIL, **Recomendação Nº 25 de 27/10/2009**. Disponível em link: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=871>. Acesso em 25/10/2019

¹⁵ [...A guarda será unilateral ou compartilhada...] [...A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe...], [Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte...], [Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar...], BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 25/10/2019.

¹⁶ OLIVEIRA, Klívia. **Título da obra**. Cidade: Editora, ano. p.

de 2017. No ano de 2014, esse número ultrapassava 120.000 casos, ou seja, a guarda compartilhada vem se tornando cada vez mais comum.

Isso é o que se observa em julgado do Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado do Mato Grosso, que teve como relator o Desembargador Sebastião Barbosa Farias, em que o pedido de homologação de divórcio direto consensual, com exercício de guarda unilateral, foi julgado improcedente, a demonstrar que o compartilhamento da guarda, portanto, pode ser decidido até mesmo de ofício pelo juiz.¹⁷

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça já pacificou entendimento sobre a possibilidade do juízo decidir *ex officio* acerca da guarda, não estando limitado aos pedidos das partes, tendo em vista o superior interesse da criança.

2.6. A guarda compartilhada de pais solteiros

A guarda compartilhada não é deferida apenas em casos em que ocorreu a separação do casal, portanto, pais solteiros, namorados, ou que nunca tiveram nenhum tipo de relação amoroso duradoura, podem obter a guarda compartilhada, mediante processo judicial, nos mesmos termos dos casos de pais divorciados, porém sem a ação do divórcio. O dever de cuidar dos filhos não depende apenas de relação conjugal entre os genitores da criança.

2.7. Ação de alimentos em caso de guarda compartilhada

O professor Waldyr Grisard Filho, presidente da Comissão de Ensino Jurídico de Família do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), entende que o fato de se ter guarda compartilhada de um filho não anula o dever de alimentá-lo¹⁸, pois esse dever decorre da obrigação constitucional de assistência, criação e educação

¹⁷BRASIL. Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. **Embargos de declaração nº 22159/2017**. Rel. Des. Sebastião Barbosa Julgado em 2017. Publicado em 08 de maio 2017. Acesso em 12/10/2019.

¹⁸ GRISARD Filho, Waldyr. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5103/entrevista%3A+guarda+compartilhada+e+obriga%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 10/10/2019.

dos filhos, portanto, devem os genitores contribuir na proporção de seus haveres e recursos, conforme disposto no artigo 1.703 do Código Civil¹⁹.

Em regra, não existe fixação de valor para alimentos, não necessita ser uma divisão igualitária entre os pais e sim de acordo com o ganho mensal de casa um. Ao conceder a guarda compartilhada, o juiz deve explicar para todos o significado e os efeitos da sentença e de seu descumprimento das cláusulas.

Nos casos de descumprimento da obrigação alimentar, o inadimplente sofrerá um processo de execução em que se requer o pagamento da pensão e em caso de descumprimento, poderá ter sua prisão decretada, de acordo com o artigo 528 do Código de Processo Civil, que diz:

No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

§1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuar-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.

§2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.

§3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.²⁰

Note-se que, além do quanto determinado por lei, acima transcrito, o devedor pode ser inscrito junto aos órgãos de proteção ao crédito, SERASA e SPC.

¹⁹ [Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos]. BRASIL. Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 10/10/2019.

²⁰ BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 10/10/2019.

A jurisprudência segue a proporcionalidade dos recursos do pai ou da mãe para arbitrar a pensão alimentícia, como se demonstra em julgado em que o relator Salles Rossi decretou parcial procedência para o recurso, fixando em 33% dos rendimentos líquidos do alimentante ou 33% sobre o salário mínimo para a hipótese de desemprego ou trabalho informal, atendendo ao binômio legal, que visa representar duas ideias que tratam de se unir de forma harmoniosa a fim de resultar numa verdade ainda não concebida, indicando o possível cabimento da inclusão dos autores, nos planos de saúde e odontológicos do réu e também a incidência da pensão sobre férias e horas extras de qualquer natureza e por fim, a exclusão das verbas rescisórias, por terem caráter indenizatório²¹.

