

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA
ARIADNE NASCIMENTO DA SILVEIRA BONATO

**O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E AS POLÍTICAS
PÚBLICAS: NOVA SOLUÇÃO PARA O ABANDONO AFETIVO?**

CURITIBA
2016

ARIADNE NASCIMENTO DA SILVEIRA BONATO

**O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E AS POLÍTICAS
PÚBLICAS: NOVA SOLUÇÃO PARA O ABANDONO AFETIVO?**

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção de título de mestre, Programa de Mestrado
em Direitos Fundamentais e Democracia, Faculdades
Integradas do Brasil.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier

**CURITIBA
2016**

Dedico este trabalho à minha mãe, a qual sempre esteve ao meu lado, ajudando-me a superar os escolhos da vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus por ter me concedido a dádiva da vida e forças para chegar até aqui, possibilitando superar cada obstáculo colocado em meu caminho e sempre seguir em frente.

A todos os meus familiares, especialmente à minha mãe, Maria José Nascimento da Silveira, que sempre foi um exemplo de caráter, persistência e força, criando-me sozinha, sem medir esforços para investir na minha educação.

Ao meu pai, Adilson José Bonato, por ter contribuído financeiramente para a minha formação acadêmica e me ajudado, por meio de uma dura e dolorosa lição, a escolher o tema da minha pesquisa.

Ao meu noivo, Vitor Augusto Gay, por ser paciente, enxugar as minhas lágrimas e me motivar a seguir o meu caminho, pelas palavras sábias de conforto nos momentos de desespero, e, principalmente, por decidir caminhar ao meu lado nesses dez anos, fazendo-me feliz todos os dias.

Aos meus amigos, principalmente à Jaqueline Colpani e Larissa Costa Czaplinski, pelo apoio, paciência e compreensão de minha ausência em muitos encontros, devido à dedicação aos meus estudos e trabalho.

Ao amigo Felipe Conde pelos debates sobre o tema e suporte nas traduções dos documentos em inglês.

A todos os meus professores, formais e informais, que desde os primeiros anos contribuíram para a minha formação e me ensinaram muitas coisas.

Em especial ao Professor, orientador e amigo Paulo Ricardo Schier por me aceitar como orientanda, acolhendo-me de braços abertos, ajudando-me neste trabalho e, nobremente, dividindo comigo as suas experiências profissionais, por meio do estágio em docência realizado sob a sua supervisão.

A Professora Rosalice Fidalgo Pinheiro pela paciência e contribuição com este trabalho, gentilmente reservando tempo para debater o tema, indicar livros e pesquisas, os quais foram analisados e incluídos neste trabalho.

A minha amiga e chefe Deisi Rodenwald, Juíza de Direito Substituta da 4ª Vara de Família de Curitiba, pelo apoio, flexibilidade e conversas, contribuindo para o aprimoramento deste trabalho, minha formação acadêmica e profissional.

Aos demais professores do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil pelas leituras e temas indicados para discussão, fazendo-me sair da zona de conforto e me deparar com uma realidade até então velada aos meus olhos.

A Rafaela e a Gisele, sempre dispostas a ajudar.

A todos os colegas que conheci durante o mestrado, os quais trocaram experiências, aflições e materiais didáticos comigo.

Especialmente aos meus amigos, que tive a honra de conhecer, Rosa Maria, Maurício, Paulo Jersen, Maria Tereza e Juliane, com os quais tive a oportunidade de morar, por um breve momento, em Sevilha, Espanha, desfrutando da companhia e amizade dos mesmos.

“Tentem deixar este mundo um pouco melhor do que o encontraram e, quando chegar a vez de morrerem, possam morrer felizes com o sentimento de que pelo menos não desperdiçaram o tempo, mas sim fizeram o melhor que puderam”.
Robert Stephenson Smyth Baden-Powell

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar a existência do Direito Fundamental da Convivência Familiar, os prejuízos psicossociais ocasionados aos menores pelo eventual descumprimento, bem como buscar a melhor forma de assegurá-lo e do que fazer nos casos de descumprimento. Para tanto, o trabalho foi dividido em duas partes. Na primeira parte, busca-se demonstrar o tratamento socialmente dado às relações familiares, a fim de compreender as transformações legislativas e a crescente proteção dada às crianças e adolescentes, até chegar ao estopim de ter diversos Direitos Fundamentais constitucionalmente reconhecidos, dentre eles o Direito Fundamental da Convivência Familiar. A fim de evidenciar a existência do Direito Fundamental da Convivência Familiar, utilizar-se-á como marco teórico a teoria de Robert Alexy a respeito do Direito Fundamental Atribuído, demonstrando que o Direito Fundamental da Convivência Familiar decorre do Direito Fundamental da Proteção à infância, expressamente previsto no artigo 6º da Constituição Federal. Ainda, demonstrar-se-á o tratamento e a proteção assegurada em âmbito internacional, por meio dos tratados internacionais. Posteriormente, demonstrar-se-ão os eventuais prejuízos que pode gerar o desrespeito do Direito Fundamental da Convivência Familiar, caso conhecido como abandono afetivo, e a viabilidade da aplicação da Responsabilidade Civil ao caso. Na segunda parte, por sua vez, far-se-á uma análise do atual tratamento conferido pelos poderes executivo, legislativo e judiciário, objetivando resguardar o Direito Fundamental da Convivência Familiar e evitar os casos de abandono afetivo. Ainda, apresentar-se-á uma análise jurisprudencial detalhada do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná sobre o tema, a fim de constatar a jurisprudência dominante paranaense. Por fim, demonstrar-se-á que as respostas hoje encontradas, não são suficientes para assegurar o Direito Fundamental da Convivência Familiar, tampouco solucionar e prevenir os casos de abandono afetivo, necessitando de uma nova abordagem e da união dos três poderes para o mesmo fim.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Direito Fundamental da Convivência Familiar, Abandono Afetivo.

