

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC-SP**

**Mayara Oddone Volpe Fuller**

**PERDA DO PODER FAMILIAR POR VIOLAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO:  
DA SANÇÃO À PROTEÇÃO.**

**DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÃO**

**SÃO PAULO**

**2018**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC-SP**

**Mayara Oddone Volpe Fuller**

**PERDA DO PODER FAMILIAR POR VIOLAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO:  
DA SANÇÃO À PROTEÇÃO.**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em **Direito de Família e Sucessão**, sob a orientação da Profa. Dra. **Ana Paula Patiño**.

**SÃO PAULO**

**2018**

Banca Examinadora

---

---

---

Agradecimentos.

À Deus pela vida.

Ao meu marido, maior incentivador e eterno professor.

Aos meus pais que sempre me apoiaram e estiveram ao meu lado nas minhas escolhas.

À minha orientadora, Profa. Ana Paula Patiño, que a tantos anos me acompanha, me orienta e me ensina.

## RESUMO.

O presente trabalho tem como objeto o poder familiar, em especial o dever de cuidado – em sua manifestação na convivência familiar (direito-dever de visitação e companhia). Para tanto, procede-se à análise do instituto do poder familiar, seus antecedentes históricos (*patria potestas* do direito romano), fundamentos normativos, conteúdo e causas de extinção, perda e suspensão. Em seguida, passa-se ao estudo do dever jurídico de cuidado, com seus fundamentos normativos, definição e princípios fundantes (dignidade da pessoa humana, afetividade, solidariedade e melhor interesse da criança ou do adolescente). Por fim, cogitam-se das consequências do descumprimento do dever de cuidado, em seu aspecto de convivência familiar (visita e companhia dos filhos), concluindo-se pela necessidade de perseguir, primordialmente, a tutela específica da aludida prestação de fazer, por meio da imposição de multa periódica (as *astreintes* do direito francês – técnica ou meio de execução indireta, por coerção patrimonial), a fim de obter a perfeita satisfação do direito material, evitando-se a ocorrência de dano e a sua consequente monetização. Caso frustrada a tutela específica, e como *ultima ratio*, cogita-se da perda ou destituição do poder familiar como forma de proteção da criança ou adolescente, quando demonstrado que tal medida extrema atende ao seu melhor interesse. Em tal caso, para que a perda do poder familiar não represente um “prêmio” para o pai ou mãe desidioso, sustenta-se a possibilidade de condenação ao pagamento de compensação pecuniária (dano moral), com a finalidade de desestimular e coibir tal comportamento violador do dever de cuidado.

**PALAVRAS CHAVES:** Poder; Familiar; Dever; Cuidado; Direito; Convivência; Familiar; Visitas; Obrigação; Específica; Multa; *Astreintes*; Melhor; Interesse; Proteção; Integral; Perda; Destituição; Condenação; Compensação.

## **ABSTRACT.**

The present paper has as its object the paternal power, especially the duty to take care - in its manifestation in family life (right-duty of visitation and company). In order to do so, we analyze the institute of paternal power, its historical antecedents (the patria potestas of Roman law), normative foundations, content and causes of extinction, loss and suspension. Then, we will study the legal duty of care, with its normative foundations, definition and founding principles (dignity of the human person, affectivity, solidarity and the best interest of the child or adolescent). Lastly, we reflect upon the consequences of noncompliance with the duty of care, in their aspect of family coexistence (visitation and companionship of the children), are considered, concluding that it is necessary to pursue, in a primordial way, the specific protection of the aforementioned provision of doing, through the imposition of a periodic fine (the astreintes of French law - technical or indirect means of execution, by patrimonial coercion), in order to obtain the perfect satisfaction of the material right, avoiding the occurrence of damages and its consequent monetization. If the specific guardianship is frustrated, and as ultima ratio, the loss or removal of family power is considered as a form of protection of the child or adolescent, when it is shown that such extreme measure serves as being what is best form him. In such a case, in order for the loss of paternal power not to represent a "prize" for the negligent parent, the possibility of a pecuniary compensation (moral damage) is sustained, with the purpose restraining such behavior violating the duty of care.

**KEYWORDS:** Power; Paternal; Duty; Caution; Right; Coexistence; Family; Visits; Obligation; Specific; Fine; Astreintes; Best; Interest; Protection; Integral; Loss; Loss; Conviction; Compensation.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
-----------------	---

### I – PODER FAMILIAR

1. Evolução histórica.....	3
2. Natureza jurídica, conceito e características do poder familiar na atualidade.....	5
3. Conteúdo do poder familiar.....	7
3.1. Transmissão familiar das crenças e culturas (art. 22, parágrafo único, do ECA).....	7
4. Extinção, perda e suspensão do poder familiar.....	8
4.1. Suspensão do poder familiar.....	8
4.2. Extinção do poder familiar.....	10
4.3. Perda ou destituição do poder familiar.....	11
4.3.1. Condição de miserabilidade dos pais. Manutenção do exercício do poder familiar.....	15
4.3.2. Hipóteses de perda do poder familiar em decorrência de decisão penal condenatória dos pais.....	17
5. Aspectos procedimentais para decretação da perda ou suspensão do poder familiar.....	18
6. Aspectos gerais do procedimento especial para a perda e a suspensão do poder familiar.....	19

### II – DEVER DE CUIDADO

1. Fundamento normativo.....	25
2. Definição.....	28
3. Princípio da dignidade da pessoa humana.....	30

4. Princípio da afetividade.....	33
5. Princípio da solidariedade.....	39
6. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	41

**III – PERDA DO PODER FAMILIAR PELO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDADO:**

**DA SANÇÃO À PROTEÇÃO.**

1.O dever de cuidado e o direito à convivência familiar.....	48
2. Da tutela específica da prestação do dever de cuidado.....	51
3. Da perda do poder familiar por violação ao dever de cuidado.....	54
4. Reparação por dano moral: compensação pecuniária.....	56

CONCLUSÃO.....	58
----------------	----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61
---------------------------------	----

## INTRODUÇÃO.

A família e, conseqüentemente, as relações familiares sofreram significativas alterações ao longo da história da humanidade e foram, paulatinamente, se adequando aos anseios da sociedade e às necessidades de seus integrantes.

Igualmente ocorreu com as relações paterno e materno-filial, em especial no tocante à finalidade e concepção do instituto do poder familiar, principal foco de estudo do presente trabalho. Tais relações, que por muito tempo tiveram como foco o poder dos pais sobre os filhos e os direitos exercidos sobre estes, foram se modificando e passaram a ter como escopo principal a proteção e efetivação dos direitos fundamentais assegurados aos filhos menores.

Ocorreu, pois, uma verdadeira mudança de foco, na qual passou a ser a criança ou adolescente, o principal sujeito de direito, cujos interesses deveriam ser assegurados, inclusive, pelos pais.

Neste novo cenário, aos genitores foram conferidos verdadeiros deveres em relação aos filhos, os quais se encontram em plena formação e desenvolvimento. Dentre tais deveres, verifica-se, pois, o dever de cuidado atribuído aos pais, sem o qual não há como se cogitar o saudável desenvolvimento da criança ou adolescente.

Neste contexto, tornou-se importante e necessário analisar os contornos do dever de cuidado e as obrigações que dele decorrem, de modo que a partir do momento que os atos de cuidado são essenciais na promoção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, eventuais descumprimentos injustificados devem ser repelidos pelo Poder Judiciários, sempre em atenção à promoção do melhor interesse e da integral proteção da criança e adolescente.

Assim, visando aprofundar o estudo sobre o dever de cuidado, como ato decorrente do poder familiar, o presente trabalho foi dividido em três partes, sendo que a primeira analisa o instituto do poder familiar, sua evolução, definição, fundamento jurídicos, finalidade e as hipóteses de extinção, perda e suspensão, as quais são apenas excepcionais. Em um segundo momento, será analisado o cuidado com dever jurídico decorrente do poder familiar, a sua importância para o saudável desenvolvimento físico e psíquico da criança e adolescente e os

princípios que embasam e norteiam o dever de cuidado dos pais para com os filhos menores. Por fim, buscamos conjugar os dois temas, quais sejam, o poder familiar e o dever de cuidado, neste momento consubstanciado no direito fundamental à convivência familiar da criança e adolescente, bem como analisamos possibilidade de aplicar medidas coercitivas (*astreintes*) para garantir o cumprimento de tal dever por parte dos pais e em últimos casos de ser decretada a perda do poder familiar por violação ao dever de cuidado, como instrumento de proteção à criança e adolescente e a condenação do genitor infrator ao pagamento de compensação pecuniária.

A principal meta deste trabalho é, assim, aprofundar-se no estudo do cuidado, como dever jurídico decorrente do poder familiar e como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais assegurados à criança e adolescente, examinando as consequências do descumprimento do dever de visita e convivência, que integram os atos do dever de cuidado, considerando, ainda, a possibilidade de aplicação de multa periódica e em *última ratio* a destituição ou perda do poder familiar, como exclusivo meio de proteção e desde que tal medida atenda ao melhor interesse da criança ou do adolescente, sendo também possível a condenação do genitor infrator ao pagamento de compensação pecuniária.

## CAPÍTULO I – PODER FAMILIAR.

### 1. Evolução histórica.

Os principais caracteres do instituto do pátrio poder podem ser observados entre os Hebreus, os Persas e os Gauleses, contudo, foi em Roma que tal instituto encontrou a sua maior organização.

A *patria potestas* dos romanos assegurava o interesse do chefe da família (*pater familias*), dando-lhe poderes ilimitados, inclusive o direito de matar o filho.

O poder absoluto de vida e morte (*ius vitae atque necis*) dos filhos foi controlado pelo conselho familiar (*consilium demesticum*), abrandando-se no século I d.C., principalmente no período dos Imperadores cristãos<sup>1</sup>.

Tal direito declinou, mas ainda se exerceu durante a República, embora com moderação e mediante acordo com os parentes próximos e pessoas nobres (como os Senadores).

Apenas no século II d.C. os poderes do chefe de família foram limitados a simples direito de correção, por influência da filosofia estoíca<sup>2</sup>: o então pátrio poder deveria consistir em piedade e não mais em atrocidade.

Como esclarece Pontes de Miranda:

A *patria potestas* dos Romanos era dura criação de direito despótico, e não tinha correlação com os deveres do pai para com o filho. É certo que existiam deveres, porém esses quase só eram provindos da moral. Juridicamente, a *patria potestas* constituía espécie de direito de propriedade. O *pater familias* podia renunciar a esse direito, dando a terceiros os filhos *in mancipio*, ou enfeitando-os. Se o *pater* indigno perdia a *patria potestas*, era somente porque a sua conduta devia ser interpretada como expressão tácita de sua vontade de alhear de si esse direito. Quer dizer: pura *derelectio rei*.

---

<sup>1</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 277.

<sup>2</sup> MIRANDA, Pontes de. *Direito de Família: direito parental, direito protectivo* (coleção Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo IX), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 175.

Assim, podem ser enunciadas as principais distinções que apartam a *patria potestas* dos romanos do poder familiar contemporâneo:

**a) quanto ao seu exercício:**

a1) *titularidade* - em Roma, a *patria potestas* competia não ao pai, mas ao chefe de família, de modo que o titular do direito poderia ser o avô (o *pater* era o ascendente masculino mais antigo: não era o pai natural, mas quem comandava a família romana); na atualidade, o poder familiar compete a ambos os pais (pai e mãe), em igualdade de condições (art. 226, § 5º, da CF, art. 1.634, *caput*, do CC, e art. 21 do ECA).

a2) *duração* - em Roma, a *patria potestas* durava toda a vida, salvo os casos fortuitos ou atos solenes com o fim de a extinguir, tais como a morte ou a *capitis diminutio* máxima ou média do *pater familias*, ser o filho elevado a certas dignidades (nomeação de cônsul, bispo, questor do palácio), ou a emancipação do filho pelo próprio pai; na atualidade, o poder familiar nunca transcende a maioridade do filho (arts. 1.630 e 1.635, III, do CC).

b) **quanto ao seu alcance (conteúdo):** em Roma, a *patria potestas* abrangia o poder de vida e morte (*ius vitae atque necis*); de abandonar o filho quando este cometia ato ilícito, para não pagar a indenização devida (*ius noxae dandi*); de vender o filho (*ius vendendi*), transferindo-o pela *mancipatio* (os pais, em momentos de miséria, mancipavam os filhos a terceiros, mediante preço real, ou a credor, a título de garantia), sendo ainda o patrimônio do filho absorvido no do *pater familias*.

O poder familiar, na atualidade, compreende dirigir a criação e a educação dos filhos, exercer a guarda unilateral ou compartilhada, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município, 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), representá-los judicial e extrajudicialmente até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (art. 1.634 do CC).

## 2. Natureza jurídica, conceito e características do poder familiar na atualidade

O poder familiar, instituto diverso do pátrio poder, consubstancia um conjunto de regras jurídicas que disciplinam as relações entre os pais e os filhos menores não emancipados (arts. 1.630 e 1.635, II e III, ambos do CC), com fundamento na incapacidade destes, “pois a lei funda o débil, com seu estatuto de incapacidade, e ao mesmo tempo oferta, por receita, o remédio instrumental da debilidade”<sup>3</sup>.

Trata-se de instituto que busca a *proteção* dos filhos<sup>4</sup>, compondo a denominada “trilogia assistencial”, ao lado da tutela (sucedâneo do poder familiar, que pressupõe a ausência do seu exercício<sup>5</sup>) e da curatela.

Em doutrina, critica-se a expressão “poder” familiar, empregada no Código Civil, por não haver, propriamente, relação de subordinação entre pais e filhos.

Como esclarece Luiz Edson Fachin:

Os filhos não são (nem poderiam ser) objeto da autoridade parental. Em verdade, constituem um dos sujeitos da relação derivada da autoridade parental, mas não sujeitos passivos, e sim no sentido de serem destinatários do exercício deste direito subjetivo, na modalidade de uma dupla realização de interesses do filho e dos pais<sup>6</sup>.

A Lei n. 12.010/09 (Convivência Familiar), ao estabelecer os princípios que regem a aplicação das medidas de proteção destinadas a crianças e adolescentes, incorporou a expressão *responsabilidade parental*, determinando que “a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente” (art. 100, parágrafo único, inciso IX, do ECA - Lei n. 8.069/90).

Por isso, prefere-se a expressão *responsabilidade parental*, por salientar o aspecto funcional (instrumental) de proteção aos direitos fundamentais dos filhos menores não emancipados, contido no art. 229 da Constituição Federal (“Os pais têm o dever de assistir,

---

<sup>3</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 223.

<sup>4</sup> Pontes de Miranda consigna que, “atendendo à concepção vigente do pátrio poder, pelo qual mais se protege do que se exercem poderes, o lugar para se tratar do pátrio poder, sistematicamente, é no Direito protectivo” (*Direito de Família: direito parental, direito protectivo* - coleção Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo IX, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 177).