3.1. A primazia da guarda materna

O crescimento do número de guardas compartilhadas, suscita o questionamento sobre o motivo ideológico de que a mãe da criança deve viver para cuidar de seus filhos e o pai deve trabalhar para sustenta-los, fazendo com que a mulher seja dependente do homem para sobreviver, tornando-se hipossuficiente e o sinônimo de maternidade, conseqüentemente, a guarda fica associada à mãe, que passa a assumir os dois papéis.

Essa construção ideológica se dá através das crenças, religiões, costumes e cultura de uma sociedade.

De acordo com os contextos históricos percebe-se que esse pensamento sobre maternidade vem desde a Idade Média e é ainda seguido nos dias atuais. A bíblia atribui duas personalidades à mulher, a primeira é a pecadora, como Eva do Novo Testamento, que não segue as regras e é punida por isso; e a segunda personalidade é totalmente diferente, é o modelo de mulher a ser seguido, a virgem Maria, que é uma mulher pura, devota, não trabalha e se dedica exclusivamente à sua família, principalmente à criação de seus filhos.

²¹ BRASIL. 8ª Câmara de Direito Privado do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1007318-27.2017.8.26.0291**. Rel. Des. Salles Rossi. Julgado em 2017. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 10/10/2019.

Entende-se que o estereótipo da virgem Maria é o que as pessoas esperam de todas as mães.

Caso a figura materna não queira assumir sua responsabilidade e deixe a criança com o pai, dando-lhe a guarda, a maioria das culturas a condena, por ser uma obrigação intrínseca. Assim, as atribuições sexistas dos pais seguem valores sociais e ideológicos que a sociedade desde a antiguidade prega, criando uma divisão e atribuições para a representação materna e para a paterna.

A francesa Anne-Marie Devreux diz que na França, em caso de separação do casal parental, independentemente de serem casados ou não, a guarda ficava com a mãe, sendo assegurado ao pai a possibilidade visitar o filho, seja nos finais de semana, seja nas férias escolares²².

A mudança desse pensamento vem se tornando cada vez mais recorrente, graças ao empoderamento feminino, que deu a mulher o direito de votar, trabalhar sem ter que pedir permissão, viajar, tornar-se independente de seu marido, companheiro ou quem quer que seja, o que reflete no Direito de Família, onde as mulheres estão querendo compartilhar a guarda de seus filhos, reconhecendo a importância da parte paterna na criação de uma criança e da igualdade entre a mãe e o pai e isso não se restringe somente a mães que foram casadas, a responsabilidade paterna é exigida mesmo que não exista nenhum vínculo afetivo entre o casal.

O aumento do número de separações conjugais, implica no aumento de mulheres no mercado de trabalho, buscando o seu sustento próprio e de sua possível família, obrigando-a a sair da condição de cuidadora do lar, igualando a importância entre os entes paternos. Anne Devreux, socióloga francesa, afirma que é necessário alinhar os direitos paternos à todos os direitos e deveres elencados a parte materna, para que assim, a justiça seja respeitada.

3.2. O Código Civil de 1916 e os direitos maternos

O Código Civil de 1916 restringia ao pai todo o controle perante a sua família, que deveria acatar suas ordens, seguindo uma estrutura familiar totalmente voltada ao patriarcado, caracterizando o machismo, pois não eram concedidos os mesmos

²² DEVREUX, Anne Marie. **O Gênero nas Ciências Sociais - Releituras críticas de Max Weber a Bruno Latour**, Paris, Unb, 2014

direitos entre homens e mulheres, enfatizando a ideia de submissão e da dependência da mulher.

Com o passar dos anos, o empoderamento feminino começou a repercutir e no ano de 1962 foi criada a Lei nº 4.121, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, que gerou a emancipação de diversas mulheres e em diversos sentidos, pois a parte masculina deixou de ser o chefe absoluto da sociedade conjugal.

Alterações no Código Civil brasileiro foram feitas, inclusive no artigo 6º que alegava a incapacidade civil feminina para ações do cotidiano²³. A busca por igualdade familiar começa a tomar força e a mulher pode se tornar economicamente ativa sem a necessidade de prévia autorização do marido, ter autonomia perante seus filhos e em caso de separação, pode requisitar ao Poder Judiciário a guarda unilateral ou compartilhada.

