

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**O DIREITO AO AFETO NA RELAÇÃO ENTRE PAI E FILHO E O
DANO MORAL**

Melina Sanches Silveira

Presidente Prudente/SP
2005

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**O DIREITO AO AFETO NA RELAÇÃO ENTRE PAI E FILHO E O
DANO MORAL**

Melina Sanches Silveira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Sérgio Augusto Frederico.

Presidente Prudente/SP
2005

O DIREITO AO AFETO NA RELAÇÃO ENTRE PAI E FILHO E O DANO MORAL

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial
para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito

Sérgio Augusto Frederico
Orientador

Neli Henriques Caccozzi
Examinadora

Marcio Ricardo da Silva Zago
Examinador

Presidente Prudente/SP, 30 de novembro de 2005.

Vós sois os arcos dos quais vossos filhos são
arremessados como flechas vivas.
O Arqueiro mira o alvo na senda do infinito e vos estica com
toda a Sua força para que Suas flechas se projetem,
rápidas e para longe.
Que vosso encurvamento na mão do Arqueiro seja vossa
alegria;
Pois assim como Ele ama a flecha que voa, também ama o arco que
permanece estável.

Gibran Khalil Gibran

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me dado sabedoria e coragem para enfrentar as dificuldades encontradas no caminho.

Aos meus pais, Eliza e Landoaldo, por não medirem esforços quando ofereceram toda a base educacional que precisei e que utilizarei pelo resto de minha vida. E, acima de tudo, pelo amor que me dedicaram.

Ao meu orientador Sérgio Augusto Frederico que, mais que orientar, me incentivou desde o começo deste trabalho. Suas palavras encorajadoras e elogios tiveram grande influência no bom desenvolvimento e no término desse estudo.

À Neli Henriques Caccozzi por me ajudar a crer que sou capaz (e realmente fui), pelas dicas, pelos incentivos e por ter aceito de forma solícita o convite para participar da banca examinadora.

Ao Eduardo Gesse, pelo carinho que me dispensou durante todo o ano, pelo exemplo de dedicação e amor à profissão, pelas broncas oportunas e construtivas, por superar a dor para me passar um pouco do seu conhecimento.

Agradeço a minha irmã Loreana por agüentar meu mau-humor e reclamações de forma paciente durante esses cinco anos.

Aos meus avós pela demonstração do orgulho que sentem por mim.

À Paula Zanquetta, Ariela e Juliana, que tornaram o caminho menos árduo através da melhor maneira possível: a amizade.

Em especial agradeço a minha amiga Camilla, a quem compartilhei nesses cinco anos momentos importantes, tendo nela todo o apoio e carinho.

Aos colegas de sala pelo companheirismo.

A todos, minhas sinceras homenagens.

Melina Sanches Silveira

RESUMO

No presente trabalho a autora discute a existência de danos morais resultantes da falta de afetividade dos pais para com seus filhos e a conseqüente possibilidade da vítima buscar a via judiciária para obter uma justa indenização pelo mal causado. Faz uma breve análise da intimidade familiar desde os primórdios até os dias atuais, procurando dar enfoque especial ao relacionamento pai-filho. Em uma incursão no campo da Psicologia, resgata o proeminente papel da figura paterna no desenvolvimento da criança e do adolescente. Traz à tona os dispositivos legais que asseguram ao ser humano em desenvolvimento o direito de ser tratado com carinho, amor e dedicação por seu respectivo pai. Subsume a conduta de desamor aos elementos tipificadores da responsabilidade civil, discorre sobre a verdadeira paternidade e, por fim, conclui o trabalho citando, inclusive, jurisprudências pioneiras no assunto. O tema da pesquisa está inserido no campo do Direito Civil, mas abrange, ainda, o Direito Constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Psicologia. Foi empregado o método dedutivo, e ainda em menor escala, o método histórico. Fez uso de documentação indireta, consistindo na leitura de obras, artigos de jornais, revistas e publicações via internet. A análise do tema demonstrou o dever de indenizar do pai que, dolosamente ou culposamente, não exerce os papéis que lhe são inerentes, seja por sua conduta omissiva, seja pelo exercício imprudente dessa paternidade, causando problemas de ordem moral e/ou psíquica na vida do filho que acabam por afetar seu projeto de vida. Parte sempre da premissa que a família é uma organização em comunhão de afeto, que o ser humano necessita tanto da saúde psicológica e social quanto da biológica e que a criança é um ser humano em desenvolvimento. Conclui que o dever de indenizar tem que ser imputado a esse pai que não oferece ao filho condições saudáveis de desenvolvimento.

Palavras-chave: Família. Pai. Filho. Afeto. Afetividade. Indenização. Convivência. Dano moral.

ABSTRACT

In the present work the author discusses the existence of moral damages caused by lack of father's affectivity with his children and the consequent possibility of the victim looking for the judiciary to get a just indemnity for the evil caused. It makes one brief analysis of the familiar privacy since the primitivism until nowadays, trying to give a special approach to the father-child relationship. In an incursion in the field of Psychology, it rescues the prominent role of the paternal figure in the development of the child and the adolescent. It exhibits the legal devices that assure to the human being in development the right of being treated with affection, love and devotion by its respective father. It squares the behavior of lovelessness in the elements of the civil liability, discourses about the true paternity and, finally, it concludes the work citing, also, pioneering jurisprudences about the subject. The subject of the research is inserted in the field of the Civil law, but it encloses, also, the Constitutional law, the Brazilian Statute of the Child and the Adolescent and Psychology. It used the deductive method, and still in lesser scale, the historical method. It was made use of indirect documentation, consisting in reading books, periodical articles, magazines and InterNet's publications. The analysis of the subject demonstrated that father's duty reimburse who, fraudulently or guiltily, does not exert their papers, either for its neglect behavior, either for the imprudent exercise of this paternity, causing problems of moral and/or psychic order in the life of the child that, consequently, affect his project of life. It begins always with the premise that the family is an organization in affection communion, that the human being needs the psychological and social health as it needs the biological one and that the child is a human being in development. It concludes that the duty to indemnify has to be imputed to father who does not offer to the child healthful conditions of development.