<sup>5</sup> ECA, art. 36, parágrafo único: “O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar e implica necessariamente o dever de guarda”.

<sup>6</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 223.

criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”).

A esse respeito, Ana Carolina Brochado Teixeira leciona que:

Diante do conteúdo constitucional da autoridade parental, que impõe aos pais os deveres de criar, assistir e educar os filhos menores, concluímos que a função do instituto é instrumentalizar os direitos fundamentais dos filhos, tornando-os pessoas capazes de exercer suas escolhas pessoais, com a correlata responsabilidade.

Diante das diretrizes constitucionais e estatutárias que ressaltam a função promocional do Direito, o relacionamento entre genitores e filho passou a ter como objetivo maior tutelar a personalidade deste e, portanto, o exercício de seus direitos fundamentais, para que possa, neste contexto, edificar sua dignidade enquanto sujeito. A autoridade parental, neste aspecto, foge da perspectiva de poder e de dever, para exercer sua sublime função de instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos. Nisso consiste o ato de educá-los, decorrente dos Princípios da Paternidade/Maternidade Responsável, e da Doutrina da Proteção Integral, ambos com sede constitucional, ao alicerce de serem pessoas em fase de desenvolvimento, o que lhes garante prioridade absoluta<sup>7</sup>.

Podemos assim conceituar a *responsabilidade parental* como o *munus* conferido aos pais para a proteção – pessoal e patrimonial – dos filhos menores não emancipados, contendo um plexo de direitos e deveres que representam instrumento para a promoção e a efetivação dos direitos fundamentais de titularidade das crianças e adolescentes (arts. 227, *caput*, e 229, ambos da CF).

As características da responsabilidade parental são as seguintes:

a) *munus*, pois transcende o interesse pessoal ou privado, sendo imposta por norma de ordem pública;

b) irrenunciável, pois os direitos que o pai e a mãe têm “não lhes foram concedidos por virtude de medida em favor deles, mas em benefício dos filhos ou do filho”, sendo “nulo o pacto pelo qual se renuncie ou se prometa a renúncia”<sup>8</sup> – embora possa ser determinada, por decisão judicial, a destituição do seu exercício;

c) inalienável, insuscetível de transferência ou delegação;

d) imprescritível.

---

<sup>7</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, “A disciplina jurídica da autoridade parental”, in PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), *Família e Dignidade Humana – V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB Thomson, 2006, pp. 111-112.

<sup>8</sup> MIRANDA, Pontes de. *Direito de Família: direito parental, direito protectivo* (coleção Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo IX), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 244.

Apesar da irrenunciabilidade e inalienabilidade do poder familiar, o seu titular pode ser destituído do exercício do direito por decisão do Estado<sup>99</sup> e no melhor interesse da criança ou adolescente, tal como sucede nas causas do artigo 1.638 do Código Civil, acrescida da possibilidade da sua extinção por manifestação de concordância dos pais com a adoção do filho, nos termos do artigo 166, §1º, II, do Eca (inserido pela Lei 13.509/2017).

### **3. Conteúdo do poder familiar.**

O poder familiar teve seu conteúdo definido no art. 1.634 do Código Civil, competindo a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o 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.

#### **3.1. Transmissão familiar das crenças e culturas (art. 22, parágrafo único, do ECA)**

O conteúdo do poder familiar foi ainda ampliado pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), que acrescentou ao art. 22 do ECA, o parágrafo único, o qual esclarece que a mãe e o pai ou os responsáveis têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de

---

<sup>99</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 225.

transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos no ECA.

O direito à liberdade da criança e do adolescente compreende a crença e o culto religioso (art. 16, III, do ECA).

Além disso, o direito de transmissão familiar das crenças e culturas foi igualmente reconhecido na Convenção sobre os Direitos da Criança (Dec. 99.710/1990), cujo art. 29, n. 1, reconhece que a educação da criança deve estar orientada no sentido de imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua (alínea c). Em seu art. 30, acrescenta que, onde existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, ou pessoas de origem indígena, não será negado a uma criança que pertença a tais minorias ou que seja indígena o direito de, em comunidade com os demais membros de seu grupo, ter sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião ou utilizar seu próprio idioma.

#### **4. Extinção, perda e suspensão do poder familiar**

O poder familiar, em sendo um *munus* que deve ser exercido no melhor interesse e para a proteção dos filhos menores não emancipados, sujeita-se a controle pelo Estado, sendo legalmente estabelecidas as situações que ensejam a privação do seu exercício, de forma temporária (**suspensão**) ou definitiva – **extinção**, que pode ser pura e simples (falecimento de ambos os pais ou filho, emancipação e maioridade) ou com imputação de conduta culposa *lato sensu* de seu titular (**perda ou destituição**).

##### **4.1. Suspensão do poder familiar.**

O art. 24 do ECA estabelece que não apenas a perda, como também a *suspensão* do poder familiar deve ser decretada por decisão judicial, em procedimento contraditório, nos

casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22 do mesmo diploma legal.

O Código Civil, em seu art. 1.637 dispõe, como causas que podem ensejar a suspensão do poder familiar, as seguintes:

a) o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos (*caput*);

b) o pai ou a mãe ser condenado por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (parágrafo único).

A Lei de Alienação Parental, Lei 12.318/2010, prevê ainda, a possibilidade de o juiz, segundo a gravidade do caso, declarar a suspensão da autoridade parental (art. 6º, VII), quando caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental.

Além disso, o descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22 do ECA (dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais) pode ensejar tanto a suspensão como a perda do poder familiar, a depender da gravidade do descumprimento apurado.

A suspensão pode ainda decorrer de acontecimentos involuntários, quando o titular do poder familiar for judicialmente interditado ou declarado ausente<sup>10</sup>.

Cumpra observar que, nos termos do art. 1.637, *caput*, do Código Civil, a decisão judicial de suspensão do exercício do poder familiar pode ser *total* ou *parcial* (quanto à sua extensão), cabendo ao juiz adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres (suspensão parcial ou modificação), até suspendendo o poder familiar (suspensão total ou perda temporária), quando convenha.

Pontes de Miranda observa que:

se a perda do pátrio poder é uma só e quem não perde fica em situação de quaisquer outras pessoas que o perdessem, não se dá o mesmo com a suspensão. Não há uma só figura, e sim muitas figuras de suspensão, desde a suspensão propriamente dita, que é como *perda temporária*, até a mínima, que é a conservação de todos os direitos e deveres, exceto o de dirigir a educação. (...) o juiz pode usar da medida que

---

<sup>10</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 285.

lhe pareça conveniente e, até, da suspensão propriamente dita, completa, do pátrio poder. Essa é a medida *máxima*, antes da qual está toda a gama das providências corretivas, suplementares ou complementares, restritivas ou preventivas, que o juiz pode reputar acertadas<sup>11</sup>.

#### 4.2. Extinção do poder familiar.

Já a *extinção* do poder familiar pode se operar pelas seguintes causas:

a) cessação da personalidade civil, com a morte de *ambos* os pais ou do filho (arts. 6º e 1.635, I, ambos do CC) – em caso de falecimento de apenas um dos pais, o poder familiar se concentra no outro, não se cogitando de extinção;

b) pela emancipação (arts. 5º, parágrafo único, e 1.635, II, ambos do CC);

c) pela maioria (arts. 5º, *caput*, 1.630 e 1.635, III, todos do CC);

d) pela adoção, que implica o desligamento de qualquer vínculo com pais e parentes de origem, salvo os impedimentos matrimoniais (art. 1.635, IV, do CC, e art. 41, *caput*, do ECA).

A partir da Lei n. 13.509/17 (Nova Lei de Adoção), o juiz deve declarar a extinção do poder familiar em face da concordância dos pais com a adoção, a qual deve ser expressamente manifestada em audiência, depois de ouvidas as partes, devidamente assistidas por advogado ou por defensor público, na presença do Ministério Público (art. 166, § 1º, I e II, do ECA). Os pais podem, no entanto, exercer o direito de arrependimento no prazo de dez dias, contado da data de prolação da sentença de extinção do poder familiar (art. 166, § 5º, do ECA).

e) por decisão judicial, nas situações legais de perda ou destituição (arts. 1.635, V, e 1.638, ambos do CC), que pressupõem a imputação de conduta culposa *lato sensu* e de procedimento contraditório (art. 24 do ECA).

Para o objeto do presente trabalho, apresentam especial interesse as causas legais de perda ou destituição do poder familiar (extinção com imputação de conduta culposa *lato sensu* de seu titular).

---

<sup>11</sup> MIRANDA, Pontes de. *Direito de Família: direito parental, direito protectivo* (coleção Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo IX), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 230 e 234.

### 4.3. Perda ou destituição do poder familiar.

As causas que podem ensejar a *perda* do poder familiar são indicadas no art. 1.638 do Código Civil e consistem em o pai ou a mãe castigar imoderadamente o filho (inciso I), deixar o filho em abandono (inciso II), praticar atos contrários à moral e aos bons costumes (inciso III), incidir, reiteradamente, nas faltas que admitem a suspensão do poder familiar (inciso IV) e entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção (inciso V).

Cabe apreciar as causas de perda do poder familiar contidas no art. 1.638 do Código Civil:

**Inciso I - castigar imoderadamente o filho:** de acordo com a doutrina tradicional, a leitura do aludido dispositivo legal, *a contrario sensu*, legitimaria a imposição de “castigo moderado” – compreendido no “poder” familiar.

A esse respeito, Silvio Rodrigues leciona que:

O advérbio “imoderadamente” serve para legitimar o *jus corrigendi* na pessoa do pai, pois a infração ao dever só se caracteriza quando for excessivo o castigo. Portanto, enquanto não exorbita, pode o pai aplicar castigos físicos ao filho, com o propósito de emendá-lo<sup>12</sup>.

Assim, apenas o castigo imoderado (excessivo, abusivo), por violência física ou tortura psicológica, poderia ensejar a perda do poder familiar<sup>13</sup>, bem como o crime de maus-tratos (art. 136 do CP).

Paulo Luiz Netto Lôbo sustenta a inconstitucionalidade da imposição de qualquer castigo físico ou psíquico, admitida implicitamente pelo art. 1.638, inciso I, do Código Civil:

sob o ponto de vista estritamente constitucional não há fundamento jurídico para o castigo físico ou psíquico, ainda que “moderado”, pois não deixa de consistir violência à integridade física do filho, que é direito fundamental inviolável da pessoa humana, também oponível aos pais. O art. 227 da Constituição determina que é dever da família colocar o filho (criança ou adolescente) a salvo de toda violência. Todo castigo físico configura violência. A detenção em situações desarrazoadas é manifestamente castigo imoderado, ou crime de cárcere privado. Note-se que a Constituição (art. 5º, XLIX) assegura a integridade física do preso. Se assim é com o adulto, com maior razão não se pode admitir violação da integridade física da criança ou adolescente, sob pretexto de castigá-lo. Portanto, na dimensão do tradicional pátrio poder, era concebível o poder de castigar fisicamente o filho; na dimensão do

<sup>12</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, volume 6, 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 370-371.

<sup>13</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 189.

poder familiar fundado nos princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana, não há como admiti-lo. O poder disciplinar, contido na autoridade parental, não inclui, portanto, a aplicação de castigos que violem a integridade do filho<sup>14</sup>.

Em igual sentido, o art. 18-A, *caput*, do ECA reconhece o direito de a criança ou adolescente ser educado e cuidado **sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante**, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

E o parágrafo único do mesmo dispositivo legal esclarece que se considera *castigo físico* a ação de natureza disciplinar ou punitiva, aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente, que resulte em sofrimento físico ou lesão (inciso I); e *tratamento cruel ou degradante* a conduta ou forma cruel de tratamento, em relação à criança ou ao adolescente, que humilhe, ameace gravemente ou ridicularize (inciso II).

Diante de tais considerações, entendemos que apenas seria admitido o castigo consistente em privação de situações de prazer.

**Inciso II - abandono do filho:** significa descumprir os deveres impostos aos pais quanto à criação, saúde, educação, subsistência e moralidade do filho<sup>15</sup>.

Salientamos que o abandono afetivo, por descumprimento do dever de cuidado (visitação e companhia), será objeto de estudo mais aprofundado no Capítulo III (item n. 3).

**Inciso III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes:** poderiam ser cogitadas situações como a embriaguez habitual dos pais ou a dependência de drogas, bem como a conduta de estimular o filho a praticar atos infracionais (art. 103 do ECA), ou direcionar o filho “para uma vida de devassidão, quer diretamente, quer obrigando-o a conviver com ela”<sup>16</sup>.

Acerca do inciso III do art. 1.638 do Código Civil, cabe consignar a pertinente advertência de Paulo Luiz Netto Lôbo:

---

<sup>14</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial - arts. 1.591 a 1.693*, volume XVI (coord.: Álvaro Villaça Azevedo), São Paulo: Atlas, 2003, p. 225.

<sup>15</sup> ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. *O pátrio poder*, Rio de Janeiro: Tupã, 1960, p. 227.

<sup>16</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 190.

A moral e os bons costumes são aferidos objetivamente, segundo *standards* valorativos predominantes na comunidade, no tempo e no espaço, incluindo as condutas que o Direito considera ilícitas. Não podem prevalecer os juízos de valor subjetivos do juiz, pois constituiriam abuso de autoridade<sup>17</sup>.

**Inciso IV** - *incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo 1.637 do Código Civil:* o Código Civil de 2002 acrescentou, como causa de perda do poder familiar, a reiteração das condutas que podem ensejar a *suspensão* (parcial ou total) do poder familiar, que foram analisadas *supra*, no item n. 4.1.

Silvio Rodrigues considera se tratar de inovação saudável, “evitando o abuso dos pais na repetida incidência de falha capaz de ensejar a suspensão do exercício do *munus*, aguardando a pena mais branda ao ato”<sup>18</sup>.

**Inciso V** - *entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção:* trata-se de causa de perda do poder familiar acrescentada pela recente Lei n. 13.509/17 (Nova Lei de Convivência Familiar).

O art. 227, § 5º, da Constituição Federal, estabelece que a adoção deve ser assistida pelo Poder Público, na forma da lei. Assim, a entrega de filho para adoção deve observar o procedimento legal estabelecido no ECA: as gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas, sem constrangimento, à Justiça da Infância e da Juventude (art. 13, § 1º).

Tratando-se de gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, *antes ou logo após o nascimento*, deve ser observado o procedimento de “entrega assistida”, estabelecido no art. 19-A do ECA (igualmente acrescentado pela recente Lei n. 13.509/17 - Nova Lei de Convivência Familiar).

Busca-se assim evitar o comércio ilegal de crianças (crime do art. 238 do ECA<sup>19</sup>), que fomenta o procedimento ilegal de “adoção à brasileira” (crime do art. 242 do CP<sup>20</sup>) e que

<sup>17</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial* - arts. 1.591 a 1.693, volume XVI (coord.: Álvaro Villaça Azevedo), São Paulo: Atlas, 2003, pp. 225-226.

