

A FUNÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA NO DIREITO DE FAMÍLIA NO CAMPO DAS OMISSÕES DOS PAIS AO DEVER DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR E DE AFETIVIDADE

Laura Carvalho Nascimento

Marcela Lessa Santos

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 A responsabilidade dos pais no âmbito do Poder Familiar – 3 O dever de convivência e de afetividade e as conseqüências do seu abandono – 4 O dano moral e a possibilidade de aplicação da pena pecuniária como indenização ao abandono afetivo parental – 5 Conclusão - Referências

RESUMO

O presente trabalho se propõe a investigar a possibilidade de aplicação da pena pecuniária no âmbito do Direito de Família, enfatizando a sua admissibilidade e os seus limites, com a função de indenizar os danos sofridos em decorrência da omissão dos pais ao dever de convivência familiar e da afetividade para com os filhos. Em oportunidade, será realizado um estudo sobre a responsabilidade dos pais para com os filhos em decorrência do Poder Familiar, como um todo, com proeminência ao direito decorrente da convivência familiar e da afetividade. O objetivo desse trabalho é notadamente o de avaliar a interferência do Poder Judiciário, com a aplicação da pena pecuniária no âmbito das omissões dos pais no campo dos deveres acima mencionados. Será sopesando se os fatores fáticos que levam a ausência em comento justificam a aplicação da pena pecuniária, ou ao invés, se permanece com a leitura que tal fenômeno acarreta a banalização do dano moral.

Palavras-chaves: responsabilidade dos pais; Poder Familiar; dever de convivência e de afetividade; ausência; dano moral; indenização; pena pecuniária.

1 INTRODUÇÃO

O contexto social vivido pela realidade brasileira nos tempos atuais, nos traz reflexões acerca da possibilidade de aplicação da pena pecuniária no âmbito do Direito de Família. O que não raro se pode perceber é a omissão dos pais para com os seus deveres decorrentes do Poder Familiar, mantendo-se ausentes ante as imposições do ordenamento jurídico, inclusive disposições constitucionais, de cunho obrigacional para com os filhos.

O Direito Civil moderno e, aqui, com enfoque ao Direito de Família, necessita de inovações e reconhecimento de mecanismos para que a vontade do Poder Constituinte seja atingida e, a prioridade absoluta à criança e ao adolescente seja efetivada na realidade fática.

O reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais com a ampla aceitação da interferência do Poder Judiciário nas relações privadas é um avanço em defesa pela efetividade da vontade da constituição e, traz uma leitura constitucionalizada do Direito Civil.

Nesse cenário, o problema da omissão dos pais para com os seus deveres decorrentes do Poder Familiar, notadamente ao dever de convivência familiar e de afetividade, ganha relevância em razão da dissolução da sociedade conjugal, em decorrência da figura do genitor não guardião.

A ausência dos pais na seara do dever de convivência familiar e de afetividade identifica-se com a irresponsabilidade e o desinteresse dos mesmos em participar ativamente da formação da personalidade do filho menor

O relevo do tema em questão é sobremodo evidente, pois diante da banalização dos vínculos familiares que se pode perceber na realidade brasileira, a integridade psíquica e moral do menor encontram-se comprometida, tornando um dos fatores que levam a identificar o menor como delinqüente.

Pretende-se demonstrar que, diante das condições tormentosas mencionadas, é possível e, mais que isso, é necessário o amadurecimento da questão em

busca de soluções jurídicas para a omissão dos pais no âmbito dos deveres aqui mencionados.

Com o desiderato de amadurecer a importante questão a que se propõe este trabalho, torna-se necessário, primeiramente, proceder com um estudo sobre a responsabilidade dos pais para com os filhos em decorrência do Poder Familiar.

Em seguida, promove-se uma incursão sobre o reconhecimento da convivência familiar e da afetividade como deveres decorrentes do Poder Familiar, para tanto, será demonstrado as conseqüências do abandono dos pais no campo desses deveres.

A partir de então, chega-se a problemática da possibilidade ou não de aplicação da pena pecuniária no âmbito do Direito de Família por omissões dos pais ao dever de convivência e de afetividade.