Keywords: Family. Father. Child. Affection. Affectivity. Indemnity. Conviviality. Moral damage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 FAMÍLIA	12
1.1 Evolução histórica	12
1.1.1 Do período neolítico até a origem da família	12
1.1.2 A família romana	15
1.1.3 Alguns modelos familiares europeus	16
1.1.4 As Constituições brasileiras e a família	21
1.1.5 A evolução da família brasileira	24
1.2 Conceito contemporâneo de família	27
2 A FUNÇÃO DO PAI E OS DANOS ADVINDOS DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CONVIVÊNCIA	32
2.1 O porquê da escolha da figura paterna	32
2.2 A função do pai	33
3 A PROTEÇÃO JURÍDICA DO AFETO	42
3.1 Considerações gerais	42
3.2 Princípio da dignidade humana	42
3.3 Direito à saúde	45
3.4 Poder familiar	46
3.4.1 Antecedentes históricos	46
3.4.2 O poder familiar no direito brasileiro	48
3.4.3 Conceito	52
3.4.4 Conteúdo	55
3.4.5 Causas de suspensão e de perda	58
3.5 Outros dispositivos legais de proteção ao afeto	60
4 RESPONSABILIDADE CIVIL	63
4.1 Evolução histórica da responsabilidade civil	63
4.2 Elementos essenciais da responsabilidade civil	65
4.2.1 Conduta	66
4.2.2 Dano	68
4.2.2.1 Dano moral	70
4.2.2.2 Conceito	70
4.2.2.3 Dano moral decorrente da falta de afeto	71
4.2.2.4 Reparação do dano moral: forma e natureza jurídica	73
4.2.3 Nexo Causal	76
4.2.4 Culpa	77
4.3 Sujeito ativo e sujeito passivo da obrigação	79
4.4 A valoração do dano	84

5 DO DEVER DE INDENIZAR	87
6 CONCLUSÕES FINAIS	90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92
ANEXOS	97

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfocou a questão relativa à possibilidade de se indenizar um filho pelos danos morais advindos de uma relação paterno-filial desprovida de afetividade. Apesar da freqüente ocorrência de filhos criados sem o carinho paterno e da elevada importância da proximidade emocional entre pais e filhos, o tema proposto é pouco abordado sob a ótica jurídica, sendo encontrados apenas alguns artigos que cuidam diretamente do assunto, além das decisões pioneiras.

A escolha recaiu sobre a figura masculina devido a pouca exploração dada ao estudo da função paterna no desenvolvimento da criança e adolescente, que se deve, principalmente, a um legado histórico marcado pela distância afetiva que separava pais e filhos: nunca se questionou essa ausência porque ao pai cabia apenas o papel de provedor do lar.

A evolução dos costumes e a redefinição dos papéis dentro do lar nos levaram a examinar a importância de cada membro dentro da família. Daí surgiu a não aceitação do descaso afetivo de quem tem como função primordial amar e educar.

Expusemos algumas das mudanças pelas quais os papéis paternos se submeteram ao longo dos tempos e indicamos a atual situação da família no que diz respeito ao relacionamento íntimo entre seus membros.

Indicamos os dispositivos legais mais relevantes para demonstrarmos que o ordenamento jurídico prevê a obrigação paterna em prestar amor aos filhos.

Fizemos um capítulo para o estudo dos elementos caracterizadores do dever de indenizar e amoldamos a conduta paterna aos requisitos legais.

Demos destaque, também, à diferenciação entre genitor e pai, algo de extrema relevância, ante a importância dada ao amor no desenvolvimento das crianças e dos adolescentes. De fato, entendemos que o amor é o grande motor da família e a grande função do gênero humano.

É importante que os operadores do direito de família não restrinjam seus conhecimentos ao campo jurídico, mas tenham noções de outras áreas. A

Psicologia, por exemplo, é uma ciência de extrema relevância quando cuidamos do Direito de Família, dada a profunda subjetividade das relações humanas. Por isso, nos arriscamos a adentrar a área da Psicologia dedicando um capítulo ao estudo da função paterna e as possíveis conseqüências do descumprimento do dever de prestar afeto ao filho.

Defendemos que as funções paternas só podem ser exercidas a partir do momento que aos filhos sejam propiciadas sensações de proteção, segurança, estimulações táteis, amor, afeto. A criança necessita ser tocada, beijada, olhada, percebida. Esse é o caminho da construção de uma identidade saudável, cuja falta pode causar sérios danos psíquicos ao indivíduo.

O objeto deste trabalho foi essencialmente bibliográfico, através de investigação doutrinária e jurisprudencial. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, e ainda em menor escala, o método histórico. Utilizamos a documentação indireta, consistindo na leitura de obras, artigos de jornais, revistas e publicações via internet.

1 FAMÍLIA

1.1 Evolução histórica

A família brasileira, reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como aquela constituída pelo casamento, união estável ou família monoparental (art. 226), sofreu influências da família romana, da família canônica e da família germânica.

Antes de analisá-la com maiores detalhes, passemos a tecer alguns comentários acerca da evolução dessa organização social denominada família em diferentes períodos e civilizações e do papel da figura paterna durante esse caminhar, para melhor compreensão da situação da família de hoje.

Para quaisquer julgamentos que eventualmente possam ser feitos, bem como para melhor compreensão e estudo, devemos sempre partir da premissa segundo a qual não existe um modelo único de família, pois esta sempre sofreu e sofrerá influências do poder político, religioso, econômico e social da época na qual estava inserida.

1.1.1 Do período Neolítico até a origem da família

Primeiramente, cumpre destacar que a descoberta da paternidade biológica é um fato relativamente recente na história da humanidade.

Foi apenas no período neolítico, através da observação de animais no cativeiro (a morte dos machos tornavam as fêmeas estéreis), que os povos tomaram consciência da paternidade. Antes disso, imperava a seguinte idéia, trazida do livro *Em nome do pai: uma história da paternidade*, de Jacques Dupuis, citada por Setton (2004, p. 46):

A primeira idéia é que os filhos não são concebidos pelo pai, mas que, num estágio mais ou menos avançado de seu desenvolvimento, vêm ocupar seu lugar no ventre materno em consequência de um contato entre a mulher e um objeto animal do meio cósmico circundante.

Antes desse reconhecimento, a participação masculina na sociedade estava restrita à proteção e subsistência econômica. A continuidade do grupo era considerada pela sucessão das mulheres, mães e filhas, cuja responsabilidade na maternidade era evidente. Essa forma de organização social costumava ser chamada matrilinear, em contraposição às sociedades patrilineares, nas quais o parentesco é determinado pela sucessão entre pais e filhos.

Essa sociedade teve como característica marcante a exogamia¹ clânica. Criada para evitar a não-consangüinidade (os primitivos temiam a perda de sangue decorrente da menstruação, das feridas, dos partos, da defloração, e como consideravam o grupo sangüíneo como um único ser, a perda de sangue de um deles era um perigo para todo o grupo), a exogamia propiciou as alianças entre comunidades não consangüíneas.

Esses grupos não se integravam a fim de continuar a manter a não-consangüinidade. Reconheciam-se como parentes, mas não havia distinção entre filhos de uns e de outros. Eram todos “irmãos”, “mães”, “tios”, indiscriminadamente.

Com o início da agricultura os indivíduos passam a distinguir seus herdeiros na comunidade, dando início à apropriação privada do solo. As identidades e funções começam a se individualizar no grupo todo.

A ocupação contínua do solo, bem como o aumento dos atos de violência, possibilitam o surgimento dos sistemas políticos mais extensos e organizados, e, conseqüentemente, o agrupamento de formações militares com chefes conquistadores.

Dessa nova sistemática aparecem as guerras e nascem as famílias. “Surgem homens e mulheres escravizados, e os bandos armados afirmam a superioridade dos machos e criam a sociedade de classes” (SETTON, 2004, p. 51). A mulher escravizada passa a ser tratada como uma coisa, torna-se submissa a um homem, o seu senhor. É o fim das organizações matrilineares e a fundação da família patrilinear. Tais transformações se deram por volta do terceiro e quarto milênio.

¹ Regime social em que os matrimônios se efetuam com membros de tribo estranha, ou, dentro da mesma tribo, com os de outra família ou de outro clã. In: DICIONÁRIO Aurélio eletrônico. versão 1.4. Editora Nova Fonteira. Software, 1994.