<sup>18</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, volume 6, 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 371.

<sup>19</sup> ECA, art. 238: “Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa: Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa”.

<sup>20</sup> CP, art. 242: “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos.

implica desrespeito da ordem cronológica das habilitações dos pretendentes à adoção (art. 197-E, *caput* e § 1º, do ECA), que somente poderia deixar de ser observada nas situações legais de adoção *intuitu personae* ou dirigida (art. 50, § 13, do ECA), quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando.

O art. 22, *caput*, do ECA, estabelece que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Trata-se de reafirmação do disposto no art. 229 da Constituição Federal:

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.

O descumprimento injustificado de tais deveres e obrigações também pode ensejar a *perda* e a *suspensão* do poder familiar, por decisão judicial, em procedimento contraditório (art. 24, art. 129, X, e arts. 155 a 163, todos do ECA), configurando ainda a infração administrativa definida no art. 249 do ECA.<sup>21</sup>

A mesma conduta pode deflagrar responsabilidade criminal pelos crimes de abandono material (art. 244 do CP), entrega de filho menor a pessoa inidônea (art. 245 do CP), abandono intelectual (art. 246 do CP) e abandono moral (art. 247 do CP), que promovem a tutela penal da assistência familiar.

No capítulo III do presente trabalho, serão analisadas especificamente as hipóteses que podem ensejar a perda do poder familiar pela violação ao dever de cuidado.

---

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena”.

<sup>21</sup> ECA, art. 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”.

#### 4.3.1. Condição de miserabilidade dos pais. Manutenção do exercício do poder familiar.

Como visto, o art. 22, *caput*, do ECA, dispõe expressamente que aos pais incumbe o dever de sustento dos filhos. A miserabilidade dos pais (falta ou carência de recursos materiais), contudo, não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar (art. 23, *caput*, do ECA), pois “a prioridade de ser educado no âmbito da família de origem não pode ser afastada pela condição de pobreza dos pais”.<sup>22</sup>

O referido dispositivo legal busca romper com o paradigma do Código de Menores (Lei 6.697/1979), que previa, como causa para a perda do poder familiar, a impossibilidade de os pais proverem a subsistência, saúde e instrução dos filhos, ainda que eventualmente.<sup>23</sup>

Sobre o tema, Cury, Garrido e Marçura esclarecem que “a regra visa a proteger os pais pobres, porém diligentes no cuidado dos filhos. Tem por fito amparar aqueles que lutam com dificuldades, muitas vezes extremas, mas que não desistem dos filhos. Tutela o interesse dos pobres em preservar a prole, quando esse interesse é manifestado pelo inconformismo de quem não se acomoda, de quem não se omite nas tentativas de propiciar uma vida mais digna aos filhos, de quem aceita as orientações e oportunidades que necessariamente lhe devem ser ofertadas pelos órgãos de assistência social”<sup>24</sup>.

Logo, ainda que se configure a situação de miserabilidade dos pais, a prevalência da família natural<sup>25</sup> impõe que a criança ou o adolescente seja mantido em sua família de origem, sendo de rigor a inclusão desta em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção (art. 23, § 1º, do ECA). Nota-se que o art. 19, § 3º, do ECA, igualmente determina a inclusão dos pais em serviços e programas de proteção, apoio e promoção (art. 129, *caput*, I

---

<sup>22</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 732.

<sup>23</sup> Código de Menores (Lei 6.697/1979), art. 45: “A autoridade judiciária poderá decretar a perda ou suspensão do pátrio poder e a destituição da tutela dos pais ou tutor que: I - derem causa a situação irregular do menor; [...]”. Código de Menores (Lei 6.697/1979), 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: [...] b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las [...]”.

<sup>24</sup> CURY, Munir et al. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. pp. 36-37.

<sup>25</sup> Art. 19, *caput* e § 3º, do ECA, e art. 1º, §§ 1º e 2º, da Lei 12.010/2009 (Lei de Convivência Familiar).

a IV, do ECA)<sup>26</sup>, sempre buscando a manutenção ou reintegração da criança ou adolescente em sua família natural.

Para que se efetivem os serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção, que tem por objetivo a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (inciso I), bem como o amparo às crianças e adolescentes carentes (inciso II), dentre outros, o art. 203 da Constituição Federal prevê que a assistência social deve ser prestada a quem dela necessitar, não sendo requisito existência de a prévia contribuição à seguridade social.

Nota-se, portanto, que a situação econômica deficitária dos pais não é elemento apto a justificar a suspensão ou perda do poder familiar. Tal circunstância, por si só, não viola o dever de cuidado que compete aos pais, tampouco demonstra nítido descaso com as condições mínimas necessárias ao desenvolvimento adequado da criança ou adolescente.

A miserabilidade representa uma circunstância externa ao sujeito, que não pode por ela ser “punido”, tampouco podem os filhos sofrer quaisquer restrições ao direito à convivência familiar, devido a um fator que não deriva da culpa dos pais.

A bem da verdade, em sendo o Brasil um país com tamanha desigualdade social, permitir a perda ou suspensão do poder familiar apenas pela condição de miserabilidade dos pais, violaria o princípio da igualdade, disposto no art. 5º, I, da Constituição e consubstanciaria nítida discriminação decorrente da situação econômica.

Nesse contexto, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que:

(...) inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas.

Em outras palavras: um fator neutro em relação às situações, coisas ou pessoas diferenciadas é inidôneo para distingui-las. [...].

Em suma: é simplesmente ilógico, irracional, buscar em um elemento estranho a uma dada situação, alheio a ela, o fator de sua peculiarização. Se os fatores externos à sua fisionomia são diversos (quais os vários instantes temporais) então, percebe-se, a todas as luzes, que eles é que se distinguem e não as situações propriamente ditas. Ora, o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as

---

<sup>26</sup> ECA, art. 129: “São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: I – encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; II – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III – encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV – encaminhamento a cursos ou programas de orientação [...]”.

situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais.<sup>27</sup>

#### **4.3.2. Hipótese de perda do poder familiar em decorrência de decisão penal condenatória dos pais.**

A destituição do poder familiar não se justifica devido a existência de condenação criminal do pai ou da mãe. Como estabelece o art. 23, § 2º, do ECA, para que se reconheça a incapacidade para o exercício do poder familiar se faz necessária a condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha.

Ocorre que, em sendo a incapacidade para o exercício do poder familiar um efeito secundário extrapenal específico (art. 92, II, do CP), é de rigor que na *decisão penal condenatória* haja expressa declaração motivada da destituição, vez que não se trata de efeito automático (art. 92, parágrafo único, do CP). Na hipótese de a decisão penal condenatória não se pronunciar sobre tal efeito, a destituição do poder familiar dependerá de ação autônoma (arts. 155 a 163 do ECA).

Nas demais hipóteses de condenação criminal dos pais, a fim de assegurar a conservação do poder familiar e da primazia da família natural<sup>28</sup> (art. 19, *caput* e § 3º, do ECA), o art. 19, § 4º, do ECA, garante a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas que devem ser promovidas pelo responsável (guardião ou tutor) ou, quando há o acolhimento institucional, pela entidade responsável, que independe de autorização judicial.

Tal garantia de convivência com os pais, ainda que estes estejam privados de sua liberdade, encontra fundamento na Convenção sobre os Direitos da Criança (Dec. 99.710/1990), que em seu art. 9º, n. 3, estabelece que:

os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

---

<sup>27</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 29-30/35.

<sup>28</sup> Art. 19, *caput* e § 3º, do ECA, e art. 1º, §§ 1º e 2º, da Lei 12.010/2009 (Lei de Convivência Familiar).

Para tornar efetivo o disposto na referida Convenção, o art. 92 do ECA dispõe que as entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar, como princípio, a preservação dos vínculos familiares e a promoção da reintegração familiar (inciso I). E mais, o parágrafo 4º do referido dispositivo legal, acrescenta que tais entidades que desenvolvem programas de acolhimento familiar ou institucional, se necessário com o auxílio do Conselho Tutelar e dos órgãos de assistência social, estimularão o contato da criança ou adolescente com seus pais e parentes, com exceção da existência de determinação em sentido contrário, devendo sempre ser observado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

#### **5. Aspectos procedimentais para a decretação da perda ou suspensão do poder familiar.**

O art. 129 do ECA dispõe sobre as medidas que podem ser aplicadas ao pais e responsáveis, visando sempre à proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente. Em seu inciso X, o referido dispositivo, prevê, como uma das medidas, a perda e a suspensão do poder familiar, que podem ser aplicadas aos pais, por decisão judicial, observando-se o procedimento especial estabelecido nos arts. 155 a 163 do ECA.

Tais medidas, suspensão ou perda do poder familiar, apenas podem ser decretadas por decisão judicial, que exige a observância do contraditório, como estabelece o art. 24 do ECA. Logo, não podem ser decretadas *incidenter tantum* no procedimento de adoção, sendo imperativo a existência de pedido expresso e exposição do fato (art. 156, III, do ECA), que possibilitem o exercício do contraditório e da ampla defesa pelos pais.<sup>29</sup>

Não há, contudo, qualquer vedação a possibilidade de cumulação de pedidos, sendo ainda o acolhimento do pedido de perda do poder familiar pressuposto lógico do acolhimento do pedido de adoção (art. 169, *caput*, do ECA) – quando se tratar de pais conhecidos, que não tenham manifestado consentimento (art. 45, *caput* e § 1º, do ECA).

---

<sup>29</sup> CURY, Munir et al. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 37.

Logo, nas hipóteses em que a perda ou a suspensão do poder familiar for pressuposto lógico da medida de colocação em família substituta, os pedidos podem ser cumulativos, devendo sempre ser assegurado aos pais o direito ao contraditório e ampla defesa.

## **6. Aspectos gerais do procedimento especial para a perda e a suspensão do poder familiar.**

Primeiramente, cumpre observar que tanto o Código Civil, quanto o ECA contém normas que disciplinam o procedimento de perda e suspensão do poder familiar.

Nota-se que os arts. 155 a 163 do ECA estabelecem um **procedimento especial** para a perda e a suspensão do poder familiar, que *prevalece* sobre o procedimento (especial) das ações de família, contido nos arts. 693 a 699 do CPC de 2015.

De forma expressa, elucida ainda o art. 693, parágrafo único, do CPC de 2015, que a ação que versar sobre interesse de criança ou de adolescente deve observar o procedimento previsto em legislação específica (ECA), aplicando-se, no que couber, as disposições do procedimento das ações de família (arts. 693 a 699 do CPC/2015).

Cumpre observar ainda que a suspensão pode ser um pedido autônomo ou ser utilizada como tutela provisória de urgência, liminar ou incidentalmente, na ação de perda do poder familiar (art. 157, *caput*, do ECA).

No que se refere a *competência* para a ação de perda e suspensão do poder familiar, esta decorre da situação em que se encontra a criança ou adolescente, mais precisamente se este está ou não em situação de risco:

a) criança ou adolescente que **não** estão em situação de risco (art. 98 do ECA<sup>30</sup>) - competência da *Vara de Família* – procedimento especial estabelecido nos arts. 155 a 163 do ECA<sup>31</sup>;

---

<sup>30</sup> ECA, art. 98: “As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta”.

<sup>31</sup> CURY, Munir et al. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. In: CURY, GARRIDO; MARÇURA. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 141.

b) criança ou adolescente em *situação de risco* (art. 98 do ECA) - a competência da *Vara da Infância e da Juventude* (art. 148, parágrafo único, *b*, do ECA - competência condicionada a uma situação de risco)<sup>32</sup>.

A legitimidade ativa para o procedimento de perda ou suspensão do poder familiar é atribuída ao Ministério Público, (art. 201, III, do ECA<sup>33</sup>) ou a quem tenha legítimo interesse, nos termos do art. 155 do ECA.

Diante da legitimação *ad causam* ativa do Ministério Público, e sempre visando o melhor interesse da criança e do adolescente, bem como a proteção integral destes, outorgou-se ao Conselho Tutelar a atribuição para representar ao Ministério Público, para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar, após esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural, como disciplina o art. 136, inciso XI, do ECA.

Quanto aos demais legitimados, podem ser considerados *interessados* na propositura da ação de perda ou suspensão do poder familiar qualquer dos pais (contra o outro) e aquele que pretende a tutela ou a adoção da criança ou adolescente. Independentemente de quem seja, deve o interessado estar representado em juízo por advogado, como se observa dos art. 206 do ECA e art. 103 do CPC/2015.

O Superior Tribunal de Justiça, já se pronunciou neste sentido:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. CRIANÇA E ADOLESCENTE. ADOÇÃO. PEDIDO PREPARATÓRIO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR FORMULADO PELO PADRASTO EM FACE DO PAI BIOLÓGICO. LEGÍTIMO INTERESSE. FAMÍLIAS RECOMPOSTAS. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

- O procedimento para a perda do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de pessoa dotada de legítimo interesse, que se caracteriza por uma estreita relação entre o interesse pessoal do sujeito ativo e o bem-estar da criança.

- O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA (correspondente ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/02), em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na

<sup>32</sup> ECA, art. 148, parágrafo único: “Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de: (...) b) conhecer de ações de destituição do poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda (...)”.

<sup>33</sup> ECA, art. 201: “Compete ao Ministério Público: (...) III - promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como officiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude; (...)”.

convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à socioafetividade, que representa, conforme ensina Tânia da Silva Pereira, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico (*Direito da criança e do adolescente* - uma proposta interdisciplinar - 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 735).

- O alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a adotanda, atualmente composta também por filha comum do casal. Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados. (...) (REsp 1106637/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 01/07/2010).

A petição inicial da ação de perda ou suspensão do poder familiar exige requisitos específicos contidos no art. 156, do ECA, que acaso não observados enseja a emenda da inicial ou posterior indeferimento desta. Ainda na exordial deve o autor da ação oferecer o rol de testemunhas (IV, art. 156), que de acordo com o art. 357, § 6º, do CPC de 2015, aplicado subsidiariamente (art. 152, caput, do ECA), o número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10, sendo 3, no máximo, para a prova de cada fato.

Sempre em atenção aos princípios da integral proteção e do melhor interesse da criança e dos adolescentes, o magistrado poderá, em havendo motivo grave e desde que ouvido o Ministério Público - se não for este o autor - decretar a suspensão do poder familiar como tutela provisória de urgência, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, como dispõe o art. 157, *caput*, do ECA. Nesta hipótese, a criança ou adolescente será confiado a pessoa idônea, por meio de termo de responsabilidade do art. 32, do ECA.

Como medida cautelar que pode ser aplicada no procedimento de suspensão ou destituição do poder familiar, é facultado ao juiz, acaso se verifique situação de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, determinar o afastamento do agressor da moradia comum. Na decisão de aplicação da referida medida cautelar deverá constar, ainda, a fixação provisória dos alimentos de que necessitem a criança ou o adolescente dependente do agressor (art. 130, *caput* e parágrafo único, do ECA).

