

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

JOÃO VITOR PENNA E SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin; João Vítor Penna e Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-835-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28: 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Apresentação

Esta obra condensa os artigos selecionados, apresentados e debatidos no XXVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de Belém-PA, entre os dias 13 a 15 de novembro de 2019, proporcionando visibilidade à produção científica na seara jurídica acerca das mais diversas temáticas.

É com imensa satisfação que registramos a nossa participação como coordenadores da mesa do Grupo de Trabalho “Direito das Famílias e Sucessões”, o qual trouxe à tona a abordagem de inúmeros temas controvertidos, de interesse teórico e prático, tais como a inadequação das terminologias tradicionais do Direito de Família, como a ideia de família substituta; a violência doméstica e a perda do poder familiar; a análise histórica dos institutos do Direito de Família, especialmente sua relação com as concepções religiosas; a responsabilidade civil pela ruptura do casamento e por atos de alienação parental; a alienação parental sob a perspectiva crítica de gênero; o direito ao casamento de pessoa com deficiência; a garantia do direito à reprodução humana assistida e o debate acerca da desburocratização dos processos de adoção no Brasil.

Dentre estes temas destacamos também a profícua discussão acerca da filiação socioafetiva, tema de diversos trabalhos do Grupo, no qual foi abordado a sua importância social e a perspectiva da promoção de valores fundamentais, como a dignidade humana, e a análise dos impactos da possibilidade do reconhecimento extrajudicial da socioafetividade diante dos critérios trazidos pelos Provimentos nos 63 e 83 do CNJ.

Quanto ao Direito Sucessório, foram apresentados textos também muito interessantes e que geraram inúmeras discussões, como por exemplo: os impactos da inconstitucionalidade do art. 1790 do atual Código Civil acerca da sucessão dos companheiros septuagenários; as inconstitucionalidades na diferenciação entre a ordem de vocação sucessória dos irmãos e sobrinhos bilaterais e unilaterais; a importância e o papel do planejamento sucessório e por último, a validade da instituição de cláusula compromissória de mediação em testamento.

Frisamos, ainda, a diversidade entre os participantes do Grupo de Trabalho como marca da discussão. Foram recebidos trabalhos de diversas regiões do país, com participantes de mais diversos estratos acadêmicos, como especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos em um diálogo aberto e participativo.

Por fim, destacamos a profundidade dos trabalhos apresentados como forma de demonstrar a necessidade de reflexão constante acerca do fenômeno da família – nas suas dimensões existenciais e patrimoniais, em vida e após a morte – e no reconhecimento da entidade familiar como flexível, mutável e essencial ao pleno desenvolvimento do ser humano.

Prof. Doutora Valéria Silva Galdino Cardin – UEM e UNICESUMAR

Prof. Mestre João Vitor Penna – FACI/WYDEN

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

FAMÍLIAS E DIVÓRCIOS: A PERSPECTIVA DO DANO EXISTENCIAL A PARTIR DE PRÁTICAS VIOLADORAS AO DIREITO DA CONVIVÊNCIA PARENTAL

FAMILIES AND DIVORCES: THE PERSPECTIVE OF EXISTENTIAL DAMAGE FROM BREACHING PRACTICES FOR PARENTAL LIFE

Grace Baeta De Oliveira ¹
Pastora Do Socorro Teixeira Leal ²

Resumo

O artigo tem por escopo o estudo da responsabilidade civil nas relações de família, nos casos de divórcios litigiosos cumulados com a guarda da criança. A responsabilidade civil e a dinâmica das relações trouxeram a discussão de novas espécies de danos, ganhando relevância o dano existencial, como categoria autônoma. A análise realizada foi de acordo com a ótica dos vínculos familiares, onde a estrutura já não é mais o princípio definidor do sistema familiar, mas sim sua multiplicidade de funções e dinâmicas relacionais necessárias para resguardar os deveres e direitos parentais, como a manutenção da convivência com os filhos.

Palavras-chave: Relações de família, Divórcios, Responsabilidade civil, Dano existencial, Convivência

Abstract/Resumen/Résumé

The article has as its scope the study of the civil responsibility in the family relations, in the cases of litigious divorces cumulated with the child custody. Civil liability and the dynamics of relationships brought the discussion of new species of damage, gaining relevance as existential damage as an autonomous category. The analysis was performed according to the perspective of family ties, where the structure is no longer the defining principle of the family system, but its multiplicity of functions and relational dynamics necessary to safeguard parental duties and rights, such as maintaining coexistence with the children.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Family relations, Divorces, Civil responsibility, Existential damage, Coexistence

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Advogada. Membro da Comissão de Direito das Famílias e Sucessões OAB/PA.

² Graduada e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará e doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho Oitava Região (PA).

1 INTRODUÇÃO

Este artigo propõe-se a estudar o dano existencial¹ como categoria autônoma de dano, especificamente nas relações familiares, a partir da identificação de práticas violadoras ao direito de convivência nos casos de litígio conjugal. Este artigo é fruto de uma inquietação oriunda de um estudo realizado na graduação intitulado “A Guarda Compartilhada Compulsória nos Casos de Litígio Conjugal: Uma Abordagem sobre a Aplicação da Lei n.º 13.058/2014 no Fórum Cível de Belém”², o qual valeu-se de multimétodos utilizados para avaliar a efetiva aplicabilidade da guarda compartilhada nos casos de divórcios litigiosos e se o interesse do menor estava sendo preservado.

A análise empírica baseou-se em dados qualitativos e quantitativos levantados nas 8 (oito) Varas da Família do Fórum Cível de Belém, de janeiro a agosto de 2015, período em que foram feitas entrevistas abertas com os juízes e com os profissionais do setor social, para manifestação acerca do tema. Ademais, foi realizada uma avaliação no universo dos processos distribuídos nas respectivas Varas e consultas às decisões dos referidos processos de litígio conjugal cumulado com guarda.

O quantitativo dos processos registrados por Vara no Fórum Cível de Belém, os quais tratavam sobre divórcios litigiosos, totalizaram 352 processos, com uma média de aproximadamente 44 processos por Vara. Houve maior concentração na 1ª Vara, com 56 processos, cerca de 15,91% e apenas 29 na 7ª Vara, com participação de 8,23% no total.