As transmissões da autoridade, dos bens, da cultura, de valores da sociedade passam a serem feitas do pai para o filho homem. A transmissão do nome aos poucos vai passando para o pai. Apesar disso, em muitas sociedades, os vínculos afetivos permanecem mais intensos pela filiação materna do que paterna, o que nada mais é do que uma influência da família matrilinear. Pode-se associar esse momento da transmissão do nome e da autoridade com um afastamento na manifestação do afeto entre pais e filhos.

A exogamia clânica foi substituída pela exogamia familiar no sistema patrilinear, tornando a fidelidade da esposa obrigatória e a conseqüente identificação do vínculo de parentesco entre pai e filhos.

A valorização do homem na sociedade o torna indispensável à continuidade do grupo familiar. A autoridade paterna daí surgida torna-se absoluta. É a família patriarcal.

Em contraposição a essa valorização masculina, a mulher teve sua situação degradada, cabendo a ela apenas a função procriadora.

O casamento não estava vinculado ao amor, mas à preservação do patrimônio. As esposas tinham apenas o amor dos filhos. Essa fraqueza do vínculo conjugal e a força da relação mãe-filho permanecem até hoje como uma característica de diversas sociedades.

Essa autoridade absoluta dos pais, impondo aos filhos o dever de obediência e respeito total, traz uma importante característica dessa sociedade patriarcal: a autoridade impede a camaradagem entre pai e filho, distanciando-os. Mas é dessa maneira que o pai se encarrega de transmitir aos filhos a herança cultural da sociedade.

A especialização de funções entre homens e mulheres dentro do sistema familiar, mesmo que tenha sido feita para atender as questões masculinas, possibilitou a criação do contexto para o surgimento da mulher no papel e com funções de mãe; papéis estes que são complementares e que, com os filhos vão constituir uma unidade básica dentro da estrutura familiar da sociedade.

1.1.2 A família romana

A família romana era definida como “o conjunto de pessoas que estavam sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho” (WALD, 2000, p. 09). A origem daquela família não estava unicamente no nascimento. Prova disso é que a filha casada deixava de fazer parte da família de seu pai e passava a integrar a família de seu marido (casamento com *manus*²), desligando-se completamente das crenças e costumes de seus ascendentes e agregando as do marido como suas.

Tampouco o afeto natural serviu de elo entre os antigos familiares romanos. O direito romano, assim como o grego, não tinha em conta esse sentimento. O pai podia até amar sua filha, mas não lhe podia sequer legar os seus bens.

A autoridade na família fundava-se única e exclusivamente na figura paterna. O pai era o primeiro junto ao lar. Ele representava a cadeia dos descendentes, a família e o culto perpetuavam-se por seu intermédio, com a sua morte, ele era invocado como um divino por seus descendentes.

Para demonstrar o poder que o marido exercia na sociedade e na família, Coulanges (1987, p. 89) assim o descreveu:

O pai é o primeiro junto ao lar: é ele que o acende e o conserva; é o seu pontífice. Em todos os atos religiosos desempenha a função mais elevada; degola a vítima; a sua boca pronuncia a fórmula da oração que deve chamar sobre si e os seus a proteção dos deuses. A família e o culto perpetuam-se por seu intermédio; só o pai representa a cadeia dos descendentes. No pai se funda o culto doméstico; quase pode dizer como o hindu: ‘Eu é que sou o deus’. Quando a morte chegar, o pai será um divino que os seus descendentes invocarão.

Por sua vez, a mulher não era colocada em posição tão elevada. Ela não representava seus antepassados (assim como também não se tornaria um deles); era considerada como parte integrante do esposo; nunca poderia ter um lar para si; não era livre e nunca mandava. Quando criança, a mulher dependia de seu

² No casamento sem *manus*, a mulher, ao casar, podia continuar sob a autoridade paterna.

pai; durante a mocidade, de seu marido; morrendo o marido, de seus filhos; se não tivesse filhos, dos parentes próximos de seu marido.

Assim como a mulher, os filhos também eram subordinados à autoridade paterna. O filho nada podia adquirir, tudo pertencia ao pai. Por serem considerados propriedades do pai, os filhos podiam ser vendidos, pois seus braços e seus trabalhos eram fontes de receita.

A família romana nada mais era do que uma unidade religiosa, econômica, política e jurisdicional. Sua evolução foi no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do *pater*, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos. O parentesco baseado na subordinação patriarcal passa a ter como fundamento a vinculação do sangue, o casamento com *manus* foi sendo substituído pelo casamento sem *manus*, desaparece a venda dos filhos, a mulher passa a ter direitos sucessórios, entre outras conquistas.

1.1.3 Alguns modelos familiares europeus

A classificação, que tem por critério o padrão psicológico da família, é feita da seguinte maneira:

- a) a família burguesa de meados do século XIX;
- b) a família aristocrática dos séculos XVI e XVII;
- c) a família camponesa dos séculos XVI e XVII;
- d) a família da classe trabalhadora do início da revolução industrial.

Começemos por aquela considerada nascedouro da família moderna.

- A família burguesa

Caracterizada por ser uma família nuclear, localizada em áreas urbanas, possuiu um padrão de baixa fertilidade e baixa mortalidade, presença do planejamento familiar, preservação do capital através do casamento, entre outras,

a família burguesa surgiu como a estrutura familiar dominante na sociedade capitalista avançada do século XX.

Esse modelo de família foi marcado por forte repressão sexual de seus membros. A mulher era considerada um ser assexuado, enquanto para o homem, o sexo estava divorciado dos sentimentos de ternura e era realizado como uma conquista de mulheres de classe inferior. Era, assim, uma classe dotada de virtuosa renúncia.

O casamento burguês vinculava o casal para sempre. Estes eram envolvidos por um sentimento romântico, que raramente sobrevivendo aos primeiros anos, se transformava numa austera respeitabilidade.

As funções na família eram divididas por sexo: o marido era a autoridade dominante e provedora, a esposa (menos capaz e dependente do marido) cuidava do lar.

À esposa cabia também um papel primordial: o de criar os filhos com o máximo de atenção e um grau de zelo que era novo na história da família.

Poster (1979, p.188) descreve a relação estabelecida na época:

Os filhos foram reavaliados pela burguesia, tornando-se seres importantes para os pais. Um novo grau de intimidade e profundidade emocional caracterizou as relações entre pais e filhos dessa classe. Uma forma nova de amor maternal foi considerada natural nas mulheres, que tinham não só de zelar pela sobrevivência dos filhos, mas treiná-los para um lugar respeitável na sociedade.

Como não sofria qualquer interferência externa (controle estatal) por ser considerada fora da jurisdição da sociedade, as relações entre pais e filhos, inclusive no que diz respeito à autoridade, era exclusivamente limitada aos pais. Essa situação começou a mudar a partir de 1830, quando o estado liberal começou a intervir em assuntos de família.

No que diz respeito à contribuição paterna na criação dos filhos, Poster (1979, p.194), informa:

O papel do pai burguês na criação dos filhos era mínimo: ele era o último recurso, o ponto de referência em que se apoiava a autoridade da mãe, o poder supremo de que a criança tinha conhecimento por experiência própria.