Após o recebimento da petição inicial, compete ao magistrado determinar, simultaneamente ao despacho de citação e independentemente de requerimento do interessado, a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional ou multidisciplinar, que tem como finalidade comprovar a presença de uma das causas de

suspensão ou destituição do poder familiar, ressalvada a necessidade de realização de estudos complementares ou de outras providências (art. 157, § 1º, do ECA).

O requerido, que poderá sofrer a perda ou suspensão do poder familiar, será citado pessoalmente, devendo, no prazo de 10 dias, oferecer sua defesa, indicar as provas que pretende produzir e apresentar o rol de testemunhas e documentos, como preceitua o art. 158, *caput*, do ECA.

Como ensina Paulo Henrique Aranda Fuller, no decorrer do procedimento de destituição ou suspensão do poder familiar, devem ser observadas as seguintes regras:

a) a contagem dos prazos deve observar a regra contida no art. 152, § 2º, do ECA.

Buscando a aceleração da tutela jurisdicional diferenciada dos direitos e interesses de crianças e adolescentes (absoluta prioridade - art. 227, *caput*, da CF), o art. 152, § 2º, do ECA, determina que os prazos estabelecidos para os seus procedimentos sejam contados em dias *corridos*, excluído o dia do começo e incluído o dia do vencimento.

A aludida regra especial **afasta** a aplicação subsidiária (art. 152, *caput*, do ECA) do art. 219 do CPC de 2015, que determina, na contagem de prazos processuais (em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz), o cômputo apenas dos dias úteis.

A forma de contagem (exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento) permanece a mesma estabelecida no art. 224, *caput*, do CPC de 2015.

Outra importante regra especial contida no art. 152, § 2º, do ECA, consiste na *vedação de prazo em dobro* para a Fazenda Pública e o Ministério Público, que **afasta** a aplicação subsidiária (art. 152, *caput*, do ECA) do disposto nos arts. 180, *caput*, e 183, *caput*, ambos do CPC de 2015.

Cabe salientar que o art. 152, § 2º, do ECA, não afastou o prazo em dobro para a *Defensoria Pública*, de sorte que tal prerrogativa deve continuar a ser aplicada, subsidiariamente, nos procedimentos disciplinados no ECA (art. 152, *caput*, do ECA, c.c. o art. 186, *caput*, do CPC de 2015, e art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950).

b) o juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, deve determinar a oitiva de testemunhas que comprovem a presença de uma das causas de suspensão ou destituição da responsabilidade parental, previstas nos arts. 1.637 e 1.638 do CC ou no art. 24 do ECA (art. 161, § 1º, do ECA).

c) o juiz pode requisitar de qualquer repartição ou órgão público a apresentação de documento que interesse à causa, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, sempre que houver necessidade (art. 160 do ECA).

d) obrigatoriedade da oitiva dos pais, sempre que eles forem identificados e estiverem em local conhecido, ressalvados os casos de não comparecimento perante a Justiça quando devidamente citados (art. 161, § 4º, do ECA).

Tratando-se de pai ou mãe privados de liberdade, o juiz deve requisitar sua apresentação para a oitiva (art. 161, § 5º, do ECA).

e) obrigatoriedade, desde que possível e razoável, da oitiva da criança ou adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, sempre que o pedido importar em modificação de guarda (art. 161, § 3º, do ECA).

Entendemos que a criança ou o adolescente deve ser ouvido sempre que possível, independentemente da modificação de guarda, tendo sua opinião devidamente considerada (art. 28, § 1º, do ECA), em face do seu direito de opinião e expressão (art. 16, II, do ECA), reconhecido inclusive no art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança (Dec. 99.710/1990):

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

f) desnecessidade de nomeação de curador especial em favor da criança ou adolescente, quando o procedimento de destituição da responsabilidade parental for iniciado pelo Ministério Público (art. 162, § 4º, do ECA), pois a sua atuação consiste precisamente em zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis (art. 201, III e VIII, do ECA).

Assim, não se cogita de colisão de interesses que justifique a nomeação de curador especial (art. 142, parágrafo único, do ECA). Em reforço, o princípio da intervenção mínima determina que a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja *indispensável* à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente (art. 100, parágrafo único, VII, do ECA).

Nesse diapasão:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CURADOR ESPECIAL. DESNECESSIDADE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. Nos moldes do entendimento consolidado pela eg. Segunda Seção desta Corte no julgamento do REsp 1.296.155/RJ, 'a atuação da Defensoria Pública como curadora especial no que se refere ao Estatuto da Criança e do Adolescente deve se dar somente quando chamada ao feito pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude em processos em que a criança ou adolescente seja parte na relação processual, e desde que vislumbrada tal necessidade, sob pena de violação princípio da intervenção mínima previsto no art. 100, inc. VII, do ECA'.

2. Embargos de divergência providos (STJ, 2ª Seção, EAREsp 298.526/RJ, rel. Min. RAUL ARAÚJO, j. 24.05.2017, *DJe* 23.06.2017).

g) o procedimento deve alcançar a sua conclusão no prazo máximo de 120 dias, cabendo ao juiz, no caso de notória inviabilidade de manutenção da responsabilidade parental, dirigir esforços para preparar a criança ou o adolescente com vistas à colocação em família substituta (art. 163, *caput*, do ECA).

h) a sentença que decretar a perda ou a suspensão da responsabilidade parental deve ser averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente (art. 163, parágrafo único, do ECA, e art. 102, n. 6, da Lei n. 6.015/1973 - Lei de Registros Públicos).

A averbação seria dispensada quando a perda da responsabilidade parental houver sido cumulada com pedido de adoção, pois nesse caso o art. 47, § 2º, do ECA,

determina o cancelamento do registro original da criança ou adolescente adotado”<sup>34</sup>.

Com a prolação da sentença e respectiva intimação da decisão, às partes é facultada a interposição de recurso, que, necessariamente, observará o sistema processual civil, com as adaptações contidas no art. 198 do ECA. Ante a relevância das questões os recursos serão processados com *prioridade absoluta* (art.199-C, do ECA).

Salienta-se, ainda, que acaso seja interposta apelação da sentença que determinar a destituição de ambos ou qualquer dos genitores do poder familiar, tal recurso deverá ser recebido somente no efeito devolutivo, conforme o art. 199-B do ECA, havendo, pois, a *eficácia imediata* da decisão impugnada.

Por fim, como preceitua o art. 163, *caput*, do ECA, o prazo máximo para conclusão do procedimento de destituição e suspensão do poder deve ser de 120 (cento e vinte) dias, observando-se sempre os princípios norteadores dos direitos das crianças e adolescentes.

---

<sup>34</sup> FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp.423-425.

## CAPÍTULO II – DEVER DE CUIDADO.

### 1. Fundamento normativo.

No momento em que se comemora os 30 anos da Constituição Federal de 1988, os 29 anos da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e os 28 anos da entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente há que se analisar os novos contornos decorrentes das mudanças que asseguraram direitos e impuseram deveres, ambos essenciais ao saudável desenvolvimento da criança.

Ocorre, contudo, que não há como se cogitar o saudável desenvolvimento da criança sem a observância de atos decorrentes do dever de cuidado atribuído primordialmente à família. Tampouco, pode-se assegurar o Princípio da Dignidade Humana, fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, III, da Constituição, sem a observância do dever de cuidado. Nesse sentido, leciona Roberta Tupinambá:

É exatamente o cuidado que está inscrito nas entrelinhas da dignidade da pessoa humana e de todos os princípios fundamentais que os ordenamentos jurídicos tentam assegurar aos seus subordinados.<sup>35</sup>

O cuidado como valor jurídico encontra-se previsto de forma explícita e implícita no ordenamento jurídico pátrio e está, ainda, amparado em bases constitucionais.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, em inúmeras passagens dispõe sobre o cuidado como valor jurídico, que deve ser assegurado a todas as crianças. O artigo 3º, item 2, da Convenção determina expressamente a proteção e cuidado que devem ser dispendidos às crianças: “Art. 3. 2. Os Estados Partes se comprometem a **assegurar à criança a proteção e o cuidado** que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas”. Igualmente, o artigo 7º. Item 1, garante à criança o direito de “(...) na medida do possível, a **conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.**” Já o artigo 9º, aponta a “falta de cuidado” como sendo uma

---

<sup>35</sup> TUPINANBÁ, Roberta. *O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares*. In *Cuidado como Valor Jurídico*. (Coord. Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira), Rio de Janeiro: Forense, 2008, pg. 358.

das hipóteses que autorizaria a separação entre pais e filhos, sempre visando garantir o melhor interesse da criança, nos seguintes termos: “*Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais (...)”.*

Uma vez assegurado o direito de cuidado à criança, em Convenção Internacional ratificada pelo Brasil, está-se diante de um direito fundamental, já que o artigo 5º, §2º, da Constituição, destaca que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Evidente, pois, o valor jurídico atribuído ao cuidado no ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante, é possível verificar a incorporação do cuidado como valor jurídico, em distintos dispositivos do texto constitucional, além de estar presente nas entrelinhas dos demais direitos e garantias fundamentais.

Na realidade, ao dispor sobre os direitos da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, no Capítulo VII, da Constituição, o próprio legislador assegurou ao cuidado o status de princípio jurídico.

No que se refere à criança e adolescente, apenas à título exemplificativo, veja-se que o artigo 227, *caput*, da CF, determina que estes devem ser colocados a salvo de toda forma de negligência, que nada mais é do que a falta de cuidado:

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Ainda mais elucidativo é o artigo 229, *caput*, do texto constitucional, que expressamente atribui aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Mais uma vez, tratam-se de atos decorrentes do dever de cuidado. Veja-se:

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.

A abordagem do cuidado como dever jurídico, também encontra amparo no Estatuto da Criança e do Adolescente, que em inúmeras passagens deixa evidente a abordagem do referido princípio pelo legislador.

Logo de início, o artigo 1º, do ECA, declara que tal norma dispõe sobre a proteção integral à criança e adolescente, princípio este que está diretamente relacionado ao dever de cuidado, o que será oportunamente analisado no presente trabalho.

Já o artigo 18-A do referido diploma legal é explícito ao assegurar à criança e adolescente o **direito de ser cuidado**:

Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e **cuidados** sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

Veja-se, ainda, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, no parágrafo único do artigo 22, atribui aos pais ou responsáveis, os deveres e responsabilidades no cuidado da criança:

Art. 22. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

Evidente, pois, a importância que o Estatuto da Criança e do Adolescente teve na concretização do cuidado como princípio jurídico, que pode e deve ser exigido, tal como um dever.

Leciona Roberta Tupinambá:

De fato, as disposições legais do Estatuto da Criança e do Adolescente, concretizaram o já abordado princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como a garantia constitucional de prioridade das crianças e adolescentes em receber socorro necessário pelos pais, pela sociedade ou pelo Poder Judiciário, emergindo, nessa esfera, o cuidado como verdadeiro princípio jurídico inspirador do conteúdo legal.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> TUPINANBÁ, Roberta. *O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares*. In *Cuidado como Valor Jurídico*. (Coord. Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira), Rio de Janeiro: Forense, 2008, pg. 376.

Nesse contexto e diante das inúmeras oportunidades em que o dever de cuidado e direito a ser cuidado encontra-se previsto no ordenamento pátrio, seja implícita ou explicitamente, indubitável seu o status de princípio jurídico.

## 2. Definição.

Definido que, o cuidado trata-se de verdadeiro dever jurídico, alçado ao status de princípio, passemos agora a delinear uma possível definição de “cuidado”.

Breve análise histórica do cuidado, nos permite perceber que a função própria de cuidar sempre foi desenvolvida por mulheres, fossem elas, mães, avós, irmãs ou criadas, responsáveis por realizar tarefas diárias ou, ainda, a quem competia a “criação e educação” das crianças. Assim, ensina Tania da Silva Pereira:

As raízes históricas do ‘cuidado’ remetem-no às atividades exercidas pelas mulheres. Cabia aos homens repelir o que era perigoso e às mulheres manter a continuidade da vida. Em todas as sociedades do mundo foi-lhes atribuída a manutenção da vida e sua continuidade. Sempre lhes coube criar recém-nascidos, promover o crescimento e desenvolvimento das crianças, encarregar-se dos doentes, dos idosos, dos moribundos (...).<sup>37</sup>

A questão, contudo, é em que consiste o cuidado? Alimentar? Educar? Suprir necessidades básicas? Amar? Atender às necessidades daquele que é cuidado? Não existe apenas uma resposta. O cuidado é objeto de estudo em diversas áreas do conhecimento, tais como a medicina, a filosofia, a psicologia e também o direito.

Para filósofo Leonardo Boff:

O cuidado representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo de ser cuidado revela a maneira como é o ser humano. Sem cuidado ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado do nascimento até a morte, o ser humano desnatura-se, define, perde sentido e morre. Se, ao longo da vida, não fizer com cuidado tudo o que empreender, acabará por prejudicar a si mesmo por destruir tudo que estiver à sua volta. Por isso, o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente – Uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pg.48

<sup>38</sup> BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela terra*. Petrópolis: Vozes, 2003.

A professora Heloisa Helena Barbosa, de modo mais específico, propõe um possível sentido ao cuidado nas relações entre pais e filhos:

Ações concretas, atitudes e valores devem evidenciar o cuidado com os filhos desde o que diz respeito ao seu conforto físico e psíquico, a higiene do corpo e do ambiente, o apoio emocional e espiritual, até a proteção no sentido de segurança. Aqui também estão presentes diferentes significados de cuidado, como aceitação, compaixão, envolvimento, preocupação, respeito, proteção, amor, paciência, presença, ajuda e compartilhamento.<sup>39</sup>

Nota-se que, seja diante de uma análise ampla do cuidado, como a apresentada por Leonardo Bolff, seja pelo sentido de cuidado especificamente na relação paterno-filial, trazido por Heloísa Helena Barboza, o fato é que em ambas, torna-se evidente que o cuidado é elemento essencial à vida e assim, sua efetivação e preservação está intimamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, observa Roberta Tupinambá:

Esse o sentido e a dimensão da abordagem do cuidado como valor princípio jurídico, sendo a essência do cuidado a preocupação voltada à efetivação do instituto Jurídico denominado princípio da dignidade da pessoa humana, sobretudo porque em todos os casos concretos de dissídios as partes adversas perseguem a meta de pôr à prova a integridade da própria pessoa.<sup>40</sup>

O cuidado como dever jurídico necessita ser analisado em sua dimensão objetiva, com base em elementos e ações concretas, que podem ser exigidos e assegurados pelo Direito. Não compete ao Direito, pois, a análise da subjetividade do amor.

A distinção entre amor e cuidado foi precisamente analisada pela Ministra Nancy Andrighi, em seu voto, no emblemático julgamento do Resp. 1.159.242/SP:

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento

<sup>39</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Paternidade Responsável: o cuidado como dever jurídico*. In: PEREIRA, Tania da Silva (Coord). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, pg. 93.