Ressalte-se que a consulta aos processos se deu a partir da necessidade de aproximação da realidade e do confronto com as decisões dos juízes locais, tendo em vista a preocupação com a forte predominância da guarda materna e a existência de controvérsia relevante entre o conceito de guarda compartilhada e sua aplicação prática diante das circunstâncias fáticas.

A partir da análise dos dados obtidos na pesquisa de campo realizada nas referidas Varas de Família, um dos resultados identificado foi a dicotomia entre a guarda unilateral e a compartilhada, pois, com base no universo de 53 processos dessas modalidades, foi possível inferir que o primeiro, com cerca de 32 casos (60%), superou

¹ É o dano que se pode aferir quando se priva injustamente o ser humano da escolha dentro do âmbito de sua autonomia privada. (LEAL, 2017, p. 15).

² OLIVEIRA, 2016; OLIVEIRA; MALVEIRA, 2017.

o segundo, com 21 casos (40%). Entretanto, não se pode inferir o mesmo para os 197 processos que ainda se encontravam em andamento.

Nesse sentido, a disparidade entre gêneros na determinação da guarda merece um olhar crítico sobre como a realidade social segue apreendendo os papéis de cada um, afinal, é de se questionar se, na maioria dos casos de ruptura de união conjugal, o melhor guardião é necessariamente a mãe, ou se, em tais casos, somente há uma repetição, reforçada, de um dos aspectos do papel feminino no contexto da família patriarcal, qual seja, a prioridade nos cuidados dos filhos.

De acordo com a legislação supramencionada, a guarda compartilhada deveria ser a regra nos casos de divórcios litigiosos para que a convivência com os pais continuasse garantida de forma isonômica, o que ainda não se observa.

Após a análise, identificou-se que a concessão da guarda unilateral prevalece sobre a compartilhada, havendo, portanto, divergência entre os dados primários coletados dos processos e as respostas obtidas por parte dos magistrados nas entrevistas realizadas, pois, de acordo com estes, a concessão da guarda compartilhada, em média, se aproximava de 62% dos casos.

Nota-se que os princípios constitucionais de 1988 passaram a incidir no sistema infraconstitucional, em especial no Direito das Famílias³ contemporâneo, redefinindo novos papéis sociais e contribuindo de forma individualizada para a proteção da personalidade humana, bem como para a tutela do bem-estar familiar⁴.

A Lei n.º 11.698/2008⁵, a qual instituiu e disciplinou a guarda compartilhada, caminhou neste sentido. Posteriormente, a Lei n.º 13.058/2014⁶, que regulamentou a guarda compartilhada, iniciou um processo pedagógico de grande importância para o Direito das Famílias, pois prima pelo princípio isonômico de atribuições dos genitores no exercício do poder familiar, ratificando a função social do dever-ser, assim como a

³ O direito de família brasileiro atualmente deve ser visto de um ângulo pluralista, inclusive a sua própria referência. Deve-se preferir “direito das famílias”. (CASSETARI, 2017, p. 28).

⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

⁵ Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. (BRASIL, 2008).

⁶ Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. (BRASIL, 2014).

manutenção da convivência por meio da prática do diálogo, materializando, desta forma, o melhor interesse do menor e o bem-estar de todos.

Contudo, a referida pesquisa demonstrou, por meio dos processos consultados, que a aplicação da guarda compartilhada foi um começo para equilibrar os deveres e direitos parentais. Entretanto, persiste a inquietação sobre a necessidade de se assegurar efetivamente o respeito ao direito de convivência e prevenir danos às relações de vida provocados pelo sentimento de vingança e abuso do direito praticado pelo genitor guardião.

Tendo em vista a divergência da doutrina e a relevância da construção das soluções para demandas de uma sociedade em constante mudança, verificou-se, então, a necessidade de iniciar um estudo acerca da aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil nos casos envolvendo pais divorciados e o abuso do direito parental, de modo a tutelar as relações de vida, igualmente como a autonomia da vontade, que é o fundamento da dignidade da pessoa humana, que, se não respeitados, poderão gerar danos ao projeto de vida do genitor não-guardião.

Nas relações entre pais e filhos, especialmente no exercício dos deveres referentes à guarda, também há que se observar e se socorrer do instituto da responsabilidade civil, relevante instrumento jurídico para tutelar também direitos existenciais da vida em sociedade. Seu estudo é imprescindível para que os deveres parentais não sejam transformados em meras recomendações, sem as devidas consequências por sua infração diante de práticas abusivas.

Destaca-se, então, a importância da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, quando configurada a violação reiterada dos direitos parentais pelo genitor recalcitrante, que intencionalmente visa frustrar o projeto de vida e a relação do genitor não-guardião com a criança.

Assim, a relevância deste artigo está intimamente relacionada com a ausência harmônica de interpretação doutrinária, no que se refere à aplicação da responsabilidade civil, pelo Estado, nas relações privadas, quando provocado por demandas junto às Varas de Família, que tenham como objeto da lide o descumprimento dos deveres de convivência, ocasionados pelo abuso do direito da função parental e seus respectivos reflexos negativos às relações e ao projeto de vida do genitor não-guardião e sua prole.

O texto está organizado em quatro partes: Capítulo 1, Introdução; Capítulo 2, O Abuso do Poder Parental e a Violação ao Direito Fundamental à Convivência nos Casos de Divórcios Litigiosos; Capítulo 3, A Configuração do Dano Existencial nas Relações

Família e o Diálogo das Fontes como Mecanismo Viabilizador da Concretização dos Direitos Fundamentais da Criança e do Genitor não-guardião; Capítulo 5, que são as Considerações Finais. Utilizou-se o método dedutivo e a metodologia de pesquisa baseada na análise bibliográfica e na legislação nacional, que dispunha acerca do tema.

2 O ABUSO DO PODER PARENTAL E A VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA NOS CASOS DE DIVÓRCIOS LITIGIOSOS

A instituição família sofreu profundas transformações ao longo do século XX, foram mudanças culturais e econômicas que resultaram em uma substancial revisão do modelo tradicional patriarcal, caracterizado pela submissão da mulher e dos filhos ao chamado ‘chefe da relação conjugal’. A partir da emancipação e do empoderamento feminino, teve início um delicado processo desintegrativo da família, o qual deixou de ser centrado no vínculo matrimonial, para reconhecer outros formatos de convívio familiar.

A Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova fase protetiva do direito das famílias⁷. Percebe-se, então, uma nova movimentação social e jurídica, no sentido de reconhecer vínculos afetivos familiares baseados na pluralidade e na igualdade; o conceito de família passou por uma expansão, agora, com efeito, a realização pessoal dos seus membros. Busca-se a felicidade, que antes deixada de lado, começa a ser perseguida em um ambiente mais igualitário. Sobre o novo modelo da família, Dias destacou:

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo⁸, impingindo nova roupagem axiológica ao direito das famílias. Essas mudanças refletiram, igualmente, nos vínculos de parentalidade, trazendo uma forma de interpretação e reconhecimento da filiação, imprimindo, para além da paternidade biológica, a paternidade afetiva, fundada no amor. (Dias, 2015, p. 133)

A nova ordem jurídica consagra como fundamental o direito à convivência familiar, adotando a doutrina da proteção integral, na qual crianças e adolescentes passam a ser reconhecidos como sujeitos de direito. Prioriza-se a dignidade da pessoa

⁷ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

⁸ Para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo surgiu um novo nome: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. (DIAS, 2015, p. 143).

humana e a autonomia, abandonando a feição patrimonialista da família, assim como proíbe-se quaisquer designações discriminatórias à filiação, assegurando os mesmos direitos e qualificações aos filhos nascidos ou não da relação de casamento e aos havidos por adoção, conforme dispõe o § 6º do art. 227 da Carta Magna.

Contudo, a tradição do direito de família era a de conceder aos pais a opção entre humanizar ou coisificar os filhos, mesmo que a escolha gerasse algum impacto negativo, o interesse, ainda, assim era superior. Sobre a preocupação com a tutela da dignidade da pessoa humana⁹ nas relações privadas, Schreiber afirma:

Em todo o capítulo dedicado à família, o Constituinte revela, acima de qualquer proteção institucional, acentuada preocupação com a promoção e tutela da dignidade da pessoa humana em suas relações familiares. Daí derivam, no dizer da doutrina, importantes consequências, tais como: a) o reconhecimento da pluralidade de forma de convivência familiar; b) o reconhecimento da inexistência de hierarquia entre as diversas formas de família; e c) a democratização das relações familiares, com ênfase na igualdade de papéis e no diálogo entre cônjuges e companheiros, bem como na participação dos filhos no seu processo. (SCHREIBER, 2019, p. 864)

Como o direito é reflexo da sociedade, o Estado precisa interferir para tutelar as relações privadas e os direitos fundamentais das partes. Nesse sentido, questiona-se, nos casos familiares conflituosos, como o direito pode intervir? Quando a relação de amor vira ódio e o diálogo entre os casais deixa de ser democrático e passa a ser autoritário? Quando a relação de conjugalidade ultrapassa a parentalidade e afeta a convivência dos pais com a criança e a autonomia de seguir um novo caminho?

São questões importantes para o direito das famílias, pois diante dos conflitos conjugais advindos do fim da relação, muitas vezes, o ex-cônjuge, preso ao sentimento de revolta e profundo rancor, não é capaz de aceitar o término do relacionamento; sua dor o aprisiona em um estado de tristeza e ódio, sendo capaz de agir de forma irresponsável e impensada, que transcende para a relação parental.

O litígio desgasta, maltrata e deixa sequelas. Entretanto, há pessoas que preferem estender esse momento e, de forma intencional, mantêm o ex-cônjuge por perto, mesmo que seja por meio de vingança. Nesse estágio de dor, o plano de vingança

⁹ Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais ser humanos. (RUZYK, 2002, p. 130).

começa a ser traçado, com o objetivo de ser posto em execução o mais breve possível. É hora de atacar!

Com o término do relacionamento, a “sentença” já é proferida pelo genitor ressentido, bem antes do caso chegar ao conhecimento do Estado-juiz, trazendo em seu bojo a punição de manter a criança longe do ex-cônjuge e, a partir daí, insensatamente, os limites aos direitos e deveres parentais começam a ser violados. Sobre conduta no âmbito familiar, Gurgel afirma que:

Com efeito, os vínculos jurídicos decorrentes do direito de família propiciam o surgimento de condutas objetivamente esperadas, as quais nem sempre são cumpridas. É neste contexto que o direito deve agir, controlando a atuação das partes, exigindo comportamentos e estabelecendo as consequências jurídicas para as condutas tidas como abusivas. (GURGEL, 2012, p. 143-144)

Registre-se que o divórcio não altera o poder familiar¹⁰, exceto no que diz respeito à guarda, conforme decisão do juiz. Entretanto, a atribuição, mesmo que exclusiva da guarda a um dos pais, não altera os direitos e deveres do outro em relação ao filho¹¹.

O poder familiar trata dos deveres materiais, mas, principalmente, dos existenciais, devendo os genitores zelar, em conjunto, pelas necessidades afetivas dos filhos¹². Além disso, o princípio da proteção integral trouxe um ressignificado ao poder familiar no que diz respeito ao cumprimento dos deveres a ele inerentes, uma vez que passaram a não se limitar aos deveres de assistir, criar e educar, mas, sobretudo, ao de amar e cuidar dos filhos menores. O cerne existencial do poder parental é o mais importante, pois alimenta a afetividade responsável e reforça os vínculos entre pais e filhos.

Portanto, o rompimento conjugal não interfere no poder familiar. Logo, o ex-cônjuge que, por ressentimento, impedir ou frustrar o direito de convivência estará cometendo abuso de direito do poder parental, o que configura um ilícito, bem como prática de alienação parental, conforme redação do inciso IV do art. 2º da Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010, o qual dispõe que dificultar o exercício do direito

¹⁰ A expressão “poder familiar” adotada pelo Código Civil corresponde ao antigo pátrio poder, termo que remonta ao direito romano: *pater potestas* – direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos. (DIAS, 2015, p. 460).

¹¹ Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos. (BRASIL, 2002).

¹² Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (BRASIL, 1990).

regulamentado de convivência familiar é uma das formas exemplificativas de alienação parental.