ABSTRACT

The objective of this paper is to demonstrate the existence of the Fundamental Right to Family Interactions, the psychological damages caused to the minors by the occasional infringement of that right, and to search for a better way of securing that right and punishing those who do not respect it. To that end, this paper was divided into two sections. On the first section, the main goal is to show the social treatment given to family relations, in order to comprehend the legislation transformations and the increased protection given to children and adolescents, thus reaching a point where we have many Fundamental Rights constitutionally recognized, such as the right to family interactions. To point out the existence of this legal right, we will use as theoretical grounds Robert Alexy's theory regarding the Attributed Fundamental Right, showing that the Fundamental Right to Family Interactions derives from the Fundamental Right to Childhood Protection, explicitly guaranteed by the Federal Constitution on its 6th article. In addition, we will demonstrate the treatment and protection given to this matter overseas, by the means of international treaties. Finally, we will debate on the subsequent damages that the infringement of this fundamental right may cause, e.g. the emotional neglect, and the possibility of applying legal liability in such cases. On the second section, we will focus on how the executive, legislative and judiciary powers treat the subject, in order to safeguard de Fundamental Right to Family Interactions and prevent emotional neglect from ever happening. Also, we will present a thorough analysis of the jurisprudence of the Parana's Court of Justice on the matter, in order to determine what is the preponderant understanding amongst the judges. At last, this section will demonstrate that the answers provided by the doctrine and case law are not enough to ensure the Fundamental Right to Family Interactions, let alone solve and prevent cases of emotional neglect. Therefore, a new approach is needed, aligning the three branches of power to the same end.

Key-words: Fundamental rights, Fundamental Right to Family Interactions, Emotional Neglect.

SUMÁRIO

RESUMO.....	07
ABSTRACT.....	08
INTRODUÇÃO	11
PRIMEIRA PARTE	14
1. A CONVIVÊNCIA FAMILIAR COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL	15
1.1. Breve análise da abordagem social e jurídica da relação familiar no Brasil.....	15
1.2. A convivência familiar como um Direito Fundamental atribuído.....	29
1.3. A convivência familiar no âmbito internacional.....	36
2. O ABANDONO AFETIVO COMO LESÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR	42
2.1. O abandono afetivo.....	42
2.2. Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	44
2.2.1. Ato ilícito.....	44
2.2.2. Dano.....	50
2.2.3. Nexo causal	56
2.2.4. Culpa.....	59
2.3 A reparação do dano moral por abandono afetivo: o que pensam.....	61
SEGUNDA PARTE.....	63
3. O ATUAL TRATAMENTO DESPENDIDO PARA O ABANDONO AFETIVO.....	64
3.1. Poder executivo: o completo silêncio.....	64
3.2. Poder judiciário: a divergência jurisprudencial	65
3.2.1 Ausência de lesão a direitos.....	65
3.2.2. Perda do poder familiar	66

3.2.3. Convivência familiar impositiva – cláusula penal.....	69
3.2.4. Indenização punitivo-pedagógica.....	70
3.2.5. O dano moral por abandono afetivo no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná	79
3.3. Poder Legislativo: responsabilidade objetiva e criminalização como soluções definitivas.....	80
4. O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: NOVA SOLUÇÃO PARA O ABANDONO AFETIVO?.....	85
4.1. Políticas públicas para assegurar o Direito Fundamental da Convivência Familiar e evitar o Abandono Afetivo.....	85
4.2. O papel do Poder Legislativo na promoção de políticas públicas visando assegurar o Direito Fundamental da Convivência Familiar e combater o Abandono Afetivo.....	94
4.3. O Poder Judiciário e a promoção de políticas públicas visando assegurar o Direito Fundamental da Convivência Familiar e combater o Abandono Afetivo.....	96
CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS	110
ANEXO - Resultado do questionário sobre o abandono afetivo	119

INTRODUÇÃO

A convivência familiar é de suma importância para o desenvolvimento saudável do indivíduo, sendo que a ausência deste convívio na infância, conhecido como abandono afetivo, pode gerar danos psicossociais irreversíveis ao sujeito abandonado. Ante a sua importância, a própria Constituição Federal brasileira a prevê como um Direito Fundamental.