Nesse contexto, a criação do Estatuto da Mulher Casada foi de suma importância, pois serviu como uma das bases para a elaboração do princípio constitucional da igualdade da Constituição Federal de 1988.

4. O descumprimento do dever de guarda

Em caso de descumprimento ou omissão em relação ao acordo ou decisão judicial que instaurou a guarda compartilhada em um ambiente familiar, as sanções podem ser aplicadas na esfera administrativa, cível, processual e na esfera criminal.

Na esfera administrativa, o artigo 249 de Lei de nº 8.069/90²⁴ se baseia em descumprir de forma dolosa ou culposa, os deveres inerentes ao poder familiar, podendo ser decorrentes de tutela ou guarda, incluindo também determinação de autoridade judiciária referente à tutela ou guarda, sendo essa autoridade judiciária, o

²³ [São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer: II - As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal...],BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 1916**. Disponível em https://www.legjur.com/legislacao/art/lei_00030711916-6. Acesso em 10/10/2019.

²⁴ [Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder 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]. BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13/07/1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 10/10/2019.

próprio juiz da infância e da juventude, obedecendo ao artigo 146 do Estatuto da Criança e do Adolescente.²⁵

O direito de ver os filhos não beneficia somente o pai ou a mãe, mas também o menor, que aproveita do convívio familiar, razão pela qual tal instituto é mais propriamente um direito-dever. Se, por alguma razão, um dos pais dificulte ou torne impossível o direito de visita do outro, estará sujeito a multa administrativa, por descumprir um direito personalíssimo.

A polícia pode intervir se acionada, relatando os fatos ao Ministério Público ou ao Conselho Tutelar, órgãos que possuem legitimidade para impor a penalidade administrativa. Fora a multa administrativa, o artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê outras sanções que podem ser aplicadas ao pai e a mãe que descumprirem os deveres da guarda compartilhada, que são: encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico, encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico e advertência, por não terem responsabilidade parental.²⁶

No procedimento cível, a desobediência do acordo e da decisão judicial referente à guarda compartilhada é passível de danos morais e danos materiais, caso ocorra mais de uma vez a violação do dever, ou um prejuízo material aconteça por conta do descumprimento do mesmo, como o cancelamento de uma viagem planejada com os filhos, com passagem e hospedagem pagos, por conta do pai ou da mãe, sem justificativa pertinente.

No âmbito civil, um dos genitores pode dificultar o convívio do filho com a outra parte detentora da guarda, caracterizando a alienação parental, prevista na Lei de nº 12.318 de 2010²⁷, pela interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, podendo ser promovida por qualquer um tenha autoridade, guarda ou vigilância da criança e do adolescente, prejudicando o vínculo afetivo com o ente privado de seu direito.

²⁵ [A autoridade a que se refere esta Lei é o Juiz da Infância e da Juventude, ou o juiz que exerce essa função, na forma da lei de organização judiciária local]. **Lei nº 8.069 de 13/07/1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 10/10/2019.

²⁶ [São medidas aplicáveis aos pais ou responsável...]. BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Acesso em 10/10/2019.

²⁷ BRASIL. Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em 11/10/2019.

Sendo constatada a alienação parental, o juiz responsável por julgar o caso, poderá arbitrar ao autor do ato ilegal, advertência dada a caracterização da alienação, decretar a ampliação do convívio familiar em favor do genitor alienado, aplicar multa ao alienador, receitar acompanhamento psicológico, alterar o tipo de guarda estabelecida, fixar de forma cautelar o domicílio do envolvido e em casos extremos, suspender a autoridade parental do alienador. Os atos de alienação parental devem ser comunicados por autoridade policial diretamente ao Conselho Tutelar e ao Ministério Público.

Segundo o artigo 536, § 1º e 5º e artigo 537 do Código de Processo Civil e artigo 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁸, seguindo a esfera processual, o sujeito que não cumprir com o acordo, poderá sofrer aplicação de multa, sem caráter indenizatório, pois visa apenas o cumprimento da obrigação, ou seja, a multa possui uma finalidade preventiva. Para tal multa ser aplicada, é necessário que a decisão judicial ou o acordo homologado pelo Poder Judiciário, feito pelos representantes da guarda tenham cláusula explícita da imposição da sanção.