Nesse sentido, o genitor que afasta ou impede a convivência do genitor não-guardião com o filho, ofende a cláusula geral da dignidade da pessoa humana, além do dever constitucional e objetivo de cuidado, o que configura conduta antijurídica violadora de direito fundamental¹³.

O cuidado ao qual se faz referência é o disposto nos artigos 226 até 229 da Constituição Federal de 1988, os quais prescrevem deveres aos pais, impondo adoção de providências concretas em relação à formação da prole. Todavia, quando um dos genitores, a partir do estado de posse da criança, utiliza-a a seu favor, obstaculizando o direito à convivência, de certa forma, usa o direito como fonte de prejuízo ou transtorno a outrem sem que o ofensor tenha outro desiderato senão o de causar o mal, como se não existisse nenhum direito senão o seu, excedendo, assim, os limites do direito, configurando ilícito objetivo, conforme dispõe o artigo 187 do Código Civil¹⁴.

O genitor ofensor intencionalmente se vale da sua posição e se encapsula nesse contexto dando uma aparência de regularidade a sua conduta, o que caracteriza abuso do direito na esfera familiar. Nesse sentido, tem-se o excesso como elemento estruturador da conduta ofensiva, pois ao violar direitos fundamentais da criança e do genitor ofendido para atingir os seus interesses, o genitor guardião também frustra expectativas legítimas em relação ao comportamento coerente e esperado.

Para Gurgel (2012, p. 145), na esfera social e familiar, se espera daquele com quem se tem (ou teve) laços de afetividade, uma forma correta de agir, garantindo a assistência moral, material e, principalmente, o respeito aos demais membros do grupo.

Nas relações familiares, invariavelmente, composta por direitos e deveres, a boa-fé objetiva deve ser observada na formação, durante a sua vigência e após a sua extinção, a fim de preservar interesses diante de posturas incoerentes e abusivas de outrem, independentemente, se a relação conjugal se mantém ou não; a relação parental e seus deveres obrigacionais que não possuem suas fontes na vontade precisam ser respeitados.

¹³ O prestígio ao dever de cuidado é também parte da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n.º 99.710/90, constando em seu art. 3º que “os Estados Partes se comprometem a garantir à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar”. (NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 1108).

¹⁴ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002).

O fim do relacionamento dos pais não é capaz de lhes retirar o dever de participação ativa na vida da criança, mediante o simples ato de vingança do genitor não conformado com o rompimento conjugal. A boa-fé objetiva, sob a inclinação do afeto e do dever obrigacional, impõe uma forma de agir responsável dos pais, visando sempre o melhor interesse da criança. Nesse sentido, Gurgel se manifesta:

No ambiente familiar, cita-se o dever de informação das questões relativas ao filho menor, que incidem na relação existente. Imagina-se que a conduta da mãe detentora da guarda do menor estará em conformidade com os ditames da boa-fé, desde que informe ao pai, de forma adequada, os aspectos mais importantes relativos à saúde, alimentação e educação da criança, contribuindo, sobremaneira, para o estreitamento do relacionamento entre pai e filho. A conduta da genitora, conseqüentemente, vai ao encontro dos deveres anexos de informação, colaboração e lealdade. Nesta situação hipotética, colaborar significa agir com lealdade, não obstruir, atrapalhar ou impedir a sadia relação paterno-filial. (GURGEL, 2012, p. 119)

É direito fundamental da criança e do adolescente, seguramente, uma convivência familiar marcada pelo afeto e pelo respeito à sua dignidade, daí a importância de se assegurar uma postura ativa e efetivamente participativa na criação e educação dos filhos principalmente no que se refere aos cuidados para a formação psicossocial da criança. A obstrução ou tentativa de atrapalhar o exercício do direito do outro genitor mostra-se contrária aos deveres mútuos de lealdade cooperação que devem permear a relação entre os pais na criação dos filhos. Sobre a importância do direito à convivência, Gurgel afirma que:

Importante é que se mantenha a convivência familiar quando houver ruptura do liame conjugal ou da união estável, pois as conseqüências na formação da personalidade da prole serão graves, caso forem afastadas do convívio de sua família ou do contato paterno-materno. A garantia dessa convivência familiar conduz ao respeito da dignidade e dos direitos da personalidade da criança e do adolescente. (GURGEL, 2012, p. 218)

A boa-fé objetiva deve pautar tanto a relação entre pais e filhos, em que, de fato, existe uma hipervulnerabilidade do menor, quanto a relação paritária existente entre os genitores, cumprindo uma função controladora ou restritiva, exigida nas manifestações jurídicas da conduta humana a partir da limitação ao exercício de direitos. A boa-fé objetiva mantém, também, estreita relação com o abuso de direito, na medida em que proíbe o uso excessivo e causa danos de determinadas prerrogativas.

Diante de tais considerações, a boa-fé objetiva é um princípio que identifica um padrão de comportamento social esperado das partes e exige que elas se portem, na relação jurídica, de forma equilibrada e sem que haja abuso do exercício de faculdades

jurídicas, pois funciona como modelo de conduta a ser seguido. Nesse sentido, o exercício abusivo fere frontalmente o ordenamento jurídico, configurando ato ilícito passível de ensejar a responsabilidade civil por abuso do direito, por parte do genitor causador do dano.

3 A CONFIGURAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES E O DIÁLOGO DAS FONTES COMO MECANISMO VIABILIZADOR DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO GENITOR NÃO-GUARDIÃO

Os danos existenciais surgiram na Itália, como uma espécie de resposta doutrinária-jurisprudencial à limitação legislativa dos danos extrapatrimoniais. Tal evolução jurisprudencial, na verdade, ocorreu em virtude da valorização da pessoa humana, fruto de uma leitura constitucionalizada do direito privado, que, como consequência, passou-se a estimar os direitos da personalidade, cuja violação foi considerada dano à pessoa.