Com efeito, verificamos que a família burguesa teve como traço marcante um padrão emocional marcado pela autoridade restringida aos pais e profundo amor parental pelos filhos.

- A família aristocrática

O segundo modelo de estrutura familiar europeia tinha como características: as casas aristocráticas eram habitadas por parentes, dependentes, criados e clientes, que chegavam a somar um agrupamento de 40 até 200 pessoas, alta fertilidade e alta mortalidade infantil, as relações entre membros da casa eram excessivamente hierárquicas, o casamento era um ato político que objetivava perpetuar a linhagem e, conseqüentemente, as propriedades da família, entre outras.

As esposas tinham como funções primordiais ter filhos e organizar a vida social, contudo, não se preocupavam com a administração da casa nem com a criação dos filhos.

Pais e mães raramente se preocupavam com os filhos, pois os cuidados com eles “eram considerados abaixo da dignidade de uma dama aristocrática” (POSTER, 1979, p. 198). Os bebês nobres eram amamentados por amas-de-leite e criados por serviçais desde seu nascimento.

“As crianças eram consideradas pequenos animais, não objetos de amor e afeição” (POSTER, 1979, p. 198). O objetivo de educar os filhos era, primordialmente, para que eles respeitassem a autoridade, tendo em vista o alto valor atribuído à hierarquia social na época.

Podemos concluir que as famílias aristocráticas atribuíam pouco valor à privacidade, domesticidade, cuidados maternos e relações íntimas com as crianças.

- A família camponesa³

A estrutura dessa família estava mais próxima da aristocracia do que da burguesia.

Os camponeses do antigo Regime (campesinato vivendo em aldeias) casavam tarde (perto dos 30 anos), tinham muitos filhos, porém, apenas cerca da metade sobrevivia até a idade adulta. As famílias formavam um vasto círculo social, podendo-se dizer que a aldeia era a “família do camponês”.

A autoridade social era exercida pela aldeia, não pelo pai, assim, numerosos adultos participavam da vida da criança. Eram os costumes da aldeia que regulavam o cotidiano dos camponeses, *v.g.*, casamento e relações entre pais e filhos: tudo era disciplinado pelos aldeões, que também impunham sanções.

A partir do século XVI, o Estado interveio nos casamentos para tentar reforçar a autoridade patriarcal, aumentando consideravelmente os direitos dos pais sobre os filhos.

Os pais não criavam seus filhos com devoção, como se deu na família burguesa, ao contrário, os tratavam com indiferença, deixando-os abandonados o dia inteiro. Vale lembrar que a mulher/mãe camponesa trabalhava arduamente e por longas horas em tarefas que garantiam a sobrevivência familiar, o que consumia o tempo que poderia destinar aos filhos.

Os laços emocionais não se limitavam entre pais e filhos, mas se estendiam para a aldeia e para os antepassados. Exemplo disso é que a criança, nos três primeiros estágios de desenvolvimento, era cuidada de um modo utilitário, por toda a aldeia.

Esses filhos destituídos de intimidade emocional com os pais, provavelmente acabavam por não internalizarem as figuras paternas de um modo profundo.

³ “O campesinato europeu incluía grandes disparidades em posição econômica e riqueza, desde os meeiros e trabalhadores diaristas até os agricultores independentes.” (POSTER, 1979, p. 202).

- A família da classe trabalhadora

Essa família sofreu mudanças em sua estrutura num período de menos de dois séculos. No início, a classe trabalhadora industrial desenvolveu uma estrutura de família sob condições de angústia social e econômica. Após, do decorrer de um século, começou a parecer-se muito com a burguesia.

Características relevantes da família da classe trabalhadora: alta fertilidade e alta mortalidade, baixa expectativa de vida, salários fabris baixos, trabalho infantil, más condições de vida, jornada de trabalho excessiva e prostituição feminina.

Os pais não possuíam capital para justificar sua autoridade. Os filhos saíam de casa cedo em busca de trabalho (13 ou 14 anos).

Os filhos eram criados sem a constante atenção e fiscalização da mãe. Nas lições de Poster (1979, p. 211):

Os filhos proletários, como se dizia com freqüência, eram criados pela rua, não pela família. Deixados sozinhos grande parte do tempo ou entregues aos cuidados despreocupados de uma parente ou vizinha, esses moleques de rua aprendiam depressa e bem o que era a vida sob o capitalismo. Defrontavam-se muito menos com a autoridade onipresente de pais preocupados apenas em modelarem a natureza moral dos filhos do que com uma sociedade indiferente que os tratava com brutalidade e pouco ou nada lhes prometia em troca.

Nas últimas décadas do século XIX, emergiu uma “aristocracia” da classe trabalhadora entre os operários mais qualificados.

Nesse segundo estágio da família proletária a mulher foi vista cada vez mais no lar com os filhos. Os papéis sexuais começaram a se diferenciarem. A tendência era que os homens trabalhassem e freqüentassem o bar, e a mulher ficava na residência.

Num terceiro estágio (quando o casal se mudou para subúrbios), o marido trocou o bar pela domesticidade e os filhos passaram a construir um centro prioritário de atenção. Agora o futuro dos filhos era objeto de preocupação dos

pais. É a adoção do padrão da família burguesa: os filhos começam a ser criados com amor e com a mesma estrutura de autoridade.

Em resumo, a família burguesa teve seu papel de destaque, exatamente por se distinguir dos demais padrões familiares europeus. Nenhuma outra estrutura familiar incluiu a limitação da autoridade dos pais sobre os filhos, nem o intenso amor e cuidado daqueles por estes.

Em razão da forte influência da cultura européia trazida por nossos colonizadores, podemos encontrar alguns traços marcantes dessa estrutura familiar em nosso meio, a saber: a privacidade e o isolamento da unidade familiar (a família nuclear, característica da burguesia, é o padrão atual de família), o amor romântico ainda sendo base para o casamento, as relações íntimas entre pais e filhos, a preocupação com o futuro da prole e o reconhecimento de suas necessidades especiais (que foram intensificados). A autoridade exclusiva dos pais sobre os filhos continua sendo ideal social, embora o Estado intervenha cada vez mais para refrear os excessos e omissões parentais. Hoje, a criança defronta-se com dois adultos de quem deve obter satisfação de todas as suas necessidades de amor, proteção, educação e alimentação, entre outros.

1.1.4 As Constituições brasileiras e a família

A Constituição Imperial de 1824 não fez nenhuma referência à família ou ao casamento. Tratou apenas da família imperial e seu aspecto de dotação (Capítulo III, arts. 105 a 115).

A segunda Constituição brasileira (1891) também não trouxe disposições a respeito da família. Apenas o § 4º do artigo 72 dizia: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. O conteúdo desse dispositivo teve por fito afirmar a separação dos poderes Igreja/Estado, quando o catolicismo deixou de ser a religião oficial e o casamento civil tornou-se o vínculo constituinte da família brasileira.

É forçoso ressaltar que o direito constitucional do século XIX tinha por preocupação precípua a ordem política. Apenas as relações essenciais para o

exercício do poder, travadas entre governantes e governados eram objetos de regulamentação pelo constituinte, por essa razão a ausência do título família nessas constituições.