O acordo homologado é considerado um título executivo judicial, conforme disposto no artigo 515, II, do Código de Processo Civil: *“Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: II - a decisão homologatória de autocomposição judicial”*.²⁹

Entretanto, possuirá natureza contratual, para que haja a possibilidade de ser ajuizar uma ação caso o acordo não seja cumprido de alguma forma. Se o acordo não constitua título executivo, a parte prejudicada pode ingressar em juízo com uma Ação Monitória, seguindo o artigo 700 do Código de Processo Civil: *“Art. 700. A ação*

²⁸ [...§1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial... §1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial]. BRASIL. Código de Processo Civil Brasileiro. [A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito...]. [Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento...]. BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em <https://www.sajadv.com.br/novo-cpc/art-536-e-537-do-novo-cpc> e http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 11/10/2019.

²⁹ BRASIL. Código de Processo Civil Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 12/10/2019.

monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz, III - o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer."³⁰

A multa pode ser aplicada de ofício pelo Juiz competente, além de poder incidir o descumpridor nas penas de litigância de má-fé.

Por fim, a responsabilidade na esfera criminal apenas é caracterizada quando não existir leis de conteúdo extrapenal que aplicarem sanções administrativas ou civis, descaracterizando qualquer crime. Conforme a maior parte da doutrina e da jurisprudência, a razão de tal fato é a busca da aplicação mínima do direito penal.

A jurisprudência se divide pela possibilidade de o crime de desobediência do artigo 330 do Código Penal brasileiro³¹ poder ser configurado em casos de descumprimento da decisão ou acordo judicial que prever a visitação dos menores, por seguir o disposto no artigo 536, §3º³², do Código de Processo Civil, que diz que o descumpridor não sofrerá prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência, caso um genitor não obedeça a ordem judicial ou policial de entregar ao outro a criança ou adolescente.

Por outro lado, a oposição alega o disposto no artigo 693 do Código de Processo Civil³³, que trata das ações de família, apesar de no Estatuto da Criança e do Adolescente não prever a configuração do crime de desobediência para o caso de descumprimento de ordens judiciais, somente infração administrativa ou aplicação de multa.

5.1 Abandono afetivo

³⁰ BRASIL. Código de Processo Civil Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 12/10/2019.

³¹ [Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa]. BRASIL. Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1948. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 10/10/2019.

³² [...§3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência...]. BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em <https://www.sajadv.com.br/novo-cpc/art-536-e-537-do-novo-cpc/>. Acesso em 15/10/2019.

³³ [As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo]. BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 15/10/2019.

Dentro do Direito de Família a humanização vem se tornando mais presente ao longo dos anos, pontuando as relações interpessoais mais justas e se preocupando com a formação pessoal e psíquica do ser humano.

No ano de 2007, a Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal aprovou o Projeto de Lei nº 700³⁴, que surgiu com o intuito de modificar a Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, caracterizando o abandono moral, afetivo e parental como ilícito, na esfera civil e penal.

O comportamento parental impróprio pode se manifestar de diversas maneiras, os pais de forma unilateral podem negar qualquer tipo de afeto a seus filhos, usá-los como chantagem emocional contra a outra parte, seja a mãe ou pai, humilhá-los, entre diversos tipos de crueldade.

Segundo o autor de Direito Civil Flávio Tartuce, a questão do abandono afetivo é um dos maiores debates da atualidade do Direito de Família³⁵, pelo fato de que existe jurisprudência que condena o abandono moral civil e penalmente, levando em consideração a violação à dignidade humana. Os julgados em sentido oposto seguem os ditames do artigo 229 da Constituição Federal e do artigo 1634 do Código Civil, que dizem que o dever de um pai ou uma mãe são apenas de prover a educação de seus filhos, ou seja, assegurando que o filho esteja recebendo educação pública ou particular, o que já sana os demais direitos parentais, não levando em conta o dever do afeto e amor. Vejamos:

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

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: [...].³⁶

³⁴ BRASIL. Projeto de Lei 700. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/8351>). Acesso em 08/10/2019

³⁵ TARTUCE, Flavio. **Direito de Família**. Cidade: São Paulo, Gen, 2017.