Já no direito brasileiro, destaca-se inicialmente a pesquisa da professora Flaviana Rampazzo sobre a temática, que veio ao encontro do que o direito nos últimos anos, tem experimentado no âmbito da responsabilidade civil, com o reconhecimento de novos danos, como é o caso do dano existencial. Sobre o conceito de dano existencial Soares afirma que:

O dano existencial é como uma lesão que afeta a vítima, total ou parcialmente, permanente ou temporariamente, e que reflete no complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal de sua personalidade, podendo abranger a ordem pessoal ou a social, de modo que a vítima do dano vê-se obrigada a modificar ou mesmo suprimir a realização de uma atividade, ou de um conjunto delas, que, normalmente, estavam incorporadas ao seu cotidiano, havendo, em razão disso, uma alteração relevante na sua qualidade de vida.

Ressalte-se ainda, que o dano existencial se diferencia do dano moral, haja vista que, enquanto o primeiro é “essencialmente um sentir”, o segundo é um “não mais poder fazer, um dever de agir de outra forma, um relacionar-se diversamente”, o que limita o desenvolvimento normal da vida da pessoa. (Soares, 2009, p. 44-46).

Para melhor entendimento, pode-se dizer que o dano existencial subdivide-se em dois eixos, quais sejam: dano ao projeto de vida e dano à vida de relações. Além disso, abrange não só as atividades que foram efetivamente comprometidas, mas também aquelas em que a vítima poderia desenvolver, isto é, as expectativas que o indivíduo tinha acerca de seu futuro.

Nesse sentido, Doyal e Gough referenciam Miller (1994, p. 79), “*constituye prejuicio, para cualquier individuo, todo aquello que directa o indirectamente interfiere en las actividades esenciales de su plan de vida*”.

Assim, o dano existencial pode atingir esferas distintas, como as relações familiares, onde há relações e projeções sobre projeto e vida. Nesse sentido, destaca-se a proteção ao conteúdo existencial do ser humano, diretamente ligado à liberdade e à dignidade da pessoa humana, fonte que exige proteção ampla. Nesse sentido, Santana destacou que:

Deve-se ter em foco que os “novos danos”, relacionados à qualidade de vida – bem como o direito à diversidade e à liberdade de desenvolvimento – devem ser levados em consideração quando se analisa o projeto de vida de um indivíduo, o qual se deve respeitar em seu aspecto de liberdade e realização dos direitos de personalidade (SANTANA, 2017, p. 18)

O instituto da responsabilidade civil ganhou mais relevância a partir do reconhecimento dos novos danos que integram os danos extrapatrimoniais, como o dano existencial, a partir de uma reflexão de sua configuração no âmbito dinâmico das relações familiares.

A família, atualmente ressignificada pelos laços biológicos e afetivos, é apresentada com a missão social de promover um ambiente propício ao desenvolvimento dos membros, que, por sua vez, são o sustentáculo da estabilidade social à luz do texto constitucional. Nessa nova ótica das relações familiares, onde a estrutura já não é mais o princípio definidor do sistema familiar, mas sim sua multiplicidade de funções, de papéis e de dinâmicas relacionais, se faz necessário, após o rompimento conjugal, resguardar os deveres e direitos parentais, dentre eles a manutenção do vínculo afetivo e da convivência dos genitores com a prole. Acerca da importância do afeto Hironaka destacou que:

O afeto é “um direito individual, uma liberdade que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos. Trata-se de liberdade – assim como a liberdade de contratar – que não pode ser sonegada, e negá-la seria o mesmo que renegar ao regime e aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito exigido pelo art. 1º da Constituição. (HIRONAKA, 2011 apud BARROS, 2005)

Ademais, a Carta Magna impulsionou a utilização da responsabilidade civil como instrumento de concreta proteção aos direitos da personalidade humana. Nesse contexto, se torna essencial repensar a função que a Constituição pode atribuir à compensação por dano extrapatrimonial, quando há o descumprimento dos deveres parentais provocado pelo genitor ressentido, que adota práticas parentais violadoras e,

de forma, reiterada busca impedir ou até destruir os vínculos afetivos, causando danos à relação parental e consequente danos às relações de vida e ao projeto de vida do genitor não-guardião e da criança. Todavia, ainda é grande a resistência na doutrina e na jurisprudência brasileiras para reconhecer o alargamento e a viabilidade da indenização pelos danos extrapatrimoniais nas relações familiares.

Notoriamente é possível inferir, do direito das famílias, que os novos arranjos familiares são reflexos de uma sociedade que rompeu com as tradições e está em busca da felicidade, o que gerou a necessidade de oxigenação das leis. Entretanto, é difícil a missão de mudar as regras do direito das famílias, pois é o ramo do direito que envolve a vida das pessoas, sentimentos e tradições.

Para Dias (2014, p. 32), o problema reside em encontrar, na estrutura formalista do sistema jurídico, a forma de proteger sem sufocar e de regular sem engessar, a vida das pessoas, já que o formato hierárquico da família cedeu lugar à sua democratização.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, se estabeleceu uma nova tábua axiológica para o direito privado brasileiro, regulando vários temas, dentre eles as relações familiares, todos pautados pela cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana.

A partir desse marco, instaurou-se a igualdade entre homem e mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger, de forma igualitária, todos os seus membros, trazendo uma nova roupagem ao direito de família, estendendo proteção àquela constituída pelo casamento, união estável e ou qualquer comunidade formada por pais e seus descendentes, denominada de família monoparental e, ainda, consagrou a igualdade dos filhos havidos ou não do casamento ou adoção. Sobre este aspecto, Veloso, afirmou que:

O século XX trouxe o rompimento de pensamentos tradicionais, fazendo com que as conquistas e descobertas sociais contribuíssem para a transição da família, de unidade econômica para uma compreensão mais igualitária e solidária, fomentando naturalmente novas representações sociais e novos arranjos familiares, caracterizados por serem descentralizados e democráticos. (VELOSO, 1997, p. 12)

Para Matos (2011, p. 3), uma nova moldura foi sendo construída com uma série de elementos (doutrinários, existenciais ou legislativos), e é especificamente em tais transformações que se reflete o movimento de repersonalização do Direito Civil.

Dessa maneira, vive-se novos tempos, reconhecendo que não apenas os homens vêm lutando para o exercício da paternidade, inserindo nele a condição de cuidador,

como, também, as mulheres querem, cada vez mais, sair do restrito espaço privado para ganhar os espaços públicos de trabalho, da política, da arte e de tantos outros.