Foi a partir da Constituição de 1934 que o legislador constituinte passou a dar tratamento especial à família, dedicando-lhe o Título V, com a denominação: DA FAMÍLIA, DA EDUCAÇÃO E DA CULTURA, inserido no Capítulo I, Da Família, onde em quatro artigos (144 a 147) estabeleceu as regras do casamento indissolúvel e permitiu o reconhecimento de filhos naturais (não-adulterinos).

Assuntos relativos à família também foram tratados no Título III, Capítulo II, DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, no art. 113 nº 34, assegurando a todos o direito de prover a própria subsistência e à da própria família, mediante trabalho honesto e no título IV, DA ORDEM ECONOMICA E SOCIAL, no art. 134, estabelecendo regra de vocação para suceder em bens de estrangeiros residentes no Brasil mais favoráveis ao cônjuge brasileiro e a seus filhos e no art. 138, alíneas “b” a “f”, atribuindo deveres aos entes federais de amparo à família e seus membros individualmente considerados.

A Carta Magna de 1937, que tratou do tema DA FAMÍLIA, nos arts. 124 a 127, manteve o que havia sido garantido ao povo brasileiro e trouxe, pela primeira vez, o dever paterno de conferir tratamento igual entre os filhos naturais e os legítimos e, ainda, previu que deveriam ser objeto de cuidados e garantias especiais à infância e à adolescência, assegurando às crianças e aos adolescentes uma vida digna. Dispôs também sobre a responsabilização dos pais pelo abandono dos filhos:

Art. 127. A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física ou moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação de sua prole.

A única inovação trazida pela Constituição da República de 1946 foi a possibilidade de estender os efeitos civis ao casamento religioso celebrado em nosso país, restabelecendo um direito constitucional previsto na constituição de 1934 que fora suprimido na carta de 1937.

No que se refere à família, a Constituição de 1967 também não introduziu novas normas. Cuidou apenas de manter os direitos já conferidos pela Constituição anterior. Com efeito, a família reconhecida pela ordenamento continuava a ser somente aquela constituída pelo casamento celebrado de acordo com a lei.

Em 17/10/1969 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, com origem na Emenda Constitucional nº 1, que assim como as Constituições anteriores omitiu o que seria uma família para o direito constitucional. Foi na vigência dessa Lei Maior que foi promulgada a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 26/12/1977), que tinha previsão legal na Emenda Constitucional nº 09/77⁴. O Título IV, DA FAMÍLIA, DA EDUCACAO E DA CULTURA, limitou-se a repetir o que constava da constituição anterior.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988, em capítulo destacado (Capítulo VII do Título VIII), ampliou as formas de constituição de família, dando proteção àquelas que não se originassem do casamento. Assim, reconhece como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, bem como a família monoparental, estabelece a igualdade do homem e da mulher nos exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (derrogando assim, os artigos 233/235 do Código Civil de 1916, que sustentavam a desigualdade conjugal, declarando o marido como seu chefe), proíbe discriminações relativas à filiação entre filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, entre outras inovações.

⁴ A emenda constitucional nº 09/77 deu nova redação ao parágrafo 1º do art. 175, suprimindo o principio da indissolubilidade do vínculo matrimonial e estabelecendo parâmetros para sua dissolução, que seria objeto de regulamentação por lei ordinária. Assim foi editada a Lei nº 6.515/77.

1.1.5 A evolução da família brasileira

“É no Direito de Família que se sentem mais facilmente as mudanças sociais e a dificuldade do ordenamento jurídico, através de seu subsistema normativo, em acompanhá-las, integrando-se e adaptando-se à realidade social” (OLIVEIRA, 2005, p. 123).

O modelo familiar brasileiro, como organização mutável que é, sofreu alterações de acordo com o contexto (social, político, religioso, econômico) no qual estava inserido. O Direito, por sua vez, buscou regulamentar essas novas situações, enquadrando-as no ordenamento vigente. Vejamos algumas características dessa família em evolução.

Traços do sistema paternalista romano podem ser encontrados na história do Brasil, nos três primeiros séculos, onde a família era caracterizada pela desigualdade.

A família colonial era patriarcal e hierarquizada. A mulher ainda era discriminada, submissa e subordinada ao marido – chefe da sociedade familiar, a quem cabia a iniciativa econômica, cultural e sexual. Os filhos também ficavam sujeitos à arbitrariedade e aos abusos do grupo familiar fundamentalmente guiado pelo “chefe”.

Os casamentos e as filiações se fundavam na necessidade de exteriorização do poder e da propriedade. O espaço familiar dependia unicamente do patriarca, que determinava o grau de instrução, a profissão, as escolhas conjugais de seus dependentes. A família não se unia pelo afeto. A união tinha por fito demonstrar o poder patriarcal e levar o “chefe” ao êxito político e econômico.

A família colonial era, portanto, destituída de intimidade psicológica, não existindo qualquer cultivo pelas peculiaridades emocionais. O temor ao pai mantinha fixa a distância emocional entre os indivíduos e o clima doméstico estava longe de ser um ambiente aconchegante, íntimo e caloroso.

Essa estrutura patriarcal ultrapassou o período republicano, e só veio a ruir após grandes revoluções políticas e econômicas.

“Até a Revolução Industrial, a mulher, filhos, bens, tudo era considerado propriedade do homem e, no caso de separação do casal, naturalmente os filhos ficavam com o pai” (NAZARETH, *apud* SILVA, 2004, p.128).

O Código Civil de 1916 não fugiu a esses padrões, abrigando a desigualdade de direitos entre homens e mulheres, discriminando filhos, predominando interesses patrimoniais em detrimento do aspecto afetivo, entre outros.

“Os vínculos jurídicos e os laços de sangue eram mais importantes e prevaleciam sobre os laços de amor” (SILVA, 2004. p. 129).

Na família patriarcal, como bem ensina Silva (2004), o afeto era presumido. Quando presente, não era exteriorizado, a convivência familiar era distante, solene, formal, resumindo-se numa coexistência diária.

Com o processo de urbanização em curso, os costumes foram sendo substituídos. Houve uma redução gradativa no número de filhos⁵, possibilitando maior convívio destes com seus pais, dando margem para um relacionamento mais próximo, pautado na preocupação de um membro da família com os demais, permitindo a abertura de maior espaço para o afeto.

Devido a essa evolução dos valores culturais, históricos e econômicos, as concepções de família e de filiação sofreram transformações. A grande família foi substituída pela família nuclear (pai-mãe-filho). A mulher alargou sua esfera de atuação, conquistando lugar de destaque no mercado de trabalho e no desempenho de atividades intelectuais e sofisticadas, antes apenas realizadas pelo homem, iniciando um processo que resultaria na igualdade. As conseqüências dessas conquistas pelas mulheres são assim descritas por Hironaka (2000, p. 26):

Sua sensibilidade e força de trabalho, sua disposição para atuar em face à vida exatamente como seu sócio de jornada – o homem – o faz, deram ao novo panorama que se descortinava as cores de uma família nova, menos patriarcal, menos unilateral e, por isso, mais justa, pelo fato de admitir, a cada um de seus membros, não só a definição do seu papel, mas também a alegria da congregação final dos interesses, tendo por escopo, enfim, a realização de um grande projeto familiar.