<sup>40</sup> TUPINANBÁ, Roberta. *O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares*. In *Cuidado como Valor Jurídico*. (Coord. Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira), Rio de Janeiro: Forense, 2008, pg. 364.

dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.<sup>41</sup>

Por fim, Roberta Tupinambá exalta a importância do estudo e atenção ao princípio jurídico do cuidado;

Em suma, é inequívoca a assertiva de que o cuidado, hoje, merece toda a atenção, destacando-se por sua potencialidade no sentido de representar o ápice do atual sistema jurídico de proteção das relações humanas e, em especial, das relações familiares, sendo evidente e ostensivo, o grau de influência que o princípio jurídico do cuidado operou no campo das modificações trazidas com a vigência da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto do Idoso e do Código Civil de 200, e por meio da ratificação da Convenção Internacional sobre o Direito da Criança, por meio do Decreto nº 99.710/1990.<sup>42</sup>

### 3. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O Princípio da Dignidade Humana encontra previsão expressa no art. 1º, III, da Constituição, sendo intitulado como um dos fundamentos da República. A magnitude da dignidade humana é tamanha que tal princípio tornou-se fundamento primeiro da ordem constitucional e constitui um dos esteios de sustentação dos ordenamentos jurídicos da modernidade.

Na atualidade não há como se pensar em Estado Democrático de Direito e em promoção dos direitos humanos e da justiça social sem a consagração da dignidade humana como valor nuclear da ordem constitucional.

Não obstante a relevância do princípio da dignidade humana e embora afirmado no primeiro artigo da constituição, não há no ordenamento brasileiro qualquer dispositivo que discorra expressamente sobre significado de dignidade.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, uma vez que a dignidade está incluída na Constituição é possível determinar seu significado na própria lei:

E na letra da lei, a dignidade é apresentada sem definição para ela mesma, ou seja, o art. 1º, III, da Constituição Federal não diz o que a dignidade é, mas unicamente

<sup>41</sup> STJ. Resp. 1.159.242 – SP. 3ª Turma. Min. Rel. Nancy Andrighi. Data de Publicação:10.05.2012.

<sup>42</sup> TUPINANBÁ, Roberta. *O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares*. In *Cuidado como Valor Jurídico*. (Cood. Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira), Rio de Janeiro: Forense, 2008, pg. 379.

traz a indicação de que ela é um dos princípios constitucionais, isto é, uma das finalidades a ser sempre buscada ou preservada pelo Estado brasileiro.<sup>43</sup>

A despeito da extensão da dignidade humana na pós-modernidade, a expressão “dignidade da pessoa humana” surgiu no começo do século XIX, como uma criação da tradição Kantiana.

Em 1785, o filósofo Immanuel Kant, na obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, de forma inovadora, sustentou que o homem jamais poderia ser utilizado como um instrumento ou meio para obtenção de qualquer fim. Não poderia, assim, o ser humano ser manuseado como instrumento de ação ou de vontade de quem quer que seja, o que implicaria em afronta ao próprio Homem. Deveria, portanto, o Homem ser o fim de todas as coisas e jamais o meio para se atingir um respectivo fim.

Confira-se trecho da obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”:

Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo, como nas que são a outros seres racionais, deve ser ele simultaneamente considerado como fim.

[...]

Os seres cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso denominam-se coisas, ao passo que os seres racionais denominam-se pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmo, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito.

[...]

O imperativo prático será, o seguinte: *age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.*<sup>44</sup>

Kant expõe, ainda, que a dignidade que faz o Homem ser superior as coisas e impede que este seja coisificado e avaliado. Kant é explícito: as coisas têm valor, o Homem tem dignidade. E, justamente, por conter essa dignidade que é o Homem um ser superior na ordem da natureza das coisas. Veja-se:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha

<sup>43</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pg. 114.

<sup>44</sup> KANT. Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*, São Paulo: Martin Claret, 2008, pg.58.

acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.<sup>45</sup>

E mais. Foi Kant quem elucidou que a dignidade humana decorre e está diretamente associada à natureza humana e independe, assim, de qualquer variável externa. Nesse sentido, Kant dispõe que:

[...] o ser racional deve servir como fim segundo a sua natureza e, portanto, como fim em si mesmo; toda máxima deve então servir de condição restritiva de todos os fins meramente relativos e arbitrários.<sup>46</sup>

Tornou-se, assim, a dignidade humana um macroprincípio que irradia sobre todos os demais princípios e que deve ser fundamento de todos os demais direitos, sendo, portanto, o vértice do Estado de Direito.

Leciona Rodrigo da Cunha Pereira:

Se a dignidade é hoje um princípio constitucional, isso é resultado de uma conquista histórica. É o reconhecimento de que não importa quais sejam as circunstâncias ou qual o regime político, todo ser humano deve ter reconhecido pelo Estado seu valor como pessoa, e a garantia, na prática, de uma personalidade que não deve ser menosprezada ou desdenhada por nenhum poder.<sup>47</sup>

Ensina, ainda, Tânia da Silva Pereira:

O respeito à dignidade humana tornou-se um comando jurídico com o advento da Constituição federal de 1988, ao determiná-lo como “um dos fundamentos da República” (art. 1º, III, CF). Este princípio passou a indicar diretrizes para todo o ordenamento jurídico.<sup>48</sup>

No âmbito do Direito de Família, mais precisamente ao que se refere à proteção da criança e do adolescente, a dignidade foi, ainda, expressamente assegurada nos artigos 226, § 7º e 227, caput, da Constituição:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:

[...]

---

<sup>45</sup> KANT. Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*, São Paulo: Martin Claret, 2008, pg.65.

<sup>46</sup> KANT. Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*, São Paulo: Martin Claret, 2008, pg.66.

<sup>47</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pg. 116.

<sup>48</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente – Uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pg.149.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

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.

Como se vê, o texto constitucional conferiu à família o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem a dignidade humana. Para Paulo Lobo:

A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros.<sup>49</sup>

O dever de cuidado, objeto de análise do presente trabalho, deve ser analisado como consectário do princípio da dignidade humana. E mais, torna-se o cuidado um efetivo instrumento para garantia da dignidade humana, devendo, assim, ser assegurado e garantido a todos, em especial a criança e ao adolescente que se encontram em pleno desenvolvimento físico e psíquico.

#### **4. Princípio da Afetividade.**

A afetividade, como elemento formador das relações familiares, nem sempre esteve presente na constituição das famílias. Na realidade, “as diversas concepções de históricas de família nem sempre adotaram a afetividade como elemento constituinte do elo entre seus integrantes, eis que a questão do afeto, envolve uma visão de pessoa e da sua subjetividade que nem sempre esteve presente”.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 56.

<sup>50</sup> CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, pg.193.

A religião, o critério biológico, econômico e o poder exercido pela figura do “pater famílias”, em Roma, e pelos “senhores” na Idade Média, foram vetores formadores das famílias ao longo da história.

A partir da Modernidade, contudo, especialmente ao final do século XVIII, foi possível uma nova percepção de pessoa, com ênfase no reconhecimento de sua subjetividade e sentimentos. Os ideais da Revolução Francesa, de “liberdade, igualdade e fraternidade” também se estenderam à família e a partir da liberdade nas escolhas da vida pessoal, criou-se um cenário propício ao reconhecimento do afeto.

No decorrer do século XIX, a subjetividade pessoal ganhou mais importância, espaço e respeito. Os núcleos familiares se reduziram e com isso deu-se a aproximação de seus membros, o que permitiu, ainda, que se estreitassem os laços afetivos entre eles.

Com o decréscimo de interferência da religião, do meio social e do interesse da família como instituição, foi possível transparecer o aspecto subjetivo nas relações interpessoais, de modo que gradativamente cada indivíduo passou a deliberar sobre suas relações e, conseqüentemente, a definir de acordo com seus interesses e vontades a formação da família que melhor lhe aprouvesse.

No século XX, os relacionamentos foram, cada vez mais, marcados pelos interesses subjetivos, pessoais e particulares. Após a Segunda Guerra, a subjetividade passou a ser traço característico da sociedade, inclusive, nas relações interpessoais. A família foi perdendo seu aspecto de instituição e passou a ser essencialmente espaço de amor e de afeto.

Para Paulo Lôbo, a ênfase na subjetividade e a promoção da nova família que se forma a partir do desejo individual, sem a interferência de terceiros no destino afetivo e matrimonial, permitiu recuperar àquela que foi a essência original da família.

A família recuperou a função que, por certo, esteve em suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos em comunhão de vida.<sup>51</sup>

Neste novo cenário, com crescente ênfase na liberdade e subjetividade, foi possível o desenvolver de novas estruturas familiares pautadas nos vínculos afetivos. Assim, leciona Ricardo Lucas Calderón que:

---

<sup>51</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 67.

A afetividade assumiu paulatinamente importância crescente nas questões familiares, eis que mesmo na família tradicional (biológica e matrimonial) acabou por ser considerada como digna de atenção e exercício afetivo. Em outros relacionamentos figurou como único elo a sustenta-los. É possível afirmar que os relacionamentos interpessoais, de modo geral, restaram a partir de então, de alguma forma, influenciados pela indelével marca da afetividade.<sup>52</sup>

Ao final do século XX, então, constatou-se uma nova forma de convivência familiar, na qual a afetividade passou a assumir destaque com o relevante e importante papel de vetor das suas relações. Neste momento, tornou-se possível sustentar a *função afetiva* das relações familiares.

A nova *função afetiva* despertava a necessidade da análise e estudo da questão sobre a ótica do direito, em especial, do direito de família, vez que tinha como escopo regulamentar as relações familiares. Ensina, ainda, Ricardo Lucas Calderón que:

O reconhecimento da realização individual da afetividade como função precípua da família contemporânea indicava sua centralidade na análise do tema, o que refletia não apenas nas questões de parentesco, mas também se espalhava por todo o direito de família. Deste modo, por mais que parecesse um assunto árduo ao direito, deveria ser enfrentado pelos juristas familiaristas.<sup>53</sup>

A afetividade como dever jurídico, embora aparentemente recente, já havia sido enfrentada por Emanuel Kant, que discorreu não poder ser o amor enquanto sentimento ordenado, mas poder ser o “bem-fazer” ordenado, independentemente do estado anímico do afeto. Paulo Lobo bem analisou os ensinamentos de Kant sobre a questão:

O problema delicado da responsabilidade nas relações de amor ou de afeto, do ponto de vista da ordem moral (e jurídica) já havia sido enfrentado por Kant, para ressaltar a relação de liberdade. Para ele, o amor enquanto inclinação não pode ser ordenado, mas o bem-fazer por dever, mesmo que a isso não sejamos levados por nenhuma inclinação e até tenhamos aversão, ‘é amor prático e não patológico, que reside na vontade e não na tendência da sensibilidade’ (Kant, 1986, p. 30), e pode ser ordenado<sup>54</sup>.

No direito brasileiro, a discussão sobre o tema teve início com o jurista João Batista Vilella que, em 1977, discorreu sobre as dimensões e real efetivação da paternidade, no texto a Desbiologização da Paternidade. João Batista Vilella demonstra que o exercício da

---

<sup>52</sup> CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, ) 2013, pg. 205.

<sup>53</sup> CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, pg. 208.

<sup>54</sup> LÔBO, Paulo. *Famílias Contemporâneas e as Dimensões da Responsabilidade*. In “Família e Responsabilidade – Teoria Prática do Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM/Magister, 2010, pg. 1 e 19.

paternidade vai muito além dos laços sanguíneos decorrentes da “coabitação sexual” e que as transformações da sociedade, cada dia mais, permitiam um esvaziamento biológico da paternidade:

Chegados à plenitude desse novo estágio, os filhos, mais do que nunca, serão experimentados não como o salário do sexo, mas como o complemento livremente buscado e assumido de um empenho de personalização, que lança suas raízes no mais poderoso dinamismo transformacional do homem, que é o dom de si mesmo.<sup>55</sup>

No âmbito legislativo, a Constituição Federal de 1988, foi o primeiro diploma legal nacional que não apenas abordou a questão, como, ainda, alçou a afetividade ao status de princípio constitucional implícito, que se irradia por todo o ordenamento jurídico.

Leciona Ricardo Carderón, no texto, “Afetividade e Cuidado Sob as Lentes de Direito”:

No espectro legislativo, a Constituição Federal de 1988 foi, sem dúvida, o marco inicial desse novo tema no Direito brasileiro, sendo possível constatar o reconhecimento implícito da afetividade nas suas disposições (arts. 226, pará. 4º e 227, caput, pará. 5º e 6º, da CF).<sup>56</sup>

Analisa, ainda, Silmara Domingues Araújo que:

Embora a Constituição não tenha feito expressa alusão ao afeto ou à afetividade, é perfeitamente possível extrair, a partir de uma leitura sistêmica de seus preceitos e dos valores que lhe são imanentes, sua consagração como princípio constitucional e elemento legitimador da família contemporânea. Para tanto, faz-se necessário conjugar e entrelaçar, afora o princípio que assegura, com prioridade, a convivência familiar a criança e adolescente, sem qualquer condicionante biológica (CF/1988, art. 227); também o tratamento isonômico dispensado à prole, independentemente de sua origem (CF/1988, art. 227, § 6º); a tutela da adoção, enquanto escolha afetiva, em paridade de direitos, deveres e garantias (CF/1988, art. 227, §§ 5º e 6º) e a proteção dispensada a família monoparental, integrada por qualquer dos pais e sua prole (CF/1988 art. 226, § 4º), emergindo da associação desses quatro fundamentos essenciais o princípio constitucional da afetividade<sup>57</sup>.

O princípio da afetividade tornou-se, ainda, meio para, no âmbito familiar, dar maior efetividade aos princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da solidariedade (art. 3º, I, CF).

---

<sup>55</sup> VILELLA, João Batista. Desbiologização da Paternidade. In: Revista da Faculdade de Direito., nº 21. UFMG, 1979.

<sup>56</sup> CALDERÓN, Ricardo. *Afetividade e Cuidado Sob as Lentes do Direito*. In Cuidado e Afetividade Projeto Brasil/Portugal 2016-2017 (Coord. Tânia da Silva Pereira, Guilherme de Oliveira e Antônio Carlos Mathias Coltro), São Paulo: Atlas, 2017, pg. 514.

<sup>57</sup> ARARILLA, Silmara Domingues Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: Os laços e nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Ed. Juruá:2014, pg.100.