A sociedade vive mediante a existência de novas organizações familiares, onde o afeto é o elo identificador de uma família, principalmente quando se refere à parentalidade¹⁵. Apesar do conviver familiar e afetivo, atualmente, estar desprendido de vínculos marcados por culpas e por promessas de relacionamentos tristes e vitalícios, o novo contexto familiarista, marcado pela autonomia da vontade, trouxe à tona, também, os conflitos conjugais e suas respectivas responsabilidades.

Nesta direção, a aprovação da lei do divórcio trouxe uma evidente preocupação do legislador em deixar a critério dos cônjuges a decisão sobre a sua própria vida matrimonial e, conseqüentemente, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, o reflexo de uma forte mobilização social de pais divorciados resultou na sanção da Lei n.º 13.058, de 22 de dezembro de 2014, a qual regulamentou o significado da expressão ‘guarda compartilhada’. A nova Lei trouxe como principais fundamentos a solidariedade e o equilíbrio na divisão do tempo de convivência dos pais com seus filhos¹⁶.

Segundo Oliveira; Malveira (2017, p. 494), a guarda começou a ser entendida não apenas como mera detenção física do menor e sim como um processo de corresponsabilidade entre os genitores.

Nesse sentido, pode-se dizer que a Constituição de 1988, também, refletiu o seu principal aspecto, que é o caráter democrático, pois a guarda compartilhada converge esse aspecto constitucional, em virtude de ser o exercício democrático das funções paternas e maternas. Logo, dar efetividade ao instituto da guarda compartilhada é dar aplicabilidade à própria Constituição Federal, fortalecendo as bases estatais e a própria sociedade.

¹⁵ A família, base da sociedade, deve ser compreendida a partir de um novo tecido normativo, permeado por valores mais éticos e harmonizados com a realidade que deve regulamentar. É a família do afeto, que exalta os valores existenciais dos indivíduos. (COLTRO; DELGADO, 2016, p. 226).

¹⁶ A opção pela guarda compartilhada como regra, mesmo entre genitores em litígio, é uma questão de política legislativa que todos devem respeitar, nada obstante com convicções contrárias. Mais do que isso, deve-se entender que essa opção não é fruto do acaso ou de posição arbitrária e irreal do legislador, mas fundada em conclusões extraídas de profundos estudos, voltados para o ideal na criação, formação e preservação da saúde física, mental, psicológica e emocional das crianças e dos adolescentes, num mundo marcado pelo pluralismo, pela diversidade e pela complexidade nas relações humanas. (MIGUEL, 2015, p. 63-64).

Todavia, ainda não foi o suficiente para assegurar o direito de convivência com os pais¹⁷, já que ainda existem inúmeros casos de abuso de poder familiar, onde o genitor guardião dificulta ou impede a convivência com o genitor não detentor da guarda, frustrando, por conseguinte, a relação parental e seu projeto de vida.

No tocante à parentalidade, a quebra dos direitos e deveres se dá forçosamente, ou seja, contra a vontade, causando ao genitor não-guardião a subtração ou diminuição de um bem jurídico extrapatrimonial, como os direitos da personalidade.

Nesse sentido, o dever de convivência parental, previsto explicitamente na Constituição, bem como na legislação civil em vigor, especialmente no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, muitas vezes, acaba sendo desrespeitado por um dos genitores em virtude das mágoas ocasionadas pelo rompimento conjugal, o que fatalmente viola os direitos fundamentais inerentes ao vínculo parental biológico ou afetivo. Todavia, é preciso ressaltar que tais deveres parentais independem de seu arbítrio, porque, agora, quem os determina é o Estado, por meio de normas.

As legislações supracitadas, impõem aos pais, respectivamente, um dever de sustento, guarda, educação e convivência. Logo, a privação por motivos de conflito gera danos à personalidade da criança e ao genitor não detentor da guarda, que passam a ser penalizados pelo rompimento conjugal, causando-lhes aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

Como salientado, a partir da lógica de Aristóteles (2002, p. 83), o homem isoladamente é composto de alma e corpo, razão, desejos e vontades e deve se respeitar a sua individualidade e autonomia. Desse modo, a inobservância desses deveres nas relações parentais, provocadas intencionalmente pelo genitor recalcitrante, constituem verdadeiros ilícitos civis, cuja prevenção e reparação podem ocorrer pela via da responsabilidade civil¹⁸.

A função da responsabilidade civil na contemporaneidade destaca-se como instrumento de efetivação dos mais variados direitos subjetivos, o que precisa ser melhor debatido e aplicado no âmbito do direito das famílias, com o fito de preservar os

¹⁷ Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. (BRASIL, 2002).

¹⁸ Pode exprimir uma ideia de reparação, punição ou precaução, conforme dimensão temporal e espacial em que se coloque. No *zeitgeist* da aurora do terceiro milênio, a responsabilidade civil se flexibiliza e assume qualquer dessas narrativas. Como qualquer modelo jurídico que pretenda se adaptar à leveza e à celeridade dos nossos dias, a responsabilidade se mostra difícil e maleável às exigências de um direito civil comprometido com as potencialidades transformadoras da Constituição Federal. (DE FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2014, p. 5-6).

laços familiares e evitar o descumprimento do dever de convivência parental provocado pelo genitor ofensor¹⁹.

A mudança radical em prol da corresponsabilidade faz ressaltar a importância da ressignificação do poder familiar²⁰ como autoridade parental, que deixou de ser um conjunto de competências atribuídas ao pai, convertendo-se em conjunto de deveres de ambos os genitores, visando o melhor interesse do filho, principalmente no que tange à convivência familiar²¹.

Para Pereira (2010, p. 20-21), o poder familiar deixou de ser um conjunto de competências do pai ou um dos pais sobre os filhos para constituir-se em um *múnus*, em que ressaltam os deveres aos quais não se pode fugir.

A imposição legal de cuidar da prole descumprida pelo impedimento de um dos pais, implica em reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, pois é incumbido a estes, deveres²², cabendo-lhes, ainda, no interesse dos filhos, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações legais.