Entretanto, não se almeja, evidentemente, banalizar o dano moral e, muito menos, coibir alguém amar outro. Não se pretende também, exaurir todas as discussões que cercam o contexto propiciado neste trabalho para a análise do tema em questão.

2 RESPONSABILIDADE DOS PAIS COM OS FILHOS NO ÂMBITO DO PODER FAMILIAR

O direito de família como ramo do direito civil disciplina as relações entre os indivíduos vinculados em decorrência de matrimônio, união estável ou, em razão de algum grau de parentesco. Nessa sistematização, os filhos ganham enorme proteção no ordenamento jurídico.

Nesse contexto, em decorrência da condição peculiar da criança e adolescente como pessoas em desenvolvimento, o ordenamento jurídico brasileiro discorre exhaustivamente, em diversos âmbitos, sobre as responsabilidades dos pais para com os filhos. É assim, desde a Constituição Federal de 1988, passando pelo Código Civil de 2002 e, também, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

As atribuições direcionadas aos pais como obrigações no âmbito das relações familiares para com os filhos, envolve os deveres decorrentes do Poder Familiar, que em outrora era considerado como “pátrio poder”. No dizer de Roberto Gonçalves (2010, p. 397) “o Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”.

Assim, a responsabilidade dos pais é irrenunciável, pois, como já alhures mencionado, em decorrência da condição peculiar, que são revestidos os filhos menores, se torna indispensável à doutrina da proteção integral e da prioridade absoluta, para prevenir maiores transtornos quanto à formação da personalidade dos filhos. Reconhecemos com Orlando Gomes (2002, p. 389) a justificativa para que o ente humano necessite

Durante sua infância, de quem os crie e eduque, ampare e defenda, guarde e cuide dos seus interesses, em suma, tenha a regência de sua pessoa e seus bens. As pessoas naturalmente indicadas para o exercício dessa missão são os pais. A eles confere a lei, em princípio, esse mistério.

Nesse diapasão, cumpre citar a Constituição Federal de 1988, artigo 227, caput

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.

Da colação acima transcrita, conclui-se que compete à família e, aqui, com enfoque à responsabilidades dos pais, o dever de educar, de respeitar à dignidade do menor, de oportunizar o lazer, de convivência familiar, dentre outros.

No mesmo sentido, a lei 8069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, impõe aos pais os mesmos deveres consubstanciados na CF/88. Contudo, indo além do quanto já exposto, o ECA, na redação do seu art. 3º, progredi no sentido de garantir a Criança e ao Adolescente todos os direitos que garantam o seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. Assim, pode-se inferir que da leitura do ECA é possível perceber a existência de deveres impostos aos pais do ponto de vista afetivo.

No âmbito da lei 10.406 de 2002, o Código Civil Brasileiro, o artigo 1634 expõe os deveres dos pais advindos do Poder Familiar, dentre eles estão o dever de educar, de criar, de companhia e de guarda.

O dever de criação dos pais, visto como uma obrigação por demais ampla, por não traçar delimitações, em razão do princípio do melhor interesse da criança, envolve inúmeras obrigações não expressas no ordenamento jurídico, mas que de fácil percepção quando se interpreta o ordenamento jurídico como o todo.

Assim, podemos considerar as manifestações de afeto, a participação na formação da personalidade do menor, a convivência familiar com enfoque as orientações morais ao filho, como obrigações advindas do dever de criação e, deduzidas da interpretação do princípio da paternidade responsável.

Impende registrar que a omissão dos pais em decorrência das imposições reflexas do Poder Familiar importa em diversos níveis de responsabilidade que vão desde a advertência, até a perda do Poder Familiar. Contudo, não é mérito deste trabalho alargar-se sobre todas as responsabilidades advindas das omissões dos pais.

De toda sorte, para fins deste estudo, feita estas considerações gerais sobre a responsabilidade dos pais para com os filhos, cumpre uma maior explanação sobre a possibilidade de se reconhecer o afeto como um dever imposto aos pais, com condão de gerar uma pena pecuniária.