³⁶ BRASIL. Lei. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acesso em 10/10/2019. BRASIL. Lei. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 10/10/2019

A Lei de nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014 assegura em seu artigo nº 1.634, os deveres dos pais perante seus filhos menores de idade em qualquer situação conjugal, que consistem em:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Referida lei foi criada com o intuito de modificar o significado da expressão guarda compartilhada, estipulando que o tempo de convívio deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. O juiz, ao deferir o pedido de guarda compartilhada, irá analisar os interesses particulares do filho ou filhos, sempre priorizando o que for melhor para o menor, portanto, se o pai e a mãe morarem em cidades diferentes, a moradia oficial do menor será a que oferecer as melhores condições para o seu desenvolvimento psicológico e estudantil.

Ao se omitir, o ente parental responde civilmente e restringe o exercício de direitos subjetivos, implicando ao que diz o artigo 187 do Código Civil: "Art. 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.”³⁷

A Lei de nº 12.010 de 03 de agosto de 2009 aperfeiçoa as garantias familiares de toda criança e adolescente perante o direito. Caso a família natural não seja apta para a criação de seu filho, o Estado tem o dever de intervir, para orientar, apoiar e tentar a promoção social familiar, segundo artigo 1º, § 1º da Lei:

“Art. 1. Esta Lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

§ 1. A intervenção estatal, em observância ao disposto no caput do art. 226 da Constituição Federal, será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada.”³⁸

O escritor e advogado Rolf Madaleno³⁹, diz que as decisões judiciais que condenam o pai ou a mãe ao pagamento de indenizações pecuniárias, não buscam somente o reparo financeiro do afetado, sendo a única sanção possível, pois não existe uma maneira de restituir ou indenizar a falta de amor e o descaso.

Assim, o dever de indenizar almeja fazer com que o parente que não proveu de afeto ao seu filho, se sinta responsável pelos seus atos antiéticos, que na maioria dos casos causam danos emocionais irreparáveis – a pessoa pode apresentar problemas sociais, fobias, transtornos emocionais e inseguranças, que não podem ser sanados de forma financeira, a não ser pelo seu tratamento.

A Constituição Federal assegura os direitos da família, criança, do adolescente, do jovem e do idoso, precisamente no artigo 227,⁴⁰ que são: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à convivência familiar, à profissionalização, à

³⁷ BRASIL. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 10/10/2019.

³⁸ BRASIL. Lei nº 12.010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm. Acesso em 11/10/2019.

³⁹ MADALENO, Rolf. **O custo do abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943>. Acesso em 11/10/2019.

⁴⁰ Texto do artigo. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em (link). Acesso em (data).

cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à segurança e a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão. O Estatuto da Criança e do Adolescente, regido pela Lei de nº 8.069, caracteriza como criança, a pessoa que possui a idade entre 0 a 12 anos e considera como adolescente a pessoa que possui a idade entre 12 a 18 anos.

5.2 O cabimento de danos morais em caso de abandono afetivo

O abandono afetivo, quando levado ao setor judiciário, pode implicar em danos morais, por se tratar de um ato danoso à personalidade de uma pessoa, sendo uma violação de um direito da criança e do dever do pai ou mãe, conforme jurisprudência consolidada da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁴¹, que seguiu o enunciado de nº 8 do Instituto Brasileiro de Direito de Direito de Família⁴². Referido enunciado pronuncia que o abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado, quando for possível comprovar que a imposição legal de acolher e proteger a prole foi descumprida, implicando em ilicitude civil, sendo configurada a omissão, pois o *non facere* atingiu um bem juridicamente protegido, tutelado, sendo esse, o dever de criação, educação, companhia e cuidado, abrindo a possibilidade de se ajuizar ação indenizatória por abandono psicológico.

A Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais também entende que o abandono afetivo caracteriza dano moral, de acordo com a jurisprudência que julgou como não provida a apelação cível de nº 1.0145.07.411698-2/001⁴³, em que o apelante se recusa a conhecer e estabelecer convívio com o filho, causando-lhe transtornos psicológicos e infringindo o direito de convívio familiar, seguindo o pressuposto de que: “A responsabilidade pela concepção de uma criança e o próprio exercício da parentalidade responsável não devem ser imputados

⁴¹ BRASIL. 2ª Câmara de Direito Privado do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Desª. Elisabete Filizzola. Julgado em agosto de 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-tj-rj-abandono-afetivo.pdf>. Acesso em 10/10/2019.

⁴² [Enunciado 08 - O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado]. BRASIL. IBDFAM. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em 07/10/2019.

⁴³ BRASIL. 5ª Câmara de Direito Privado do Estado de Minas Gerais. Rel. Des. Barros Levenhagen. Julgado em março de 2013. Disponível em https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10145074116982001f. Acesso em 10/10/2019.

exclusivamente à mulher, pois decorrem do exercício da liberdade sexual assumido por ambos os genitores.”

O desembargador Luís Carlos Gambogi em seu voto em referido julgado afirma que o abandono afetivo é uma conduta cabível de dano moral e no caso relatado a parte paterna que se recusava a assumir o seu filho foi condenada a pagar a indenização por dano moral, custas e despesas no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O Superior Tribunal de Justiça, em 2012, ao julgar o Recurso Especial de nº 1.159.242/SP, na 3.^a Turma⁴⁴ comprovou o avanço do vértice do Direito de Família que institui que o abandono moral admite reparação civil, tendo como Relatora a Ministra Nancy Andrighi, onde foi alegado que inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil.

O artigo 227 da Constituição Federal diz que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão e partindo da análise desse artigo é que se calcula o valor jurídico objetivo do cuidado.

Ao se comprovar que tal obrigação foi descumprida se reconhece uma ilicitude civil, por conta da omissão do cumprimento do dever de criação, educação e companhia, que atinge um bem juridicamente tutelado, criando a possibilidade de se requerer danos morais por abandono psicológico.

Nas ações de indenização por dano moral por abandono afetivo, deve ser levado em conta a prescrição do ajuizamento, 20 anos a partir do aniversário de dezesseis anos da parte autora, que no caso, seria o filho.

Após esses 20 anos, mesmo que seja comprovado o abandono afetivo, a justiça nada pode fazer, como é demonstrado em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que proveu parcialmente o recurso de apelação de nº 3004261-

⁴⁴ BRASIL. 3^a Turma do Supremo Tribunal de Justiça. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgado em abril de 2012. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/27594/mod_resource/content/1/REsp_1159242-SP_relatorio_voto.pdf. Acesso em 10/10/2019.

79.2009.8.26.0506⁴⁵, em cuja sentença de primeira instância o pedido de indenização por danos morais foi improcedente devido à prescrição.

A parte autora era a vítima do abandono moral e propôs a ação aos 46 anos, contra a pessoa que seria seu pai. O juiz Carlos Eduardo Prativiera, ao julgar o pedido, aplicou o artigo 177 do Código Civil de 1916, onde os prazos para prescrição da propositura da ação são: 20 anos para ações pessoais, as reais em 10 anos, entre prestes e entre ausentes o prazo é de 15 anos contados da data inicial em que poderiam ter sido feito o pedido e por isso a autora não teria o direito a indenização.

A litigante apelou requerendo a reforma da sentença, porém o recurso não foi provido, pois novamente foi reconhecida a prescrição, tendo em vista que a autora nasceu no ano de 1962 e sempre teve o conhecimento que a parte ré era seu pai, porém nunca o conheceu, caracterizando o abandono desde a época de seu nascimento.

O Código Civil de 1916 previa em seu artigo 169^{o46} que não corria a prescrição contra os absolutamente capazes, ou seja, o prazo prescricional não começou a correr até que a autora completasse 16 anos, o que ocorreu em 1978, onde a ação poderia ter sido distribuída até o ano de 1998, porém, apenas a fez em 2009, 11 anos após sua prescrição, não cabendo nenhuma forma de recurso.