Assim, as relações familiares não podem ser pautadas pela irresponsabilidade. Dessa forma, o presente estudo considera o ordenamento jurídico como um todo e se utilizou do Diálogo das Fontes²³ para estudar a responsabilidade civil no direito das famílias, quando constatado o abuso do direito parental exercido por um dos genitores, o que afronta o direito-dever de convivência, além dos interesses da realização existencial e afetiva do genitor ofendido. Sobre esse entendimento, Leal destacou que:

O Diálogo das Fontes propõe a aplicação simultânea e coerente de diversas legislações, quer nacionais, quer internacionais, combinadas com os argumentos contidos em decisões judiciais, bem como pelo entendimento doutrinário qualificado. (LEAL, 2017, p. 337)

¹⁹ Devem os pais evitar praticarem quaisquer atos que prejudiquem as relações dos filhos com o outro progenitor, tendo a obrigação de manterem uma conduta leal, com vistas ao intransigente benefício da prole. (MADALENO, 2007, p. 121).

²⁰ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos. (BRASIL, 2002).

²¹ Trata-se de entidade de afeto e solidariedade, fundada em relações de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana, conforme os contornos constitucionais. (FARIAS, 2007, p. 21) “Mas que fotos nas paredes, quadros de sentido (a família passa a ser), possibilidades de convivência”. (DE FARIAS, 2007, p. 21).

²² Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (BRASIL, 1990).

²³ O “diálogo” das fontes pressupõe a unidade axiológica e teleológica do sistema jurídico, que se manifesta na irradiação da pessoa humana e na solidariedade social, o que viabiliza a aplicação coordenada e sistemática de normas que, embora contidas em subsistemas ou em ramos do direito, regulam e tutelam, por exemplo, categorias de sujeitos em situações de vulnerabilidade, que podem decorrer de múltiplos fatores, tais como sociais, econômicos e ambientais. (LEAL, 2016, p. 1).

A teoria surge para fomentar a ideia de que o direito deve ser interpretado com racionalidade e como um todo, de forma sistêmica.

Tributa-se o desenvolvimento da teoria do Diálogo das Fontes ao próprio alemão Erik Jayme, no seu Curso Central de Haya de 1995, voltado para questões de direito internacional privado. Em se tratando do direito nacional, quem introduziu a referida Teoria no Brasil foi a Professora Dra. Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Esclarece Marques que:

O Diálogo das Fontes, no direito brasileiro, deve ser entendido como a aplicação coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais e gerais, de origem internacional e nacional, que possuem campos de aplicação convergentes. (MARQUES, 2011, p. 615 e ss.)

Quanto ao sistema de responsabilidade civil consagrado pelas grandes codificações, pode-se dizer que se apoiava em três pilares: culpa, dano e nexos causal. Todavia, um padrão único de diligência para a imputação da responsabilidade parece ser incompatível com uma realidade complexa e plural, como a sociedade contemporânea. Nesse sentido, o campo da responsabilidade civil sofre mutações ao se deparar com os princípios constitucionais e a consagração da tutela de interesses existenciais.

Para Schreiber (2013, p. 34), vive-se um momento de *erosão dos filtros da reparação*, com a gradual perda de importância dos tradicionais critérios de imputação de responsabilidade (a culpa e o nexos causal), a partir dos quais se promovia rigorosa seleção dos pleitos ressarcitórios.

Assim, nos casos em que há a tentativa de frustração da convivência por parte de um dos genitores com a criança, configura-se o abuso de direito, conforme o disposto no art. 187 do Código Civil, ou seja, a prática abusiva que gera dano às relações e ao projeto de vida do genitor não-guardião e da criança, que tem o direito de liberdade cerceado em virtude de ressentimentos, configurando a responsabilidade civil do genitor ofensor, motivo pelo qual o dano existencial pode ser invocado pelos danos sofridos em razão da importância da manutenção dos vínculos afetivos nas relações familiares.

Para Leal (2018, p. 91), o dano pode ser visto sob vários ângulos, o que repercute na necessidade de ampliação do seu conteúdo conceitual, nas possibilidades de novas categorias danosas e na necessidade de contenção do abuso do poder privado.

Portugal (2016, p. 44), ao mencionar Sessarego, este, esclarece que o ser do homem consiste em um ser que necessita realizar-se, pois lhe é inata à condição que impõe a elaboração de seu próprio e intransferível projeto pessoal.

Neste sentido, o desafio do mundo jurídico pós-moderno é identificar caminhos que garantam a proteção a ser conferida às relações familiares e a sua verdadeira função social de promoção da dignidade da pessoa humana. A esse respeito, Leal manifestou-se:

O princípio da dignidade da pessoa humana, inserido no texto constitucional, provocou um giro paradigmático, patrimonialismo ao existencialismo na compreensão, interpretação e aplicação das relações jurídicas privadas, em face da irradiação do vetor axiológico-normativo que impõe a primazia do ser humano. (LEAL, 2017, p. 186)

Nessa conjectura, busca-se a construção de um Direito de Família sem excluídos, atento aos Direitos Fundamentais, tutelador das diferentes formas de afeto. A tentativa de frustração da convivência permeada pelo abuso de direito nas relações litigiosas, implica em um dano experimentado pelo genitor não-guardião e pela criança, a partir do momento que é privado de um, o direito ou uma vantagem legítima. Essa caracterização do dano de conduta requer a consideração do mundo das normas, que se caracteriza por desviar-se da função social.

O homem no centro do mundo e a tutela da sua existencialidade são as temáticas deste novo milênio, que se inquieta ao consolidar os direitos fundamentais da pessoa. Uma Era na qual o sujeito é o protagonista central e os problemas e os dramas da vida, da existencialidade, voltam a ser objeto das indagações dos pensamentos dos juristas. (NETO, 2017, p. 30)

Pode-se dizer, então, que a concepção normativa de dano – ou seja, de abuso de direito nos casos de divórcios litigiosos que envolvam guarda e direito à convivência em que o genitor que tenta frustrar a manutenção desse convívio para gerar danos à vida das relações e ao projeto de vida do genitor que não tem o estado de posse da criança –, se desvia da finalidade do poder parental, gerando dano existencial, o que representa uma nova e importante dimensão da responsabilidade civil a ser enfrentada, visando limitar condutas que vão de encontro ao ordenamento jurídico, como é o caso das práticas de abuso do direito, nas relações familiares.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a responsabilidade civil está inserida no contexto em que o fenômeno jurídico deve ser expandido para as relações familiares em conflito, especificamente nos casos de divórcios litigiosos e guarda, no sentido de tutelar danos às relações de vida e ao projeto de vida, em que se observe a prática de abuso do direito parental, o próprio interesse social reclama a intervenção estatal no sentido de preservar

os laços afetivos das famílias, o que justifica a assertiva de que todos os esforços legais serão empreendidos para buscar a solução da controvérsia nesse tipo de causa.