⁵ Quando a sociedade era basicamente rural, um grande número de filhos significava grande quantidade de mão-de-obra.

A divisão de funções na família deixou, desse modo, de ser estabelecida em razão do sexo e adotou como critério a aptidão individual de seus membros.

A família deixou de ser uma unidade econômica, cultural, religiosa e política e deu lugar ao companheirismo e afetividade.

Leis mais brandas no que concerne à filiação surgiram: Decreto-Lei nº 3.200/41, Decreto-Lei nº 4.737/42, Lei nº 6.515/77, Lei nº 6.697/77, Lei nº 6.697/79, Lei nº 7.841/89, Lei nº 8.069/90, Lei nº 8.560/92.

Atualmente, os pais possuem os mesmos direitos e responsabilidades sobre os filhos, há igualdade emocional e sexual, a família encontra-se socialmente integrada.

O atual Código Civil⁶ fala em poder familiar, em contraposição ao pátrio poder herdado do direito romano. É o fim das diferenças de gênero quanto a direitos e deveres do cônjuge em relação à sociedade conjugal e dos pais em relação aos filhos, que, cumpre observar, já havia sido declarado anteriormente pela Constituição Federal de 1988 (art. 226, §5º).

O papel provedor, mantenedor, que por tanto tempo acompanhou o sexo masculino, está perdendo terreno, como bem lembra Pereira (1999). É cada vez maior o número de famílias chefiadas por mulheres, o que traduz o declínio das funções antes tidas por masculinas e viris, ou seja, o declínio da ideologia patriarcal.

Os homens estão se dedicando cada vez mais à realização de tarefas domésticas e dividindo com a mulher as questões referentes à administração da casa e os cuidados com os filhos.

A convivência com os filhos e a participação nas atividades escolares, domésticas, esportivas e recreativas das crianças contribuiu para a instalação de uma nova família – aquela que o pai realmente mostra sua presença e sua afetividade (POLITY, 2004, p. 187).

Essa nova modelagem de família (fundada no afeto) permite maior união entre pais e filhos, possibilitando demonstrações de sentimentos e solidariedade.

⁶ Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

A família, ao transformar-se, valoriza as relações de sentimentos entre seus membros, numa comunhão de afetividade recíproca no seu interior. Assim, sob uma concepção eudemonista, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa, realizando os seus interesses afetivos e existenciais, com apoio indispensável para a sua formação e estabilidade na vida em sociedade. (CARBONERA, *apud* SILVA, 2004, p.130).

Dessa valoração dos membros da família surgiu a preocupação com a formação e o desenvolvimento da personalidade, principalmente dos filhos menores, uma vez que se trata de seres com personalidade em formação, pelo que se faz ainda mais imperiosa a convivência familiar plena.

Podemos sintetizar as características da família contemporânea da seguinte maneira: nuclearidade, afetividade, igualdade dos filhos, despatrimonialização, respeito às crianças, aos adolescentes, aos idosos e igualdade.

Trecho do acórdão mineiro, que condenou o pai ao pagamento de 200 salários mínimos a título de indenização pelo reflexo da falta de amor na estrutura psicológica e vida social do filho, bem resume a atual estruturação da família:

Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente de afeto e proteção. (TACMG, Apelação Cível nº 408.550-5). (vide ANEXO B).

1.2 Conceito contemporâneo de família

Não é correto dizer que a Constituição Federal de 1988 criou novas formas de família. É cediço que o direito apenas regulamenta, através de normas, fatos aos quais a sociedade atribui valores. A norma jurídica deve manter uma relação viva com a vontade social. Assim, nossa constituição apenas reconheceu uma evolução que já estava latente na sociedade brasileira, acolhendo no plano constitucional o que já existia no plano fático.

O legislador não podia mais ignorar o grande número de uniões que estavam sendo formadas sem o formalismo do matrimônio, nem as famílias formadas por um dos pais e filho(s). Também não podia aceitar o tratamento diferenciado conferido a filhos havidos fora do casamento ou adotados. Caso o legislador desconsiderasse essas situações, estaria criando uma lacuna ontológica (quando a norma jurídica não corresponde à realidade fático-social), quebrando a harmonia entre a tríade de elementos (fatos, valores e normas), como bem assevera Diniz *apud* Oliveira (2005), com apoio na Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale.

Conforme exposto, ante a dinamicidade das relações humanas e a dificuldade do sistema normativo acompanhar tais evoluções, torna-se impossível atribuir à família um conceito atemporal. O que se permite é dar um conceito temporal e, é isso que propomos.

Com efeito, já sabemos que a família pode ser formada pelo matrimônio, pela união livre e estável de sexos diferentes que não estão ligadas entre si pelo casamento civil (união estável) ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seu(s) descendente(s), que pode nascer do divórcio, da separação, da viuvez, da ruptura da união estável, da adoção por apenas uma pessoa ou do celibato paternal ou maternal⁷ (família monoparental).

Em todos esses casos, o que vincula seus membros é a comunhão de sentimentos, de esperanças, de valores. A família não é mais vista como uma relação de poder ou de dominação, mas como uma relação afetiva, em comunhão de vida. E foi esse sentimento que o legislador reconheceu ao regulamentar a família monoparental, a união estável, bem como estabelecer a igualdade de filhos de qualquer origem (são todos filhos do amor, do afeto construído no dia-a-dia) e instituir o divórcio (fim do vínculo afetivo que une o casal). Afinal, o que levaria, *v.g.*, duas pessoas proibidas de formarem nova família matrimonializada a se unirem sem qualquer vínculo jurídico, senão a vontade de estar na posse de estado de casado, numa comunhão de sentimento inerente à vida conjugal e familiar? Trata-se de um oportuno exemplo trazido por Carbonera (1999) que revela o papel fundamental do afeto nas relações familiares.

⁷ Causas do celibato: maternidade involuntária ou voluntária, pai desconhecido, pai casado e impedido de conviver com o filho.

Na família contemporânea não se cogita mais na relação de poder que prevalecia na família patriarcal, “cujo *pater* era o detentor exclusivo ou principal de todo o poder de decisão quanto à liberdade e o destino dos integrantes da família” (HIRONAKA, 2002, p. 412). Nessa concepção clássica, o que unia os membros da família não era o amor, nem a mútua proteção ou generosidade, e sim a dominação.

A família se transformou de um modelo patriarcal para um modelo eudemonista⁸, fundando-se cada vez mais em valores existenciais e psíquicos, próprios do convívio próximo, assumindo novas funções:

[...] instrumental, servindo como meio de realização pessoal dos seus membros, potencializando o desenvolvimento deles; assistência moral e psicológica, como apoio aos seus integrantes nos embates normais da vida cotidiana, no que se refere à formação pessoal dos filhos, intransferível a outros setores sociais. (OLIVEIRA, 2005, p.136/137).

Abaixo está colacionada uma definição dos papéis das relações familiares apresentada por Villela *apud* Gama (2002, p. 91), lembrando que o afeto não se restringe tão-somente à relação conjugal, sendo localizado também na esfera da filiação, que será objeto de estudo no capítulo seguinte.