O doutrinador alagoano Paulo Lôbo, no texto “*Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*” analisa que o princípio da afetividade especializa o macroprincípio da dignidade humana através de três fundamentos essenciais que consubstancia a afetividade no texto constitucional, sendo estes: i) a igualdade entre os filhos (art. 226, § 6º); ii) a adoção como escolha afetiva e a igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º) e; iii) a dignidade de família constitucionalmente protegida que se garante àquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §4º):

O princípio da afetividade, assentado neste tripé normativo, especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional.<sup>58</sup>

O texto constitucional de 1988, de modo inovador, passou a tutelar um o novo modelo familiar, que visa a tutela de cada um de seus integrantes e não apenas da família enquanto instituição. Os interesses afetivos e existenciais de seus membros ganharam destaque e, com isso, a concepção eudemonista da família foi se sobrepondo ao seu aspecto instrumental e matrimonializado. Tornou-se possível, então, a tutela de situações subjetivas afetiva e o reconhecimento do afeto como valor jurídico.

Para Ricardo Lucas Calderón:

Os valores acolhidos pelo texto constitucional permitiram perceber a afetividade implícita em suas disposições, uma vez que muitas delas visaram, em *ultima ratio*, tutelar situações subjetivas afetivas tidas como merecedoras de reconhecimento e proteção. A partir de 1988, é possível sustentar o reconhecimento jurídico da afetividade, implicitamente, no tecido constitucional brasileiro.<sup>59</sup>

Estabelecida a premissa de que a afetividade é princípio implícito constitucional, cumpre agora analisar os desdobramentos do afeto como valor jurídico.

A afetividade não é apenas vetor das relações familiares, como também elemento essencial para a constituição do indivíduo e seu psiquismo.

Ensina Tania da Silva Pereira:

---

<sup>58</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*. In. *A Família na Travessia do Milênio*. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo Pereira da Cunha. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2000, pg. 250.

<sup>59</sup> CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, pg. 240.

Todo ser humano, desde sua infância, tem uma reserva afetiva, o que faz relacionar-se com outras pessoas. Sobretudo a criança e o jovem precisam receber e dar afeto para se tornarem seres humanos integrais.<sup>60</sup>

Lecionam também Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Assim, o afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, constituída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas possa violar a natural confiança depositada por outra, consistente em ver assegurada a dignidade humana, assegurada constitucionalmente.<sup>61</sup>

O afeto tutelado pelo direito, contudo, vai além do sentimento de amor e não necessariamente está atrelado a este. Pode e deve existir de forma independente. O afeto está intimamente ligado ao dever de cuidado existente entre os integrantes da entidade familiar, em especial aos pais para com seus filhos, vez que a este compete o *munus* do poder familiar. O dever jurídico do afeto, não se confunde ao dever de amar. Compete, pois, ao direito exigir condutas e determinar comportamentos que permitam e assegurem o exercício da afetividade, a fim de garantir o integral desenvolvimento da criança e adolescente.

Paolo Lôbo com precisão analisa que:

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

[...]

Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível aos pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independente dos sentimentos que nutram entre si [...].<sup>62</sup>

Ainda, Paulo Lôbo esclarece que:

O afeto em si, não pode ser obrigado juridicamente, mas sim as condutas que o direito impõe tomando-o como referência. Uma pessoa não pode ser obrigada pelo direito a ter afeto real por outra, até mesmo entre pais e filhos. Mas, o direito pode instituir deveres jurídicos e impor comportamentos inspirados nas relações afetivas reais.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente – Uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pg.58.

<sup>61</sup> ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves. *Curso de Direito Civil – Famílias*. 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, pg. 129.

<sup>62</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 66.

<sup>63</sup> LÔBO, Paulo. *O acolhimento Institucional ou familiar temporário não representa o melhor interesse da criança mesmo nos casos de adoção irregular ou 'à brasileira', salvo quando há evidente risco à integridade física ou psíquica*. In: Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores – Direito Civil III. Coord. Arruda Alvim et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pg.863.

Na análise de Ricardo Lucas Calderón<sup>64</sup>, o princípio da afetividade possui, pois, duas dimensões, uma objetiva e outra subjetiva. A primeira (objetiva) decorre da existência de fatos que representam uma expressão da afetividade, que nós entendemos como sendo atos que decorrem dever de cuidado. Já a segunda (subjetiva) trata-se da afetividade como sentimento propriamente dito e encontra-se fora do alcance Direito, que não se presta a tutelar ou definir os sentimentos dos indivíduos. Com a *objetivação* do princípio da afetividade, resta claro que a leitura jurídica da afetividade não irá atingir os sentimentos das pessoas. A afetividade, como dever jurídico, será, então, apurada a partir da apreciação de atos e fatos concretos, tais como atos de cuidado, carinho, de subsistência, de educação, de suporte psíquico e emocional, de comunhão de vidas e entreajudas.

O que se verifica, pois, é que o princípio da afetividade está intimamente relacionado ao dever de cuidado. Não como se falar em reconhecimento jurídico da afetividade, sem que estejam presentes mínimos atos decorrentes do dever de cuidado. Afetividade e cuidado são elementos essenciais ao saudável desenvolvimento de todo o ser humano e não podem, nem devem, jamais, deixar de ser tutelados pelo Direito.

## **5. Princípio da Solidariedade.**

O novo dicionário Aurélio da língua portuguesa define solidariedade como “sentido moral que vincula o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades dum grupo social, dum país, ou da própria humanidade; relação de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, de maneira que cada elemento do grupo se sinta na obrigação moral de apoiar o(s) outro(s)”.<sup>65</sup>

A solidariedade, que por muito tempo foi apenas um dever moral e de compaixão, com a Constituição de 1988 ganhou força normativa e foi consagrada à categoria de princípio jurídico expressamente previsto no art. 3º, I, da Constituição, como sendo um dos objetivos

---

<sup>64</sup> CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, pg. 402.

<sup>65</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. O novo dicionário Aurélio da língua portuguesa, 3.ed., Curitiba: Positivo, 2004, pg 1870.

fundamentais da República. O assento constitucional do referido princípio encontra-se, ainda, no preâmbulo da constituição, que assegura uma sociedade fraterna.

O princípio da solidariedade também está previsto de forma implícita em outros dispositivos do ordenamento jurídico pátrio, tal como nos artigos 226, 227, 229 e 230 da Constituição, que impõe à família, à sociedade e ao Estado a proteção da entidade familiar e de seus membros, em especial da criança, adolescente e do idoso.

A solidariedade é um dos princípios norteadores das relações familiares, que decorre diretamente da ideia de assistência, corresponsabilidade, cooperação e dever de cuidado que devem existir entre os integrantes da família, tal como o dever de assistência material, moral e espiritual que os pais devem prestar aos filhos.

Paulo Lôbo esclarece que:

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um veículo de sentimento racionalmente guiado, limitando e autodeterminando que compete à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade. A solidariedade cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social.

O princípio da solidariedade, no plano das famílias apresenta duas dimensões: a primeira, no âmbito interno das relações familiares, em razão do respeito recíproco e dos deveres de cooperação entre seus membros; a segunda, nas relações do grupo familiar com a comunidade, com as demais pessoas e com o meio ambiente que vive.<sup>66</sup>

Rolf Madaleno destaca a relevância da solidariedade e afirma ser o *princípio oxigênio* das relações familiares:

A solidariedade é princípio oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-o mutuamente sempre que se fizer necessário.<sup>67</sup>

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a constitucionalidade do preâmbulo da Constituição, na ADI n. 2.649, destacou a relevância do princípio da solidariedade, como analisado por Rodrigo da Cunha Pereira:

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Preâmbulo constitucional, ressaltou que o princípio da solidariedade se afirma por meio dos valores contidos nas normas

---

<sup>66</sup> LÔBO, Paulo. *Princípio da solidariedade familiar*, in "Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família, Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2007, pg. 1 e 10.

<sup>67</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pg.89

constitucionais vigentes. Portanto, mais que um imperativo axiológico, traduz uma das essências da hermenêutica constitucional.<sup>68</sup>

Para Maria Berenice Dias:

Aproveita-se a lei da solidariedade no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do mesmo grupo familiar, safa-se o estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão.<sup>69</sup>

Na análise do dever de solidariedade em relação as crianças e adolescentes, Rolf Madaleno ao observar o entendimento de Maria Berenice Dias afirma, concluiu que:

Em se tratando de crianças e adolescentes, esse dever de solidariedade, que se traduzido como um dever de socorro espiritual e de assistência material é atribuído pelo artigo 227 da Constituição Federal, por primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado, e assim sucede por ser a família o núcleo primeiro de proteção, não devendo a sociedade se esquivar dessa obrigação, tampouco o Estado, mesmo porque vale lembrar ser a família a base da sociedade, merecendo a proteção do Estado. Seria impensável pudessem os cidadãos em formação ser relegados ao abandono e jogados à própria sorte, não permeasse como direito fundamental o *princípio da solidariedade*.<sup>70</sup>

A solidariedade está, pois, diretamente atrelada ao dever de cuidado dos pais para com seus filhos e, conseqüentemente, ao poder familiar.

Nesse sentido, ensina Paulo Lôbo:

O cuidado desponta com força nos estatutos tutelares de pessoas vulneráveis, como a criança e o idoso, que regulamentaram os comandos constitucionais sobre a matéria. O cuidado, sob o ponto de vista do direito, recebe força subjacente do princípio da solidariedade como expressão particularizada desta.<sup>71</sup>

## **6. Princípio do Melhor Interesse da Criança (e do Adolescente).**

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente pode ser encontrado desde a *Declaração de Genebra* (“Direitos da Criança”), de 1924, aprovada pela Liga das Nações e proclamada como a “Carta da Liga sobre a Criança”, cujo preâmbulo reconhece que

---

<sup>68</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pg. 231.

<sup>69</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, pg.48.

<sup>70</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pg.90.

<sup>71</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 58.

“a Humanidade deve à criança o **melhor** que tem a dar”, acrescentando o seu item III que “a criança deverá ser a **primeira** a receber socorro em tempos de dificuldades”.

Contudo, sua formulação expressa surgiu na Declaração dos Direitos da Criança de 1959, aprovada pelas Nações Unidas (Resolução 1.386/1959):

Princípio 2 - A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os *melhores interesses da criança*.

Posteriormente, sua consagração se operou no art. 3º, n. 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/1990), que assim o estabelece:

Art. 3.1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o *interesse maior da criança*.

Apesar de a tradução oficial da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/1990) empregar a expressão “interesse maior” (conceito quantitativo), a doutrina manifesta predileção por um conceito qualitativo, consubstanciado no *melhor interesse* e baseado na versão do texto original em inglês (*the best interests*)<sup>72</sup>.

O art. 100, parágrafo único, IV, do ECA, ao enunciar os princípios que regem a aplicação das medidas de proteção, assim define o interesse superior da criança e do adolescente: “a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto”.

Tânia da Silva Pereira<sup>73</sup> noticia que o princípio do melhor interesse da criança tem origem no instituto do *parens patriae*, empregado na Inglaterra como uma prerrogativa do Rei e da Coroa para a proteção de pessoas incapazes – responsabilidade posteriormente delegada ao Chanceler, a partir do século XIV.

---

<sup>72</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 46.

<sup>73</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 42-44. Da mesma autora: “O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática”, *A família na travessia do milênio - Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira), Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, OAB-MG, 2000, pp. 215-218.

O instituto do *parens patriae* representava assim a autoridade assumida pelo Estado para atuar como guardião de um sujeito com uma limitação jurídica (crianças, loucos e débeis).

As Cortes de Chancelaria inglesas, no início do século XVIII, passaram a distinguir as atribuições do *parens patriae* entre a proteção infantil e a proteção dos loucos – a criança era considerada uma “coisa pertencente ao seu pai” (*thing to be owned*), de forma que, independentemente das suas consequências, a custódia da criança era entregue ao pai (preferência que, posteriormente, passou a ser da mãe).

Em tal contexto, surgem as origens do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, no caso *Finlay v. Finlay*, decidido pelo Juiz Cardozo, no qual ficou assentado que, ao exercitar o *parens patriae*, a preocupação não deveria ser a controvérsia entre as partes adversas, nem mesmo a tentativa de composição da diferença entre elas, pois o bem-estar da criança deveria se sobrepôr aos direitos de cada um dos pais.

No Direito Costumeiro Inglês, os casos *Rex v. Delaval* e *Blissets*, decididos pelo Juiz Lord Mansfield, em 1763, envolvendo medidas semelhantes ao nosso procedimento de busca e apreensão de pessoa, são identificados como os precedentes que consideraram o melhor interesse da criança e do adolescente – porém, somente em 1836 tal princípio se tornou efetivo na Inglaterra.

Nos Estados Unidos, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente foi inserido em 1813, no julgamento do caso *Commonwealth v. Addicks*, da Corte da Pensilvânia, em que se disputava a guarda de uma criança em ação de divórcio com imputação de culpa, em face de a mulher ter cometido adultério. A Corte considerou que a conduta da mulher em relação ao marido não estabelecia ligação com os cuidados que ela dispensava ao filho.

A partir de então surgiu a *Tender Years Doctrine*, que estabelecia uma “presunção de preferência materna” (em face da pouca idade, a criança precisaria dos cuidados da mãe, de seu carinho e atenção, sendo ela a pessoa ideal para tanto), que somente não seria observada quando comprovado o despreparo da mãe.

Já no século XX, a maioria dos Estados modificou tal orientação, assumindo a teoria denominada *tie breaker*, que determina sejam todos os fatores igualmente considerados, devendo prevalecer uma aplicação *neutra* do melhor interesse da criança e do

adolescente – deve ainda ser destacada a importância da 14ª Emenda Constitucional americana, que estabeleceu a igualdade entre o homem e a mulher, não mais se sustentando o tratamento privilegiado da mãe em detrimento do pai.

Foi, contudo, a Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/1990) que promoveu uma significativa *ampliação do alcance* do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, na esfera da normativa internacional: na Declaração dos Direitos da Criança de 1959, a sua incidência era direcionada ao âmbito legislativo<sup>74</sup>, enquanto que, na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, estende-se a todas as “instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos”<sup>75</sup>.

Trata-se de uma ampliação da dimensão pessoal (subjéctiva) *passiva* do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que passa a obrigar todas as autoridades, instituições privadas e inclusive os pais<sup>76</sup>.

Em igual sentido, o artigo 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, havia estabelecido ser dever da *família*, da *sociedade* e do *Estado* (dever de cooperação<sup>77</sup> ou de solidariedade) 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.

O artigo 4º, *caput*, do ECA, incorpora a mesma orientação, estabelecendo ser dever da *família*, da *comunidade*, da *sociedade em geral* e do *poder público* assegurar, com absoluta

---

<sup>74</sup> Declaração dos Direitos da Criança de 1959, aprovada pelas Nações Unidas (Resolução 1.386/1959): “Princípio 2 - A criança gozará protecção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. *Na instituição das leis* visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança”.

<sup>75</sup> Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/1990): “Art. 3.1. Todas as acções relativas às crianças, levadas a efeito *por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos*, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

<sup>76</sup> BRUÑOL, Miguel Cillero. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”, *Infancia, Ley y democracia en América Latina* (coord. Emilio García Méndez, Mary Beloff), 3. ed., Bogotá: Temis, 2004, p. 91.