3 O DEVER DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR E DE AFETIVIDADE E AS CONSEQUÊNCIAS DO SEU ABANDONO

Diante da constatação de que a dissolução da sociedade conjugal é um fenômeno crescente na realidade social, o dever de convivência dos pais com os filhos ganha enfoque relevante no Direito de Família. Contudo, o fato de a guarda permanecer com apenas um dos pais, não retira do outro o direito/dever de permanecer presente na formação da personalidade do filho.

Reconhecemos o quanto exposto com Maria Berenice Dias (2007, p.407):

[...] a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas do filho. Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz seqüelas de ordem emocional e reflexos no seu desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.

Assim, a convivência familiar com enfoque nas obrigações advindas da afetividade, ganha relevo com o advento da separação conjugal por propiciar um cenário de distanciamento entre o filho e o genitor não guardião.

O direito a convivência familiar dos filhos, nos termos aqui defendido, em sua acepção ampla, envolve o dever dos pais em participar ativamente da vida do filho menor, influenciar diretamente na formação de sua personalidade e, oferecer-lhes orientações morais.

Ademais, envolve o reconhecimento que a paternidade não gera apenas obrigações materiais, como as obrigações de alimentos, para, além disso, envolve deveres de assistir o filho durante o seu desenvolvimento, em uma efetiva companhia, assim dizendo, em uma efetiva convivência que envolve reconhecer a afetividade. Nesse sentido expõe Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 699)

Algumas decisões de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul têm acolhido a pretensão de filhos que se dizem abandonados ou rejeitados pelos pais, sofrendo transtornos psíquicos em razão da falta de carinho e de afeto na infância e juventude. Não basta pagar a pensão alimentícia e fornecer os meios de subsistência dos filhos. Queixam-se estes do descaso, da indiferença e da rejeição dos pais, tendo alguns obtidos o reconhecimento judicial do direito à indenização como compensação pelos danos morais ao fundamento de que a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, o carinho, devendo o descaso entre pais e filhos ser punido severamente por constituir abandono moral grave.

Cumprido destacar que não se pretende neste tópico abordar as conseqüências judiciais do abandono e, tão somente, concluir, de forma incontroversa, o reconhecimento de um dever dos pais à convivência familiar que, como alhures demonstrado, envolve a afetividade, o carinho, o amor, o respeito, dentre outros.

O reconhecimento deste dever de convivência e afetividade pode ser percebido de forma negativa, ou seja, pode ser percebido da análise das conseqüências geradas pela não convivência e, pela não afetividade. Expõe Maria Berenice Dias (2007, p. 407-408)

A falta da figura do pai desestrutura os filhos, tirando-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir o projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras e infelizes. Tal comprovação facilitada pela interdisciplinaridade, a cada vez mais presentes no âmbito do direito de família tem levado o conhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas de reconhecer que o afeto é um bem muito valioso.

No mesmo sentido expõe Álvaro Villaça Azevedo (2004, p. 14)

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença.

Diante de tudo quanto exposto, do reconhecimento que o dever de convivência e de afetividade são imposições inferidas da definição do Poder Familiar, deve-se admitir a possibilidade, ou melhor, a necessidade da interferência do Poder Judiciário no âmbito da situação de abandono gerado pelo não cumprimento destas obrigações.

No entanto, cumpre advertir que não é comungado neste trabalho o reconhecimento que existe possibilidade de coibir alguém a amar o próximo. Contudo, perfilhamos o entendimento que na seara do Direito de Família, com restrição a relação de pai para filho, essa não afetividade, o desaparego, o abandono, a não convivência, gera danos e, esses danos devem ser indenizados com o objetivo de reparar o *statuos quo ante*.

Acrescente-se que muito menos se pretende medir o amor do pai com o filho e vice-versa, dado a impossibilidade do direito adentrar nessa seara. Entretanto, através de parâmetros, de ponderações, de análises empíricas e de constatações fáticas, adiante analisadas, será possível chegar-se a uma medição da conduta do pai para com o filho no sentido de concluir se a mesma é positiva ou negativa, danosa ou não, para o desenvolvimento da personalidade do menor.