O tema tratado é um assunto recorrente e com grande valor perante a sociedade, devido ao fato de que todas as pessoas passam por relações afetuosas em suas vidas, mesmo que não seja de pai e mãe, o afeto se mostra presente de alguma maneira na vida do ser humano. A família que não cumprir com os seus direitos, responderá civil e penalmente por isso, como comprovado pela jurisprudência brasileira.

⁴⁵ BRASIL. 9ª Câmara de Direito Privado do Estado de São Paulo. Rel. Des. Piva Rodrigues. Julgado em agosto de 2014. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI000UKZA0000&gateway=true>. Acesso em 10/10/2019.

⁴⁶ [Também não corre a prescrição: I. Contra os incapazes de que trata o art. 5.II. Contra os ausentes do Brasil em serviço público da União, dos Estados, ou dos Municípios. III. Contra os que se acharem servindo na armada e no exército nacionais, em tempo de guerra]. Código Civil de 1916. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em 10/10/2019.

CONCLUSÃO

Todo o ser humano passa por experiências familiares no decorrer de sua vida, não importando sua formação, o convívio familiar molda o psicológico da criança e do adolescente, portanto, a Lei brasileira prioriza a atuação sempre visando o melhor para o menor, optando por ser o manter dentro de seu ciclo familiar.

O Direito de Família evoluiu significativamente em relação aos deveres, direitos e proteção dos filhos, por conta do aumento de separações, desuniões parentais, que traziam a imprudência dos genitores perante os filhos, que entendiam que após a separação, o dever de criação e cuidado ficava exclusivamente para a parte que domiciliava com o tutelado, que na maioria das vezes era a parte materna, a mulher, caracterizando a primazia da guarda materna, implicando na guarda unilateral.

Leis foram implementadas, a mulher ganhou voz ativa, direito, deveres, passou a atuar no mercado de trabalho tanto quanto o homem, deixando de atuar no papel exclusivo de mãe, com as mudanças legislativas e afastamento dos pressupostos do Código Civil brasileiro de 1916, o que deu força e ênfase para o Poder Legislativo e Judiciário criarem e aplicarem a guarda compartilhada. Referido modalidade de custódia, em regra, é o tipo de guarda que deve ser proferido nas decisões judiciais, se for o mais benéfico para a criança ou para o adolescente.

A guarda compartilhada cria deveres e direitos para ambos os genitores e caso uma das partes descumpra com o que foi homologado judicialmente, sanções administrativas, cíveis, processuais e penais podem ser aplicadas, pois o não cumprimento das obrigações atinge diretamente o menor, podendo causar-lhe prejuízos psicológicos.

A jurisprudência considera como ilicitude civil o abandono afetivo, o descumprimento do dever de alimentar os filhos e das cláusulas do acordo ou decisão judicial homologado, podendo condenar o infrator a pagar danos morais como sanção. O bem-estar, o cuidado e o zelo dos filhos é o que norteia as decisões judiciais e leis do direito brasileiro, conforme previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, criado exclusivamente por conta dos altos índices de abandono afetivo, alienação parental e de desafeto parental, que vinham causando danos permanentes aos seus descendentes, pelo fato dos genitores não serem responsáveis e permitirem que

problemas conjugais afetem a relação afetiva do outro com seus próprios filhos, ou que o descaso parental fosse permanente sem correr o risco de nenhuma punição legal poder ser imposta, portanto, a lei brasileira vem buscando exterminar a impunidade familiar do dever de criação e cuidado e do direito de convívio.

REFERÊNCIAS

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM, **Entrevista: guarda compartilhada e obrigação alimentar**. Publicado em 07/08/2013. Acesso em 05/10/2019. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5103/entrevista%3A+guarda+compartilhada+e+obriga%C3%A7%C3>

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Agencia de Notícias. **Casamentos que terminam em divórcio duram em média 14 anos no país**, disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22866-casamentos-que-terminam-em-divorcio-duram-em-media-14-anos-no-pais>. Acesso em 15/10/2019.