As práticas abusivas têm como elemento configurador o ilícito objetivo denominado de ‘abuso de direito’, previsto no art. 187 do Código Civil que, nas relações familiares, especificamente, nos casos de divórcios litigiosos, estão diretamente associados ao desrespeito à convivência livre e flexível de um dos pais com a prole.

Portanto, é necessário buscar a ampliação de sua compressão, a partir do diálogo das fontes, visando alcançar o entendimento da prática abusiva parental como dano normativo, no âmbito familiar, nos casos em que o pai ou a mãe, movido por ressentimento, tenta frustrar a convivência da criança com o genitor não-guardião.

Tendo em vista, a escassez doutrinária acerca da aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil envolvendo pais divorciados e abuso do direito parental, verificou-se, então, a necessidade de iniciar o estudo sobre o dano existencial gerado pelo comportamento do genitor ofensor, que, ao desrespeitar o direito constitucional de convivência da criança com o genitor não-guardião, se desvia da sua finalidade social advinda do poder familiar e gera dano ao projeto e às relações de vida dos ofendidos.

Todavia, o direito só poderá apreender o dano existencial às relações familiares, incorporando-o ao direito de danos, na medida em que os juristas se desapeguem das categorias tradicionais, supostamente redutoras de todas as hipóteses possíveis de danos à pessoa.

Assim, para a máxima efetividade da proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição, faz-se imperioso o Estado proteger os mais variados bens jurídicos de cunho não pecuniário, inclusive, a própria existência e, para isso, é preciso se tutelar a autonomia e a liberdade, categorias imprescindíveis para a vida das relações.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Código Civil. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. Lei n.º 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os Arts. 1.583 e 1.584 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jun. 2008.

BRASIL. Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 ago. 2010.

BRASIL. Lei n.º 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os Arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 dez. 2014.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Guarda compartilhada**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga. **Direito Civil**. Volume Único. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015.

DOYAL, Len; GOUGH, Ian. **Teoria de las necesidades humanas**. Barcelo: Icaria, 1994.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva**. 1 ed. (ano 2009). 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos? Além da obrigação legal de caráter material**, 2001. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-contornos-jur%C3%ADdicos-da-responsabilidade-afetiva-na-rela%C3%A7%C3%A3o-entre-pais-e-filhos-al%C3%A9m-da-o>. Acesso em: 10 jul. 2019.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **Diálogo das fontes e responsabilidade civil: um aporte para a formulação do conceito de dano de conduta**. In: Congresso de Filosofia del Derecho para el Mundo Latino, 1., 2016, Alicante, Espanha. Congreso de Filosofia del Derecho para el mundo latino, 1., 2016, Alicante, Espanha. Anais [...]. Espanha: Ilatina, 2016. p. 1-24. Disponível em: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/DI%C3%81LOGO%20DAS%20FONTE%20E%20RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20UM%20APORTE%20PARA%20A%20FORMULA%C3%87%C3%83O%20DO%20CONCEITO%20DE%20DANO%20DE%20CONDUTA.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2018.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **“Diálogo das Fontes” e coerência na concretização de direitos fundamentais.** In: VELOSO, Zeno; OLIVEIRA, Frederico Augusto de; BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes (orgs.). *Ciência e Interpretação do Direito: homenagem a Daniel Coelho de Souza*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **O conceito normativo de dano e sua aplicabilidade no cenário das práticas abusivas.** In: VERBICARO, Dennis; ATAÍDE, Camille; ACIOLI, Carlos. (org.s.). *Provocações contemporâneas no Direito do Consumidor*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Aspectos sociais e jurídicos relativos à família brasileira – de 1916 a 1988.** 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-sociais-e-jur%C3%ADdicos-relativos-%C3%A0-fam%C3%ADlia-brasileira-de-1916-1988>. Acesso em: 17 out. 2018.

MIGUEL, Jamil. **A Guarda compartilhada agora é regra: comentários à Lei n.º 13.058/2014.** Campinas, SP: Millennium Editora, 2015.

NETO, Amaro Alves de Almeida. **Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana.** 2017. Disponível em: <https://gbonavita.jusbrasil.com.br/artigos/516632109/dano-existencial-a-tutela-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 14 out. 2018.

OLIVEIRA, Grace Baêta de. 2016. 96f. **A guarda compartilhada compulsória nos casos de litígio conjugal: uma abordagem sobre a aplicação da Lei n.º 13.058/2014 no Fórum Cível de Belém.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade da Amazônia, 2016.

OLIVEIRA, Grace Baêta de; MALVEIRA, Jamille Saraty. **Da dogmática à efetividade do Direito Civil. In: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL).** Gustavo, Ana Carolina Brochado Teixeira, Vitor Almeida (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Guarda compartilhada e condição feminina: limites e possibilidades para a democratização dos papéis econômico e afetivo.** *Pensar, Fortaleza*, v. 19, n. 3, p. 750-778, set./dez. 2014. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3063/pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e responsabilidade: teoria e prática do Direito de Família.** Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

PORTUGAL, Carlos Giovanni Pinto. **Responsabilidade civil por dano ao projeto de vida: direito civil contemporâneo e os danos imateriais.** Curitiba: Juruá, 2016.

ROLF, Madaleno. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTANA, Ágatha Gonçalves. Conceituação e autonomia do dano existencial no Brasil. *In*: SANTANA, Ágatha Gonçalves (org.); LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord.). **Responsabilidade civil no século XXI e a construção do direito de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SANTANA, Ágatha Gonçalves (org.); LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord.). **Responsabilidade civil no século XXI e a construção do direito de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 5. ed. rev., atual, e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.