Impende registrar que esta postura ativa do Poder Judiciário é inerente ao Estado Democrático de Direito, que deve avançar na mesma proporção que a realidade social. Todavia, sem adentrar nesse mérito, reconhecemos que excesso de ativismo judicial pode levar ao governo dos juízes, mas a

interferência do Poder Judiciário, nos termos acima demonstrado e adiante massificado, significa um progresso na realização do direito, notadamente, na efetivação do princípio da prioridade absoluta do menor, constitucionalmente previsto.

Somente assim, estaria-se efetivando, de forma cristalina, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana do filho menor, do melhor interesse da criança, da solidariedade familiar, e da função social da família.

Neste sentido, a conduta ausente do genitor não guardião deve ser reprimida por configurar uma violação, ou uma ilicitude, no âmbito do Direito Civil, mais especificamente, do Direito de Família, pois, como já comprovado, a ausência dos pais possui condão de interferir negativamente no desenvolvimento da personalidade do filho.

Feitas as considerações acerca do dever de convivência e as conseqüências do seu abandono, cumpre adentrar á análise do conseqüente dano moral com o reconhecimento da possibilidade de aplicação da pena pecuniária com a função de indenização do abandono afetivo parental.

4 O DANO MORAL E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA COMO INDENIZAÇÃO AO ABANDONO AFETIVO PARENTAL

A reparabilidade do dano afetivo se fundamenta, em síntese, no argumento de que a falta de dedicação, de convivência e de afeto decorrentes do abandono parental ocasiona uma afronta a direito da personalidade do filho, configurando o dever de reparação do pai ausente.

O dano moral decorrente da ausência do pai omissor se justifica diante da constatação de que os filhos costumam sofrer reflexos psicológicos sem medidas. A imposição de indenização para amenizar a conduta lesiva tem por objetivo proporcionar ao filho emocionalmente afetado a possibilidade de, mesmo com a ausência de um dos pais, reverter seu quadro emocional.

A afetividade, o amor, o carinho são sentimentos muito subjetivos que, em regra, estão presentes nas relações parentais. Não estando presentes, o

Estado, impossibilitado de compelir o surgimento dos mesmos e, percebendo o dano ocasionado ao filho abandonado, poderá conduzir o pai ausente ao pagamento de indenização através de uma pena pecuniária.

Observe-se que não é qualquer conduta negligente do pai que ensejará o dever de reparação. A exigência do pagamento de uma indenização deverá vir acompanhada de um nexos causal capaz de vincular a omissão do pai com o dano ocasionado ao filho menor. Cavalieri Filho (2004, p. 98) faz relevantes considerações, neste sentido, vejamos

[...] mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no âmbito familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais dos aborrecimentos.

Assim, é importante levar em consideração que o nexos causal estará presente quando se consiga identificar a conduta omissiva e negligente do pai perante o filho, bem como o dano a este ocasionado. A ação/omissão necessita, portanto, guardar íntimas relações com a violação psicológica do filho abandonado.

Registre-se que o presente tópico não está destinado a questionar a indenização decorrente de uma humilhação ou a exposição do filho a uma situação vexatória que, por si só, já demanda o dever de indenizar. O que se questiona é a possibilidade de imposição de responsabilidade pecuniária, com função indenizatória, ao pai que atua de forma irresponsável, desconsiderando e ignorando o filho em sua vida e, em seus sentimentos.

A respeito do tema, Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 700) preza pela presença de cautela na imposição do dano moral. Importantes considerações são registradas pelo autor no seguinte trecho

A questão é delicada, devendo os juízes ser cautelosos na análise de cada caso, para evitar que o Poder Judiciário seja usado, por mágoa ou por outro sentimento menos nobre, como instrumento de vingança contra pais ausentes ou negligentes no trato com os filhos. Somente casos especiais, em que fique cabalmente demonstrada a influência negativa do descaso dos pais na formação e no desenvolvimento dos filhos, com rejeição pública humilhante, justifica o pedido de indenização por danos morais. Simples desamor e falta de afeto não bastam.