As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor.

Definidas as espécies de família reconhecidas no ordenamento pátrio e a sua função, resta-nos saber se a família é apenas uma estrutura natural ou trata-se também de estrutura cultural.

Utilizando as explanações de Pereira (2003), podemos definir a família como um fato cultural, e não natural. O autor reporta-se a Jacques Lacan para

⁸ Modelo pelo qual “cada um busca na própria família, ou por meio dela, a sua própria realização, seu próprio bem-estar” (HIRONAKA, 2000, p. 19).

dizer que a família é uma estrutura psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. “Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. Tanto é assim, uma questão de lugar, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai sem que seja o pai biológico” (PEREIRA, 2003, p. 13).

É devido a essa visão de família como estrutura, que é possível a existência do instituto da adoção, na qual alguém, que não o pai biológico, exerce a função de pai. Confirmando esse entendimento, lembremos das expressões “família substituta” e “pais sociais” utilizadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que traduz a desvinculação da família de elementos meramente biológicos.

Os conceitos tradicionais de família, além de a confundirem com o casamento, constantemente se referem ao vínculo da consangüinidade como o único liame entre seus membros. Mas será apenas o laço sangüíneo o responsável pela existência da família? Do ponto de vista biológico a resposta é afirmativa, pois para a biologia considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Contudo, o que interessa nesse trabalho é o caráter psicológico da família, que utiliza o amor como elo entre os componentes familiares, afinal, não há como tratar o direito de família sem se referir a esse sentimento.

A frase de João Batista Villela oportunamente destacada por Duarte (s.d.) informa essa correlação entre direito de família e psicologia: “O amor está para o Direito de Família assim como a vontade está para o Direito das Obrigações”.

Albertoni (2004, p. 222) menciona a definição de Montoro a respeito da família, que coaduna com o que expusemos até então:

[...] *lócus* de formação da estrutura psíquica dos seres humanos, que se constitui por meio das figuras de apego, principalmente pai e mãe ou substituto simbólico. É por meio delas que são transmitidos padrões de comunicação, afeto e disciplina. (sic)

O conceito, agora jurídico, de família formulado por Ferrara e citado por Diniz (2002, p. 12) também faz uso do elemento psíquico, como podemos observar:

[...] um grupo fechado de pessoas, composto de pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto, numa mesma economia e sob a mesma direção.

2 A FUNÇÃO DO PAI E OS DANOS ADVINDOS DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CONVIVÊNCIA

2.1 O porquê da escolha da figura paterna

Ao longo da história, a relação entre pai e filho foi marcada pela ausência afetiva, o que se deve, principalmente, à ideologia da autoridade patriarcal que não permitia a participação dos pais no desenvolvimento de seus filhos, tarefa que sempre foi confiada à mãe, conforme expusemos no capítulo anterior.

Assim, a relevância do papel materno na criação dos filhos tornou-se indiscutível, bem como sua responsabilidade quando da omissão ou na má-conduta na criação de seus filhos.

Contudo, sabemos que a família ideal é aquela onde ambos os genitores (ou aqueles que exercem essa função) participam ativamente do desenvolvimento da criança, fornecendo a esta não somente o necessário à sobrevivência, mas à boa formação moral, espiritual e psíquica.

E, com a evolução da sociedade, não é mais aceitável o descaso afetivo do pai com seus filhos. Qual seria a justificativa para essa conduta? O papel de mantenedor do lar? Por óbvio que não, pois tal tarefa já vem sendo exercida há tempos de igual maneira pela mulher/mãe. Aliás, mesmo colaborando ou assumindo exclusivamente o sustento da casa, o que vem ocorrendo com freqüência cada vez maior, a mãe não deixou de lado os cuidados com seus filhos.

Com efeito, diante da pouca ou nenhuma importância dada ao assunto no passado, o estudo do papel paterno no desenvolvimento do filho é tema que merece ser abordado, tanto pela sua importância quanto pela sua pouca exploração.

Urge salientar que os papéis maternos e paternos não são cumuláveis (a mãe não consegue ser pai ao mesmo tempo e vice-versa). Ambos participam na formação do filho em situação de complementaridade, formando para o filho uma unidade estrutural, o que implica na necessidade da presença de ambos os genitores na criação dos filhos.

2.2 A função do pai

Para que serve o pai?

Esse capítulo se destina a buscar uma resposta à pergunta acima, a fim de que não remanesçam dúvidas acerca da extrema relevância do cumprimento, pelo homem, da responsabilidade que chamou para si quando desejou uma criança, afinal, quem não deseja a paternidade (e nem as obrigações que a acompanham), pode se utilizar os inúmeros recursos contraceptivos existentes no mercado.

Poussin *apud* Leite (2003, p. 88), enumerou da seguinte maneira as funções básicas dos pais em relação aos filhos:

[...] três seriam as funções básicas dos pais em relação aos filhos: 1. assegurar a satisfação de suas necessidades físicas; 2. satisfazer as necessidades afetivas; 3. responder às necessidades de segurança psíquica oferecendo à criança um 'tecido psíquico grupal' no qual se enraizará o psiquismo da criança.

Como vimos, tratam-se de funções não cumulativas, e sim complementares, portanto, passamos a descrever aquelas que cabem apenas ao pai.

Desde a gestação do bebê a presença do pai, embora seja de menor importância que a da mãe, torna-se importante à medida que tudo aquilo que é vivido durante a gravidez e durante o parto poderão estruturar os futuros papéis parentais. As pesquisas comprovam que o feto já possui um relacionamento com o mundo exterior através da barriga da mãe, podendo ouvir sons, estar sensível a toques, etc. É a partir desse momento que o pai já pode interagir com seu filho, comunicando-se com ele por atos, pensamentos ou palavras, iniciando a criação de vínculos entre ele e o bebê.

Uma criança indesejada, que teve um nascimento difícil e mal preparado, "rompe imediatamente a relação ideal que a mãe construíra durante 9 (nove) meses" (LEITE, 2003, p. 93). Ao pai cabe facilitar a entrada dessa criança no mundo, criando um ambiente acolhedor, apoiando a mãe, criando condições

saudáveis para seu nascimento. Com esses cuidados, estará demonstrando sua satisfação em ser pai e, conseqüentemente, criando um vínculo sentimental com a criança.

A psicóloga e autora Bee (1986) cita a pesquisa realizada por Peterson comprovando que os pais que estavam mais envolvidos no nascimento eram os que estavam mais ligados com seus bebês seis meses depois.

“A ausência do pai durante o nascimento de seu filho dificulta enormemente a relação que deverá se estabelecer entre ambos, no futuro” (LEITE, 2003, p. 93). Quanto maior a demora do pai entrar no cotidiano do filho, maior será a dificuldade de fazer isso com o passar do tempo.

Já nos primeiros anos de vida, a criança estabelece uma ligação muito íntima com sua mãe, que lhe representa um objeto de amor. “Em torno dos 3 a 5 anos de idade, a criança começa a descobrir que existe um rival na sua exclusiva relação com a amada pessoa de sua mãe: o pai” (NICK, 1994, p.5)⁹. Deste movimento nasce o complexo de Édipo estudado por Sigmund Freud.