BRASIL, **Código Civil de 1916**, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Acesso em 01/10/2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm

BRASIL, **Código Civil de 2002**, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Acesso em 01/10/2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

BRASIL, **Código Penal de 1940**, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Acesso em 15/10/2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

BRASIL, **Código de Processo Civil de 2015**, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Acesso em 05/10/2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

BRASIL, **Alienação Parental**, Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Acesso em 06/10/2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Acesso em 05/10/2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

BRASIL, **Estatuto da Mulher Casada**, Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Acesso em 05/10/2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm

BRASIL, **Guarda Compartilhada**, Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Acesso em 02/10/2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. Rio Grande do Sul RT, 2016. 12ª edição.

DEVREUX, Anne-Marie, **O Gênero nas Ciências Sociais - Releituras críticas de Max Weber a Bruno Latour**, Paris, Unb, 2014.

DOMINGUES, Leandro Fagundes, **A nova lei da guarda compartilhada**. Publicado em 01/11/2015. Acesso em 09/10/2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-142/a-nova-lei-da-guarda-compartilhada/>

FOUREAUX, Rodrigo, **A guarda de filhos e as consequências do descumprimento do acordo ou decisão judicial que regula a visita**. Publicado em 29/07/2019. Acesso em 08/10/2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/07/29/guarda-de-filhos-e-consequencias-descumprimento-acordo-ou-decisao-judicial-que-regula-visita/>

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Cidade: São Paulo Saraiva, 2018.

JORNALISTA EXTERNO, **Estatuto da Mulher Casada comemora 45 anos nesse mês**. Publicado em 23/08/2007, atualizado em 19/01/2013. Disponível em <https://www.tribunapr.com.br/noticias/mundo/estatuto-da-mulher-casada-comemora-45-anos-nesse-mes/>

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito de Família**. Thomson Reuters, 2006.

MADALENO, Rolf, **O custo do abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943>.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **A Família na Pós-Modernidade: Aspectos Cíveis e Bioéticos**. Cidade: São Paulo, Atlas, 2010.

PORTAL DORI, **RECOMENDAÇÃO Nº 25/2016 do CNJ: Regra da Guarda Compartilhada**. Publicado em 26/08/2016. Acesso em 05/10/2019. Disponível em: <https://www.portaldori.com.br/2016/08/26/recomendacao-no-252016-do-cnj-regra-da-guarda-compartilhada/>.

TARTUCE, Flávio, **Direito Civil – Direito de Família**, Volume 5, 12ª Edição.

TARTUCE, Flávio, **Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira**. Publicado em 26/07/2017. Acesso em 10/10/2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>.

COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

**TERMO DE AUTENTICIDADE E AUTORIZAÇÃO PARA
PUBLICAÇÃO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Eu, Giovanna Lourenço Comar

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 31501869, Período Noturno, Turma 10T,

tendo realizado o TCC com o título: A questão da guarda familiar nos tempos atuais e na época da primazia materna e da caracterização do abandono afetivo

sob a orientação do(a) professor(a): Martha Solange Scherer Saad

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 05 de novembro de 2019.

Assinatura do discente

COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

Material Bibliográfico: Artigo Científico Monografia

Graduação em Direito

Título do Trabalho: A questão da guarda familiar nos tempos atuais e na época da primazia materna e da caracterização do abandono afetivo

Nome do Autor(a): Giovanna Lourenço Comar

E-mail: gilourenco1401@gmail.com

Este e-mail pode ser divulgado SIM NÃO

Orientador(a): Martha Solange Scherer Saad

Na qualidade de titular dos direitos autorais da publicação supracitada, de acordo com a Lei nº 9.610/98, AUTORIZO NÃO AUTORIZO a Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, a disponibilizar gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, o documento, em meio eletrônico, no *site* da base de dados Adelpha, para fins de leitura pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada pela Universidade, a partir desta data. Igualmente, declaro que a versão do Trabalho de Conclusão de Curso entregue em meio eletrônico corresponde fielmente e na íntegra à versão similar depositada de forma impressa em papel para a defesa ou apresentação.

Motivos no Caso de Não Autorização

Exigência de periódico de não divulgação até a publicação (exige justificativa, informe e nome do periódico)

Outros (justificar): _____

São Paulo, 05 de novembro de 2019 .

Assinatura do(a) Autor(a)