<sup>77</sup> ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 87.

prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

A respeito do princípio do melhor interesse da criança, Gustavo Ferraz de Campos Monaco observa que:

Do ponto de vista subjetivo, por sua vez, o princípio configura-se como uma prescrição dirigida ao Estado-legislador, que dele deve se valer em sua atividade legislativa, zelando para que a lei preveja, sempre, a melhor consequência para a criança, diante de duas ou três possibilidades que se apresentem. Também como uma prescrição que se dirige ao Estado-juiz, que em sua atividade de interpretação e aplicação das normas jurídicas deve dar-lhe uma aplicação consentânea com as necessidades reais das crianças. Por fim, é também uma prescrição dirigida ao Estado-administrador, que em sua atividade de concepção, implementação e execução de políticas públicas deve tender à efetiva aplicação do princípio, optando, entre duas possibilidades, por aquela que se mostrar mais consentânea com o princípio.<sup>78</sup>

O princípio do melhor interesse da criança pode ser encontrado em diversas outras normas da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/1990), irradiando efeitos sobre variados aspectos da proteção integral das crianças (e adolescentes):

a) *afastamento do convívio familiar com os pais* (família natural): o art. 9º, n. 1, estabelece que “Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao *interesse maior da criança*. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança”.

b) *proibição de visitas dos pais*: o art. 9º, n. 3, estabelece que “Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao *interesse maior da criança*”.

---

<sup>78</sup> MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos internacionais*, *Stvdia Ivridica* 80 - Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 143-144.

c) *dever de educação dos filhos*: o art. 18, n. 1, estabelece que “Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao *interesse maior da criança*”.

d) *proteção e assistência especiais do Estado em caso de criança privada da convivência familiar*: o art. 20, n. 1, estabelece que “As crianças privadas temporária ou permanentemente do seu meio familiar, ou cujo *interesse maior* exija que não permaneçam nesse meio, terão direito à proteção e assistência especiais do Estado”.

e) *colocação em família substituta sob a forma de adoção*: o art. 21 estabelece que “Os Estados Partes que reconhecem ou permitem o sistema de adoção atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o *interesse maior da criança*”.

f) *possibilidade de convivência da criança privada de liberdade com adultos*: o art. 37, alínea c, estabelece que os Estados Partes zelarão para que “toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos *melhores interesses da criança*, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais”.

g) *consideração da idade ou situação da criança (e a de seus pais ou representantes legais) a que se atribua a prática de ato infracional*: o art. 40, n. 2, alínea b, estabelece que os Estados Partes assegurarão, em particular, “que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido essas leis goze, pelo menos, das seguintes garantias: (...) III) ter a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa conforme a lei, com assistência jurídica ou outra assistência e, a não ser que seja considerado contrário aos *melhores interesses da criança*, levando em consideração especialmente sua idade ou situação e a de seus pais ou representantes legais”.

O princípio do melhor interesse está, pois, diretamente relacionado ao dever jurídico de cuidado. Primeiro porque, sem cuidado não há como se garantir o melhor interesse. Segundo porque, a partir do momento que a criança é colocada em situação de “descuido”, o princípio do melhor interesse deve ser utilizado como instrumento norteador da satisfação integral de seus direitos no caso concreto, podendo, inclusive, justificar a aplicação de penalidades decorrentes do descumprimento do dever jurídico de cuidado dos pais para com seus filhos.

## CAPÍTULO III – PERDA DO PODER FAMILIAR PELO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDADO: DA SANÇÃO À PROTEÇÃO.

### 1. O dever de cuidado e o direito à convivência familiar.

Como anteriormente analisado, o dever jurídico de cuidado implica diversas atribuições que visam garantir a fruição dos direitos assegurados à criança e ao adolescente, bem como propiciar as condições necessárias para o seu saudável desenvolvimento físico e psíquico.

O princípio jurídico do cuidado abrange, pois, o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, previsto expressamente no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, e disciplinado nos arts. 19 a 52-D do ECA.

Ao objeto do presente estudo interessa primordialmente o direito à convivência *familiar* (em família natural ou substituta), não se ignorando, contudo, a existência do direito à convivência comunitária.

O art. 19, *caput*, do ECA, consagra a **regra da primazia da família natural** (formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes<sup>79</sup>), ao estabelecer que “*é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral*”.

A prevalência da família natural decorre, ainda, da Convenção sobre os Direitos da Criança (Dec. 99.710/1990), que em seu art. 9º, n. 1, dispõe:

Os Estados Partes deverão zelar para que a criança *não seja separada dos pais* contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança (grifo nosso).

---

<sup>79</sup> ECA, art. 25, *caput*.

Martha de Toledo Machado esclarece que o art. 19, *caput*, definiu “o direito de convivência familiar, essencial e prioritariamente, como o direito de ser criado e educado por seus pais biológicos, ou pelo menos um deles. Todas as demais situações familiares – inclusive a colocação da criança ou adolescente sob guarda de familiares próximos, como irmãos e avós – configura colocação em *família substituta*, caracterizando-se, pois, medida excepcional”.<sup>80</sup>

A primazia da família natural (pais) foi reiterada no art. 19, § 3º, que estabelece a preferência pela manutenção ou reintegração da criança ou adolescente à sua família, em relação a qualquer outra providência (colocação em família substituta e acolhimentos).

A essência do direito fundamental à convivência familiar, conjugada com a manutenção da família natural, se possível, é garantir que a criança ou adolescente se desenvolvam na companhia de suas pais, dada a importância que a formação de vínculo paterno e materno-filial possui na constituição da personalidade do indivíduo.

Heloisa Szymanski analisa a importância e os efeitos da convivência familiar:

As trocas afetivas na família imprimem marcas que as pessoas carregam a vida toda, definindo direções no modo de ser com os outros afetivamente, e no modo de agir com as pessoas. Esse ser com os outros, aprendidos com pessoas significativas, prolonga-se por muitos anos e frequentemente projeta-se nas famílias que se formam posteriormente.<sup>81</sup>

Trata-se, pois, o direito à convivência familiar de verdadeiro direito da personalidade do filho, consubstanciado em manter rotineira convivência com seus pais, independentemente da relação existente entre os genitores. Já para os pais, além de ser um direito, é essencialmente um dever decorrente do poder familiar que deve, primordialmente, atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse sentido, leciona Maria Berenice Dias:

O direito de convivência não é assegurado somente ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. É direito da criança manter contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, havendo o dever do pai de concretizar esse direito. É totalmente irrelevante a causa da ruptura da sociedade conjugal para a fixação das visitas. O

---

<sup>80</sup> MACHADO, Martha de Toledo. Direito da infância e juventude. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrado (Coord.). *Manual de direitos difusos*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 186-187.

<sup>81</sup> SZYMANSKI, Heloisa. *Viver em Família como Experiência de Cuidado Mútuo: Desafio de um mundo em mudanças*. In: Revista Serviço Social e Sociedade, nº. 71, pg.10.

interesse a ser resguardado, prioritariamente, é do filho, e objetiva atenuar a perda da convivência diuturna na relação parental.<sup>82</sup>

Por ser o direito a convivência familiar, em especial com os pais, um direito da personalidade da criança e do adolescente, não pode ser este obstruído devido ao rompimento ou ausência de relação existente entre os genitores.

A fim de preservar os interesses prioritários dos filhos e assegurar o convívio com ambos os pais, prescreve o artigo 1589, do Código Civil que *“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”*. O parágrafo único do referido dispositivo legal, prevê, ainda, que o direito de visita se estende a qualquer dos avós, observados os interesses da criança ou do adolescente, consagrando de forma ampla o direito à convivência familiar.

A impropriedade da expressão “visitas” tornou-se alvo de críticas da doutrina, vez que a extensão do direito à convivência dos filhos com seus genitores não deve se limitar a meras visitas, com contatos esporádicos, mas deve ser um instrumento que permita a continuidade do convívio e propicie o fortalecimento de vínculos entre eles.

Sobre a real essência das visitas, ensina Rolf Madaleno:

As visitas têm a concreta finalidade de favorecer as relações humanas e estimular a corrente de afeto entre o titular e menor, porém o mais valioso é o interesse da criança e do adolescente em caso de conflito, tanto que em mãos desaconchegadas pode se converter em algo particularmente mau e perigoso para uma criança desaconchegada e receptiva.<sup>83</sup>

As “visitas” terão como finalidade garantir o direito à convivência familiar e permitir que ambos os pais executem de forma integral e irrestrita os deveres do poder familiar, proporcionando aos filhos não apenas assistência material, mas também assistência moral, psíquica e afetiva fundamentais ao desenvolvimento saudável. Ou seja, o dever de visitas deve ser primordialmente analisado como um direito do filho, já que para sua formação é de extrema relevância a coexistência sadia com seus genitores.

Nota-se que o dever de visita é um instrumento de efetivação do direito à convivência familiar do filho com seus pais e, conseqüentemente, um meio de exercício do dever jurídico

---

<sup>82</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015.

<sup>83</sup>MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pg.456.

de cuidado. Deste modo, se por algum motivo, o pai ou a mãe descumprirem imotivadamente o dever de visita, automaticamente estão violando o direito à convivência familiar e o infringindo o dever de cuidado que lhes compete.

Para preservar o direito do filho de conviver e ser cuidado por seus pais, em consonância com melhor interesse da criança ou adolescente, entende-se ser passível de execução judicial o dever de visitas, que tem por escopo assegurar o direito à convivência familiar e efetivar o dever de cuidado atribuído aos pais.

Mais uma vez, ensina Rolf Madaleno:

A doutrina e jurisprudência têm entendido o direito de visitas como um dever passível de execução judicial, inclusive pela interposição de multa pecuniária através das *astreintes*, sendo certo que os pais têm o dever de contato para com seus filhos e se porventura se olvidam dessa obrigação, por egoísmo ou em vingança contra o outro genitor, seu ex parceiro afetivo, foi-se o tempo equivocado, em que se entendia inútil forçar essa espontaneidade do afeto, devendo sim, ser imposta pena pecuniária para forçar essa relação que geralmente esconde, de forma impune, um infantil jogo de provocação de adultos que, infelizmente não são suficientemente crescidos os para perceberem que seus atos pueris afetam negativamente seus filhos, sendo salutar que o Estado-juiz force através de ameaça financeira, os progenitores sem a guarda a exercerem o dever de convivência, pois só desse modo podem se dar conta de que existem outras formas de destilar seu ódio pelo amor conjugal que se desfez.<sup>84</sup>

Nesse contexto, o dever de visitas é, pois, verdadeira prestação específica, de natureza infungível (personalíssima ou *intuitu personae*), atribuída aos pais, que não podem imotivadamente ignorá-la, sob pena de cumprimento forçado.

Assim, em caso de descumprimento injustificado do dever de cuidado (art. 22, parágrafo único, do ECA), devem primeiro incidir medidas que permitam a prestação específica da prestação de fazer consistente em conviver com a criança ou adolescente, tal como a imposição de multa cominatória (as *astreintes* do direito francês).

## 2. Da tutela específica da prestação do dever de cuidado.

As técnicas ou meios de execução (cumprimento forçado) pode ser classificados em duas categorias fundamentais: a) a *sub-rogação* (substituição), que dispensa a participação

---

<sup>84</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pg.456.

efetiva do devedor; e b) a *coerção*, em que se busca captar a vontade do executado, podendo ela ser pessoal (prisão) ou patrimonial (imposição de multa).

Tratando-se o dever de convívio (visitação e companhia) de prestação de natureza infungível (personalíssima ou *intuitu personae*), que não permite cogitar de substituição dos pais, afigura-se adequada a incidência dos meios executórios de coerção patrimonial (execução indireta, por meio da imposição de multa), a fim de se promover a tutela jurisdicional específica do direito material violado.

Como leciona Araken de Assis:

há bens que, envolvendo as aptidões pessoais do obrigado, geram uma tensão específica no adimplemento e, *a fortiori*, na execução. Torna-se necessário compelir o executado a participar ativamente do procedimento, pois nenhum sucedâneo atenderá o titular do direito. Isso ocorre, sobretudo, no *facere* infungível e a ele equipara-se as ordens judiciais.<sup>85</sup>

A tutela jurisdicional específica, por meio das denominadas “medidas ou providências de apoio” (meios coercitivos de pressão para que seja cumprido precisamente o dever imposto por lei ou decisão judicial), atende ao direito material de modo mais perfeito, tornando efetiva a reparação do ilícito e evitando a monetização do dano<sup>86</sup>.

O Código de Processo Civil de 2015 disciplina a tutela específica das prestações de fazer no art. 497, nos seguintes termos:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Os arts. 499 e 500 do Código de Processo Civil de 2015 ainda esclarecem que a obrigação somente pode ser convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, dando-se a indenização por perdas e danos sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação.

---

<sup>85</sup> ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 18. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 185.

<sup>86</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 485 a 538, volume VIII (coord.: Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 166.

Os meios executórios de coerção patrimonial (execução indireta, por meio da imposição de multa), denominadas “medidas ou providências de apoio”, encontram previsão no art. 536, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 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.

A multa independe de requerimento da parte e pode 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 (art. 537, *caput*, do CPC de 2015).

Pode ainda o juiz, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva, ou se o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento (art. 537, § 1º, do CPC de 2015).

O executado incide nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência (art. 536, § 3º, do CPC de 2015).

Tais disposições se aplicam ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional (arts. 536, § 5º, e 537, § 5º, do CPC de 2015).

A imposição de multa, como meio executório de coerção patrimonial, pode, assim, ser fixada para aquele genitor que deixa de cumprir com o dever de visita e convivência com o filho, fixado em sentença ou em decisão antecipatória de tutela.

Sobre o tema, ensina Rolf Madaleno:

As *astreintes* se mostram como eficiente instrumento de pressão para vencer esta tola resistência às visitas e para impedir que a criança reste corrompida pela cruel Síndrome de Alienação Parental (SAP), regulada no Brasil através da Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010, tanto quanto a sanção pecuniária é imposta à mãe guardiã que se nega injustificadamente a cumprir o regime de visitas como em relação ao pai que se omite de cumprir suas datas de comunicação com o filho, devendo o

montante da multa ser proporcional à gravidade do descumprimento e às condições financeiras de quem deve satisfazer ou assegurar a convivência.<sup>87</sup>

Neste contexto, a aplicação de multa é, pois, um importante instrumento jurídico que pode ser utilizado para assegurar e efetivar o direito da criança ou adolescente à convivência familiar.

### **3. Da perda do poder familiar por violação ao dever de cuidado.**

Como analisado no Capítulo I (item n. 4.3), a perda ou destituição do poder familiar apenas pode ser decretada nas situações legais indicadas no art. 1.638 do Código Civil, bem como no art. 24 do ECA (descumprimento injustificado dos deveres e obrigações aludidos no art. 22 do mesmo diploma legal).