De fato, a imposição do dano moral não pode se alargar para abranger qualquer situação de abandono. Entretanto, ao contrário do que registra o autor, o simples desamor e falta de afeto, quando associados à ausência irresponsável do pai, com nexos suficientes para gerar um dano, podem sim estar aptos a gerar o dever deste indenizar, pois, conforme já registrado, a inexistência destes sentimentos também ocasionam danos psíquicos e reflexos negativos na criação do filho.

Sendo questão que demanda muita discussão e discórdia, cumpre registrar que o bom senso deve estar presente na imposição do dano moral. Cada caso deverá ser judicialmente analisado impedindo que indenizações sejam concedidas sem qualquer cautela.

Por outro lado, é imperioso que se constate que o abandono e descaso não será identificado se decorrente dos obstáculos impostos pelo guardião do menor que impede a visitação. Nestes casos restará impossibilitada a comprovação da negligência que impede a configuração do nexo causal necessário para imposição da indenização. O dano decorrente de tais situações é resultante da conduta do guardião que será o responsável por arcar com os danos causados ao filho.

Pelo já exposto pôde-se constatar a complexidade da configuração do dano moral decorrente do abandono parental. Na doutrina posicionamentos divergentes ainda são frequentemente constatados.

A importância de uma indenização financeira é registrada por Maria Berenice Dias (2007, p. 409) no trecho a seguir destacado

[...] a indenização por abandono afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares. Claro que o relacionamento mantido sob pena de recompensa financeira não é a forma mais correta de se estabelecer um vínculo afetivo. Ainda assim, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que gerar no filho o sentimento de abandono.

Aqueles que, por sua vez, registram posicionamentos divergentes vêm destacando que a aplicação da pena pecuniária apenas aumenta o distanciamento existente entre pais e filhos ao invés de aproximá-los. Outros, a exemplo do Desembargador Geraldo Augusto no julgamento de Apelação Cível

no TJMG, destacam que “o abandono afetivo do pai em relação ao filho não enseja o direito de indenização por dano moral, eis que não há no ordenamento jurídico obrigação legal de amar ou dedicar amor”.

Em que pese respeitáveis os posicionamentos, data vênua, cabe, pois, aqui debatê-los e registrar posicionamento distinto, perfilhado por este trabalho.

De fato a aplicação de uma pena pecuniária pode agravar ainda mais o convívio existente entre pai e filho, entretanto, a finalidade da indenização não é de coagir e, proporcionar a aproximação entre os mesmos. Na verdade, conforme já exposto, o que se objetiva, ou seja, a finalidade da aplicação de uma pena pecuniária, no âmbito ora defendido, é proporcionar ao filho psicologicamente abalado a possibilidade de se recompor do dano ocasionado pelo pai.

Não se pretende com a indenização coibir nem conduzir o pai à relação afetiva, almeja-se, por sua vez, que o mesmo arque com as conseqüências decorrentes do dano que ocasionou ao filho. A natureza da pena é essencialmente indenizatória, tendo um mínimo perfil de coercitividade apenas para ocasionar ao pai a implicação de que, quanto aos demais filhos que pode vir a gerar, tratamento diverso deverá ser destinado, ou melhor, tenha maiores reflexões sobre o papel de uma paternidade responsável.

O posicionamento da inexistência de previsão no ordenamento de dano moral decorrente da falta de amor, de afetividade e de não convivência, merece também, serem desconsiderados. O que ocasiona a indenização pecuniária não é o fato de não querer amar, de não querer conviver e sim, o descaso com os deveres familiares e os reflexos que este ocasiona a personalidade do filho. Reflexos negativos são constatados no psicológico do filho que merecem ser reparados ou ao menos amenizados através da aplicação do dano moral.