Contudo, referido Direito Fundamental não está expressamente previsto na Constituição Federal, de modo que se faz necessário recorrer à teoria de Robert Alexy, concernente aos Direitos Fundamentais Atribuídos.

Em que pese a existência do Direito Fundamental da convivência familiar, bem como a comprovada importância deste para o desenvolvimento pleno e saudável da personalidade humana, no Brasil “cerca de 600 mil crianças de até 10 anos de idade não possuem registro de nascimento no País. Além disso, estima-se que mais de 5 milhões de estudantes não tenham o nome do pai no documento de identidade”¹. Frise-se que estes números representam apenas crianças que não possuem em seu registro o nome do pai, de modo que a quantidade de crianças que não possuem a convivência familiar garantida com ambos ou um dos genitores é maior, haja vista que existem crianças que foram devidamente registradas, porém foram igualmente abandonadas.

Diferente do Brasil, que não possui uma pesquisa voltada para quantificar os casos de abandono afetivo, nos Estados Unidos, segundo dados levantados pela US Census Bureau, 23,6% das crianças americanas, cerca de 17,4 milhões, viviam com pais ausentes em 2014², o que representa um custo de aproximadamente 100 bilhões de dólares para o governo americano, destinado a programas que apoiam causas de ausência de pais³.

¹ BRAGA, Mariana. Conselho Nacional de Justiça. **Cartilha Pai Presente e Certidões**. 2ª Ed. Distrito Federal: Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 5. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/04/b550153d316d6948b61dfbf7c07f13ea.pdf>> Acesso em: 10/01/2016.

² U.S. Census Bureau. (2015). C3. Living arrangements of children under 18 years/1 and marital status of parents, by age, sex, race, and hispanic origin/2 and selected characteristics of the child for all children: 2014. Washington, D.C.: U.S. Census Bureau

³ NOCK, Steven L.; EINOLF, Christopher J.. **The one Hundred billion dollar man**. The Annual Public Cost of Father absence. United State: National Fatherhooch Initiative, jun/2008.

O número de crianças que sofrem com o abandono afetivo é alarmante e os prejuízos que pode ocasionar para o desenvolvimento da personalidade humana são gravíssimos, de modo que o tema precisa ser analisado com seriedade e muita cautela, a fim de encontrar a melhor forma para garantir o Direito Fundamental da Convivência Familiar e o que fazer nos casos de descumprimento e evidente dano gerado.

A fim de analisar o tema e buscar estas respostas, a presente pesquisa utiliza como metodologia a pesquisa bibliográfica, o exame de legislação, a pesquisa de jurisprudência e respectiva sistematização. O plano do trabalho, por sua vez, é dividido em duas partes, sendo que cada parte é composta por dois capítulos.

No primeiro capítulo, pretende-se demonstrar o tratamento social e jurídico dado às relações familiares, a fim de compreender as transformações legislativas e a crescente proteção dada às crianças e adolescentes, até chegar ao estopim de ter diversos Direitos Fundamentais constitucionalmente reconhecidos, dentre eles o Direito Fundamental da Convivência Familiar, o qual não está expressamente previsto. A fim de evidenciar a existência do Direito Fundamental da Convivência Familiar, utilizar-se-á como marco teórico a teoria de Robert Alexy concernente ao Direito Fundamental Atribuído, demonstrando que o Direito Fundamental da Convivência Familiar decorre do Direito Fundamental da Proteção à Infância, expressamente previsto no artigo 6º da Constituição Federal. Ainda, demonstrar-se-á o tratamento e a proteção, por meio dos tratados internacionais, visando assegurar a convivência familiar em âmbito internacional.

No segundo capítulo, por sua vez, tratar-se-á especificamente do abandono afetivo, buscando conceitua-lo e evidenciar os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, ato ilícito, dano, nexos causal e culpa.

Em seguida, no terceiro capítulo, almeja-se demonstrar como os temas da convivência familiar e o abandono afetivo são tratados nos três poderes, Executivo, Judiciário e Legislativo, sendo que no Poder Executivo se vê uma completa ausência de políticas públicas visando assegurar a Convivência Familiar e evitar a incidência de abandono afetivo, enquanto os Poderes Judiciário e Legislativo dão respostas variadas, chegando a tratar do tema de modo divergente. Ainda, realiza-se uma crítica a cada resposta atualmente fornecida, visando evidenciar que as mesmas não asseguram o Direito Fundamental da Convivência Familiar, tampouco

contribuem para evitar e tratar dos casos de abandono afetivo, ao contrário, ocasionam um maior afastamento entre pais e filhos, acarretando em uma objetivação das crianças, enterrando de vez uma possibilidade de estabelecimento de um vínculo familiar.

Ante as críticas apresentadas, defende-se, no quarto capítulo, um novo modelo que seja capaz de assegurar o Direito Fundamental da Convivência Familiar, tratar do menor que sofreu com o abandono afetivo e que, também, seja capaz de prevenir casos futuros. Para tanto, apresenta-se uma proposta fugindo de um Direito Civil Patrimonializado e fazendo uma leitura partindo do Direito Constitucional, recorrendo-se às Políticas Públicas.