Ao objeto de estudo do presente trabalho, apresenta especial interesse aquela causa legal enunciada no art. 1.638, inciso II, do Código Civil, que consiste em o pai ou a mãe “deixar o filho em abandono”.

O abandono, por consubstanciar cláusula genérica, abrange obviamente aquele de natureza afetiva, que emerge do dever de cuidado.

Luiz Edson Fachin esclarece que “o abandono material congrega deficiência ou ausência objetiva, tanto concreta, quanto afetiva”<sup>88</sup>.

Trata-se de descumprimento do direito-dever de ter os filhos menores em sua companhia (art. 1.634, II, do CC), que significa “poder estar com ele, acompanhar seu desenvolvimento, conversar, orientar”<sup>89</sup>, independentemente da detenção da guarda.

A possibilidade de perda ou destituição do poder familiar por violação ao dever de cuidado ainda encontra fundamento no art. 24 do ECA, que permite a sua decretação judicial,

---

<sup>87</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pg.463

<sup>88</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil*, volume XVIII (arts. 1.591 a 1.638): do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco (coord.: Sálvio de Figueiredo Teixeira), 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 240.

<sup>89</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 135.

em procedimento contraditório, na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22 do mesmo diploma legal.

Por seu turno, o art. 22, *caput*, do ECA, estabelece que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais, reafirmando assim o disposto no art. 229 da Constituição Federal:

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.

Em igual sentido, leciona José Antonio de Paula Santos Neto:

Quem abandona menor, com efeito, renega deveres basilares do pátrio poder, como os de criação, educação e guarda. Deixando-o ao desamparo, revela flagrante falta de aptidão para o exercício do pátrio poder e justifica-se plenamente que seja dele privado. (...).

Outrossim, poderá haver a destituição pelo motivo referido no caso de o pai separado, mesmo sabendo que os filhos menores necessitam de sua presença e a reclamam, se recusar a visitá-los.<sup>90</sup>

Por derradeiro, cabe considerar a advertência de Paulo Luiz Netto Lôbo, a respeito da absoluta excepcionalidade da perda ou suspensão do poder familiar:

A privação do exercício do poder familiar deve ser encarada de modo excepcional, quando não houver qualquer possibilidade de recomposição da unidade familiar, o que recomenda estudo psicossocial. Tem sido entendido que o abandono do filho não é mais causa automática de perda do poder familiar, redundando em mais problemas que solução para aquele.<sup>91</sup>

Assim, por se tratar de medida que importa a cessação do dever de convívio (visitação e companhia), a perda do poder familiar deve ser cogitada como *ultima ratio* e apenas quando atender ao melhor interesse da criança ou adolescente, sob pena de figurar como um prêmio ao pai ou mãe desidioso, que ficaria então liberado do “fardo de conviver” com seu filho.

Isso porque a perda do poder familiar tem “menos um intuito punitivo aos pais do que o de preservar o interesse dos filhos, afastando-os da nociva influência daqueles”<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 189-190.

<sup>91</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial - arts. 1.591 a 1.693*, volume XVI (coord.: Álvaro Villaça Azevedo), São Paulo: Atlas, 2003, p. 225.

<sup>92</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, volume 6, 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 368-369.

#### 4. Reparação por dano moral: compensação pecuniária.

Como analisado no item anterior, entendemos que é possível declarar a perda do poder familiar pela violação do dever de cuidado, especificamente quando violado o direito à convivência familiar, o qual se efetiva por meio do dever de visitas.

Ocorre que, nesta situação, a perda do poder familiar, apenas será decretada em *última ratio*, quando não houver mais medidas possíveis para efetivar o cumprimento do dever de visitas e, principalmente, quando as visitas não mais atenderem o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Por se tratar o dever de visitas de uma prestação específica, quando não há mais meios para cumpri-la ou quando as medidas utilizadas não surtem mais o efeito desejado, além da decretação da perda do poder familiar, entendemos que se torna necessária a fixação de compensação econômica e não propriamente de uma indenização. Isso porque, indenizar é apagar o dano e compensar é dar algo que contrabalança o mal causado, mas sem poder apagar este<sup>93</sup>.

O dinheiro, nestes casos, não se presta a restaurar o *status quo ante*, tampouco permite resgatar uma situação de equivalência em prol daquele que sofreu a lesão, mas cumprirá uma função satisfativa para a vítima (filho). O valor arbitrado não visa alcançar uma equivalência, própria das questões de natureza patrimonial, contudo, busca compensar o lesado, ainda que de forma imperfeita, já que o dinheiro não apaga ou faz desaparecer o prejuízo do mundo dos fatos, mas satisfaz uma finalidade.

Ensinam Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Neto:

Outrossim, compensar o dano moral não significa conceder ao ofendido uma soma destinada a aquisição de bens ou prazeres materiais capazes de anular as consequências dolorosas da lesão à dignidade, uma espécie de contraponto à sensação negativa produzida na subjetividade do lesado.<sup>94</sup>

Como visto no tópico anterior, uma vez que a perda do poder familiar será decretada para garantir a integral proteção e assegurar melhor interesse da criança e do adolescente, a

---

<sup>93</sup> NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>94</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017, pg. 312.

fim de evitar que a medida não se torne um prêmio ao genitor que se descumpriu seus deveres de cuidado, convivência e visitas, faz-se necessária a imposição de uma compensação pecuniária ao filho, além de haver a manutenção do dever de prestar alimentos e dos direitos sucessórios, até porque tais direitos não decorrem exclusivamente do poder familiar.

Assim, se por um lado a decretação da perda do poder familiar terá como principal finalidade a proteção da criança e do adolescente, em atenção ao melhor interesse do filho, já por outro a condenação pecuniária do genitor terá como escopo central sancionar a falta de responsabilidade parental, não se ignorando o desígnio reparatório, ainda que incompleto, da vítima.

Deste modo, em sendo a perda do poder familiar uma forma de proteção à criança e ao adolescente, deve a condenação pecuniária arbitrada ao pai ou a mãe ser primordialmente um instrumento de seccionamento, com sucessivo cunho reparatório pelo agravo moral sofrido.

Cumpra esclarecer que não se trata de materializar a relação paterno ou materno-filial, mas, sim, sancionar àquele que deliberadamente ignorou os deveres que lhe competiam e provocou prejuízos irreparáveis ao filho. Entendemos, assim, que ao Estado cabe não apenas afastar o *munus* do poder familiar, no interesse da proteção da criança, mas também fixar compensação econômica como forma de sancionar o genitor que descumpriu seus deveres e violou os direitos da personalidade de seu filho.

Concluimos, assim, que toda e qualquer decisão, que envolva direitos e garantias assegurados à criança e adolescente, tal qual a decretação da perda do poder familiar, deve primordialmente atender aos princípios da proteção integral e do melhor interesse, assegurado àqueles que se encontram em pleno desenvolvimento e ainda estão se constituindo como indivíduos física e psiquicamente. Não obstante, consideramos também ser relevante e necessária a aplicação de sanção ao genitor infrator, a qual será consubstanciada na compensação pecuniária que se reverterá em favor do filho.

Por fim, entendemos que o filho deve ser protegido, com a decretação da perda do poder familiar e o genitor infrator deve ser punido, ao menos, com fixação de compensação pecuniária.

## CONCLUSÃO.

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou realizar uma análise da evolução e das mudanças que ocorreram nas relações entre os pais e seus filhos, bem como permitiu observar a importância dos atos decorrentes do dever jurídico de cuidado, os quais procedem do *munus* do poder familiar atribuído aos genitores, vez que são essenciais para um saudável desenvolvimento físico e psíquico dos filhos e se fazem, ainda, necessários para efetivação dos direitos fundamentais assegurados à criança e ao adolescente

Inicialmente, buscamos nos aprofundar nas questões atinentes ao poder familiar, as quais são essenciais para compreender a mudança de finalidade deste instituto, que por tanto tempo foi muito mais um direito dos pais sobre seus filhos, do que efetivamente um direito assegurando aos respectivos filhos menores. Ainda, na análise do poder familiar foi possível verificar, ante o seu aspecto funcional (instrumental) de proteção aos direitos fundamentais dos filhos menores, que é essencial que todas as obrigações que dele decorrem sejam efetivamente cumpridas pelos genitores, como por exemplo, os atos decorrentes do dever jurídico de cuidado.

Além disso, foram analisadas as hipóteses de extinção, suspensão e perda do poder familiar, sendo que esta última, fora explorada com mais atenção no último capítulo, quando se abordou a excepcional possibilidade de destituição do poder familiar pela violação ao dever de cuidado.

Na sequência, nos atentamos na análise do dever de cuidado, mais especificamente em sua dimensão objetiva, que decorre de elementos e ações concretas, os quais são necessários no desenvolvimento e formação do indivíduo e que enquanto bebês, crianças e adolescentes competem prioritariamente aos respectivos genitores.

Verificou-se, ainda, que o dever jurídico é um verdadeiro instrumento de efetivação dos direitos fundamentais assegurados à criança e ao adolescente, bem como um meio de concretização dos princípios jurídicos que regem as relações paterno e materno-filiais e que dentre estes está o direito fundamental à convivência familiar assegurado encontra-se o

Dentre os diversos direitos decorrentes do dever de cuidado, atentou-se ao direito fundamental à convivência familiar, que deve ser assegurado à criança e ao adolescente, independentemente da ruptura ou da ausência de relação entre seus genitores. Assim, como meio de instrumentalizar o direito à convivência familiar dos filhos com aquele genitor que não detém sua guarda, deve ser instituído o dever de visitas, para que se propicie a convivência contínua e se permita a formação de vínculos.

O dever de visitas é, assim, um verdadeiro direito dos filhos que não pode ser descumprido injustificadamente pelo genitor, vez que estar-se-á incidindo em típico inadimplemento de prestação específica, de natureza infungível (*personalíssima* ou *intuitu personae*), que admite a aplicação de medidas coercitivas para efetivar o cumprimento.

O principal objetivo da aplicação das medidas coercitivas (*astreintes*) é assegurar o direito do filho, que se consolida por meio de uma prestação específica do pai ou da mãe, a quem incumbe cumprir o dever de visitas. Contudo, a partir do momento que a violação ao dever de cuidado, inclusive pela inobservância dos atos que visam garantir o direito fundamental à convivência familiar, não mais atenderem ao melhor interesse da criança ou adolescente e violarem o princípio da proteção integral, tornar-se possível decretar a perda do poder familiar, como meio exclusivo de proteção à criança ou adolescente e jamais como forma de se premiar o genitor infrator.

Sucessivamente, não sendo mais possível o cumprimento dos atos que consubstanciam o dever de cuidado, o qual decorre do poder familiar ou quando as medidas coercitivas utilizadas para efetivação de tais deveres não surtem mais o efeito desejado, entendemos que se torna necessária, além da decretação da perda do poder familiar, a qual apenas ocorrerá como meio de proteção da criança ou adolescente, a fixação de compensação econômica pelo genitor infrator, em favor do filho.

O que pretendemos no presente trabalho foi, portanto, analisar que o poder familiar e atos dele decorrente, deve necessariamente estar em consonância com os princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança e do adolescente, não se admitindo o descumprimento injustificado de deveres que tem como escopo efetivar os direitos fundamentais assegurados aos filhos, tal como ocorre com os atos do dever jurídico de cuidado, sob pena de execução forçada ou ainda do pagamento de compensação econômica.

Por fim, concluímos que, não obstante, seja possível a destituição do poder familiar, por violação ao dever de cuidado, tal medida apenas pode ser imposta em *ultima ratio* e, desde que seja necessária, para se garantir a proteção integral da criança ou adolescente e atender ao melhor interesse daquele que se encontra em pleno desenvolvimento. No entanto, entendemos também ser relevante e necessária a aplicação de sanção ao genitor infrator, com a fixação de compensação pecuniária que se reverterá em favor do filho.

A perda do poder familiar decorre da proteção à criança ou adolescente. Já a compensação pecuniária se destinaria a sancionar o genitor infrator.

## Bibliografia

ARARILLA, Silmara Domingues Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: Os laços e nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 18. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família*, São Paulo: Atlas, 2013.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Paternidade Responsável: o cuidado como dever jurídico*. In: PEREIRA, Tania da Silva (Coord). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela terra*. Petrópolis: Vozes, 2003.

BRUÑOL, Miguel Cillero. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”, *Infancia, Ley y democracia en América Latina* (coord. Emilio García Méndez, Mary Beloff), 3. ed., Bogotá: Temis, 2004.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

\_\_\_\_\_. *Afetividade e Cuidado Sob as Lentes do Direito*. In *Cuidado e Afetividade Projeto Brasil/Portugal 2016-2017* (Coord. Tânia da Silva Pereira, Guilherme de Oliveira e Antônio Carlos Mathias Coltro), São Paulo: Atlas, 2017.

CURY, Munir et al. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

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

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao novo Código Civil*, volume XVIII (arts. 1.591 a 1.638): do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco (coord.: Sálvio de Figueiredo Teixeira), 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Famílias*, 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

\_\_\_\_\_; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *O novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, 3.ed., Curitiba: Positivo, 2004.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*, São Paulo: Martin Claret, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação”, in *A Família na Travessia do Milênio - Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord.: Rodrigo Pereira da Cunha), Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

\_\_\_\_\_. *Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial - arts. 1.591 a 1.693*, volume XVI (coord.: Álvaro Villaça Azevedo), São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. “Princípio da solidariedade familiar”, in *Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. “Famílias Contemporâneas e as Dimensões da Responsabilidade”, in *Família e Responsabilidade – Teoria Prática do Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM/Magister, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil: Famílias*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. *O acolhimento Institucional ou familiar temporário não representa o melhor interesse da criança mesmo nos casos de adoção irregular ou ‘à brasileira’, salvo quando há evidente risco à integridade física ou psíquica*, In: *Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores – Direito Civil III*. Coord. Arruda Alvim et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MACHADO, Martha de Toledo. *Direito da infância e juventude*. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrado (Coord.). *Manual de direitos difusos*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

MIRANDA, Pontes de. *Direito de Família: direito parental, direito protectivo* (coleção Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo IX), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos internacionais*, *Studia Iuridica* 80 - Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NETTO, Felipe Peixoto Braga; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Tânia da Silva. "O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática", *A família na travessia do milênio - Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira), Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, OAB-MG, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, volume 6, 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. *Curso de Direito Civil – Famílias*, 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

\_\_\_\_\_; FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

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

SZYMANSKI, Heloisa. "Viver em Família como Experiência de Cuidado Mútuo: Desafio de um mundo em mudanças", *in Revista Serviço Social e Sociedade*, n. 71.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, “A disciplina jurídica da autoridade parental”, in PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), *Família e Dignidade Humana – V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB Thomson, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 485 a 538*, volume VIII (coord.: Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TUPINANBÁ, Roberta. *O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares. In Cuidado como Valor Jurídico*. (Coord. Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira), Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VILELLA, João Batista. “Desbiologização da Paternidade”. *In Revista da Faculdade de Direito*, n. 21. UFMG, 1979.