Impende registrar que não se macula aqui a possibilidade de um pai que não cumpre os deveres de convivência familiar e de afetividade e, não cause um filho menor em razão da sua omissão. É possível essa situação. A falta de efetividade desses direitos não teve o condão de ocasionar um dano no menor, por outras razões, o que, por via de conseqüência, não ensejará a aplicação de uma pena pecuniária, tendo em vista que não existiu dano.

As divergências registradas pelos Tribunais brasileiros a respeito do tema e ainda ausente manifestação do Supremo Tribunal Federal, têm ensejado uma gama de pedidos indenizatórios no Judiciário.

Caso marcante, foi registrado no Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 757.411-MG. O STJ reformou a córdão do Tribunal de Minas Gerais, concedido em favor de jovem que questionava indenização por conta de abandono, condenando o pai a indenização de 200 salários mínimos sob o argumento de que a responsabilidade dos pais não se restringe ao dever de prestar alimentos devendo se estender também à atenção, zelo e afeto.

O argumento que levou ao acolhimento do recurso por parte do STJ se pauta no sentido de que as consequências do abandono devem ser impostas pelo Direito de Família através da imposição da destituição do poder familiar, ficando impossibilitada a aplicação de indenização que requer a prática de ato ilícito. Vale destacar a ementa do julgado

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ REsp n. 757411, 4ª T. Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/2005.)

Registrando que as divergências ainda estão presentes nas decisões brasileiras, recentemente o Tribunal de Justiça de São Paulo adotou posicionamento contrário para conceder direito a indenização a jovem que arguiu abandono do pai em virtude de possuir uma deformidade na orelha. Segundo o relator, desembargador Ênio Zuliani, faltou do pai solidariedade perante o filho, uma vez que nada fez para amenizar a dor sofrida por sua deformidade.

Nessa senda, a título conclusivo, foi objetivo desse trabalho criar um contexto propício para contatar a convivência familiar e a afetividade como deveres inerentes ao Poder Familiar que, podem gerar, em caso de omissão, danos ao filho menor.

Por esta razão, defende-se a aplicação do Art. 461 do CPC, como penalidade mais adequada ao dano causado ao filho menor pelo pai omissivo aos deveres

aqui explanados, pois a pecúnia estabelecida, a título indenizatório, será revestida para o filho menor.

É oportuno destacar, que não comungamos do entendimento que defende a aplicação do art. 249 do pena, pois a penalidade ali prevista será revestida ao Fundo Municipal da Criança e Adolescente e, por via de consequência, não possui o caráter indenizatório aqui defendido.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou refletir sobre as consequências do abandono dos pais em relação aos seus deveres de convivência familiar e de afetividade. Após a análise das premissas aqui elencadas, cumpre expor as devidas conclusões alcançadas, a partir das pontuações que adiante seguem, no sentido de conduzir a possibilidade de aplicação da pena pecuniária no direito de família como indenização à omissão do genitor que gera danos morais ao filho menor, no âmbito dos deveres acima mencionados, principalmente do genitor não guardião, no contexto da dissolução da sociedade conjugal.

1. As responsabilidades dos pais em decorrência do Poder Familiar, dentre tantos deveres, envolve a obrigação de educar, de propiciar lazer, de alimentos, de visitas, de assistência, de respeito e de cuidar.

2. A interpretação uniforme e constitucional de todo o ordenamento jurídico, com enfoque a CF/88, ao ECA e, ao CC/02, nós faz inserir a existência de obrigações de caráter afetivo, morais e psíquicos. Nesse sentido, existe o reconhecimento da convivência familiar e da afetividade como deveres decorrentes do Poder Familiar.

3. A falta de efetividade do dever de convivência familiar e de afetividade gera danos ao filho menor em razão da situação de abandono que podem se encontrar. O desenvolvimento da personalidade do filho é, em sua maioria, proporcional ao acompanhamento dos pais em sua formação que podem influenciar de forma positiva ou negativa.

4. A dissolução da sociedade conjugal é o ambiente propício para análise da constatação do dever de convivência familiar e da afetividade dos pais para com os filhos, em decorrência de surgir a figura do genitor não guardião.

5. a natureza do dano causado ao filho menor em razão da omissão dos pais para com os deveres em comento, é de natureza moral, tendo em vista que o prejuízo causado será, em sua maioria, de cunho psicológico, fazendo surgir a necessidade de reparar o dano.

6. A possibilidade do abandono em razão da não convivência e da afetividade causar um dano deve ser medida no caso concreto, levando em considerações as condicionantes fáticas. Deverá ser realizado um exercício de ponderações a fim de chegar a uma medição que aquele abandono realmente teve causalidade com o dano psicológico sofrido pelo menor.

7. Deve-se reconhecer que os aborrecimentos decorrentes da separação conjugal não merecem respaldo no contexto ora analisado. Assim, a raiva, a não superação, o egoísmo que surge em razão de uma separação e, acaba fazendo que o genitor guardião dificulte a efetividade do Poder Familiar do genitor não guardião, não possuem condão de justificar o abandono danoso ao filho menor.

8. O presente trabalho objetivou e demonstrou que o não cumprimento do dever de convivência familiar e de afetividade gera danos ao filho menor que merecem ser reparados. Os danos são de caráter moral, tendo em vista que o filho menor necessitará de mecanismos para reparar o dano, a exemplo de realizar atividades que supram a ausência de um genitor e que diminuam o impacto causado no desenvolvimento da sua personalidade. Nessas situações, é freqüente se recorrer à ajuda de psicólogos.

9. O processo de reparação de danos gera custos e, estes custos devem ser arcados por aquele que lhe deu causa. Por tanto, esse trabalho defendeu a aplicação da pena pecuniária, com a aplicação do artigo 461 do CPC, dada a impossibilidade de forçar o cumprimento das obrigações e deveres decorrentes do Poder Familiar em comento.

10. Cumpre expor que não entendemos como possível a aplicação, por analogia, do artigo 249 do ECA, pois a multa ali consubstanciada é revestida

em benefício do Fundo Municipal da Criança e do Adolescente e, desta forma, não ajudaria na reparação do dano causado ao filho menor. Por isso, a pena pecuniária deve ser revestida para custear os gastos com a reparação do dano causado ao menor, por ter função indenizatória.

11. Não foi, neste trabalho, perfilhado o entendimento que é possível, através da aplicação de pena pecuniária, coibir o pai a amar o filho, ou que a aplicação da pena surta efeitos nesse sentido, dado a impossibilidade do direito intervir nessa seara.

12. Contudo, defendeu-se a tese que é possível, diante de um contexto fático, concluir se a postura do genitor não guardião é no sentido de efetivar ou não o dever de convivência familiar e de afetividade e, findar, se tal conduta possui o condão de gerar danos ao menor em detrimento da não concretização desses deveres.

13. A possibilidade de aplicação da pena pecuniária no âmbito do Direito de Família, nos termos aqui defendido, mostra-se como defensora do Princípio da Prioridade absoluta do menor previsto CF/88, impedindo que a irresponsabilidade e descaso dos pais interfiram negativamente na formação da personalidade do menor propiciando um ambiente que os torne delinqüentes.

14. Deve-se seguir com as reflexões acerca da aplicação da pena pecuniária com a função de reparar um dano e não de coibir o pai amar, a ter carinho, respeito e afeto pelo filho. Somente assim, será possível, a esperança por um mundo melhor, que, em sua primazia, encontra bases no desenvolvimento da personalidade das crianças e dos adolescentes que, sem clichês, representam o futuro da nação.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Jornal do Advogado**, OAB, São Paulo, n 289, p. 14, dez, 2004.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Primeira Câmara Cível. **Apelação Cível nº 1.0702.03.056438-0/001(1)**. Investigação de paternidade – reconhecimento da paternidade (exame de DNA) – indenização por dano moral. Relator: Desembargador Geraldo Augusto. 09 out 2007. Disponível em <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em 14 nov 2010.

_____, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Recurso Especial nº 757.411-MG. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Decisão por maioria. Brasília, 27 mar 2006. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 14 nov 2010.

CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14 ed. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 6: Direito de Família. 7 ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: saraiva, 2007.