A figura paterna vai converter a díade numa tríade, mostrando para a criança que há algo mais no mundo além dela e sua mãe e que esta se interessa por outro além de sua criança¹⁰. A criança passa então a odiar essa terceira pessoa, que acaba entrando em sua vida como alguém que pode ser temido, odiado, amado e respeitado.

Winnicott *apud* Bogomoletz (2004, p. 63) assim resume o complexo de Édipo:

Estou considerando que a criança às voltas com todos estes riscos é saudável e vive num ambiente relativamente estável, com a mãe feliz em seu casamento, e o pai disposto a fazer a sua parte com as crianças, a conhecer seus filhos e ter com eles aquele sutil dar e receber tão natural ao pai que, na infância, teve uma experiência agradável com seu próprio pai.

⁹ Dolto *apud* Nick (1994, p. 5-6) afirma que a díade mãe-bebê (período em que a criança encontra-se intimamente ligada à sua mãe, não podendo ser dela separada, sob pena de ocasionar-lhe efeitos em longo prazo) dura no máximo nove meses.

¹⁰ Nick (1994, p. 6) explica que “evidentemente que a presença da figura paterna ocorre desde o início, mas a sua percepção por parte do lactente vai ser feita paulatinamente”.

Ao final, o complexo de Édipo se resolve basicamente da seguinte maneira: o filho renuncia à posse da mãe e aceita a existência da terceira pessoa (figura paterna) na sua relação com a mãe.

Agora podemos perguntar: qual a importância da inserção do pai nessa relação?

Winnicott *apud* Bogomoletz (2004, p. 64) afirma que o pai é “o primeiro vislumbre que a criança tem da integração e da totalidade pessoal”, isto é, o pai, diferentemente do que acontece com a mãe, é percebido pela criança, quase desde o início, como pessoa, como alguém que é em primeiro lugar um ser humano por direito próprio, e só em segundo lugar como exercendo uma função parental na vida da criança. A mãe, talvez a vida inteira, é vista pelo filho como alguém que está na sua vida para exercer uma função, a de “mãe”.

Com isso, o pai estará conferindo aos filhos um modelo do “adulto” e apontando o caminho do amadurecimento.

A presença do pai, nesse contexto, além de possibilitar o amadurecimento da criança, faz com que esta não fique restrita apenas ao sentimento de amor, mas também conheça o ódio (como vimos acima). “Uma pessoa capaz de amar, mas incapaz de odiar, está manca do ponto de vista social” (BOGOMOLETZ, 2004, p. 66).

Outro efeito da ausência do pai na vida da criança – e que tem impacto maior na vida dos meninos – gira em torno da identificação sexual.

Estudos apontaram que o sexo biológico não é único elemento determinante da sexualidade¹¹. Os pais também possuem um papel importante na gênese da identidade sexual, sendo que, a ausência deles pode gerar deficiências no desenvolvimento da criança.

Os meninos estão inseridos na natureza feminina desde seu nascimento. Por volta dos três a cinco anos (período edipiano), a criança se afasta da mãe para formular uma identidade masculina. É nessa fase que os meninos buscam a atenção e envolvimento do pai e tentam imitar o comportamento dele. Eles

¹¹ Leite (2003, p. 94) cita o trabalho – que alerta ser ainda insuficiente para se tirar conclusões - de C. Chiland, no qual o cientista, estudando casos de ambigüidade genital no nascimento, constata que ‘o sexo no qual a criança foi educada determina mais sua identidade sexual do que a biologia’.

precisam de alguém que lhes possa ensinar o que significa ser homem¹², e ao pai caberá tal incumbência. Segundo o psicólogo Dobson (2003), que escreveu sobre a importância paterna na formação de meninos, esse processo é chamado de “desconexão e diferenciação”.

[...] Quando os pais estão ausentes nessa época, ou se são inacessíveis, distantes ou violentos, os meninos só têm uma vaga noção do que significa ser homem. Enquanto as meninas têm um modelo quase sempre disponível para imitar o comportamento e as atitudes femininas (a não ser que criadas por pais sozinhos), os meninos que vivem só com a mãe são deixados para formular sua identidade masculina do nada (DOBSON, 2003, p. 70).

Assim, o menino criado apenas pela mãe (ausência do modelo masculino), acaba por identificar-se com ela, podendo apresentar um comportamento “feminilizado”.

A triangulação inconsciente entre pais-filhos pode conduzir a efeitos aparentemente contraditórios. Assim, a criança criada apenas por uma única pessoa, e que é obrigada a identificar-se com esta. É levada a buscar a saída para suas pulsões ativas e passivas nessa mesma pessoa, que encarna sozinha os dois pólos de triangulação originária. O problema assim colocado ante a criança – um problema específico dos seres humanos – não se deixa reduzir a uma simples questão de comportamento. Não se trata, de maneira alguma, de comportamento. Nesse tipo de identificação, trata-se, para o sujeito, de qualquer coisa de mais sagrado que a moral, porque se prende a sua estrutura inconsciente, porque afeta sua dinâmica no que ele tem de mais essencial: o sexo.

É assim que o sujeito pode chegar às perversões em relação à moral, a aberrações que são ‘sagradas’ para sua ética, uma ética falseada pelos acontecimentos da vida infantil, por ela não ter podido encontrar do lado de fora duas pessoas que representassem nele a triangulação do início da vida. (DOLTO *apud* NICK, 1994, p. 9).

A homossexualidade masculina pode ser explicada a partir desses acontecimentos.

Leite (2003, p. 95) apresenta o estudo de um psicanalista canadense:

¹² Ser homem não significa apenas ter atitudes fortes, o pai pode (e deve) perfeitamente ter atitudes “maternais”, assim como a mãe pode (e deve) ter atitudes fortes, sem que haja ameaça à identidade de cada um. Pai e mãe devem completar-se (duas pessoas diferentes que se sobrepõem na ternura, na ação, etc.). Para os filhos isso cria a idéia de pessoas totais e inteiras, ao contrário, deixá-los com pais que são só masculinos ou mães que são só femininas, tornariam os meninos insensíveis e dominadores e as meninas impotentes e subjugadas.

Segundo Bieber, todos os homossexuais examinados manifestaram, sem exceção, uma imagem do pai excessivamente negativa. O pai é praticamente 'inexistente' (ausente), ou, presente, revelou-se brutal, hostil, rude, desagradável, não assumindo nenhuma posição (novamente ausente) para neutralizar a influencia 'devoradora' da mãe.

Os efeitos da ausência também são sentidos pelas meninas, embora de maneira menos devastadora. Aquelas que se identificam fortemente com o pai, que recebem o apoio deles, enfim, pais e filhas que mantêm um bom relacionamento, serão mulheres mais seguras de si e que terão uma auto-estima alta.

Quanto ao desenvolvimento moral, existem análises que comprovam a tese segundo a qual a afeição paterna é fator de extrema importância para o desenvolvimento moral do indivíduo. Esses estudos mostraram que as mães de delinqüentes eram mais afetuosas do que os pais, além de serem a principal protetora.

E, acrescentemos também, que o pai deve corrigir os filhos com autoridade quando estão errados. Afinal, o ato de impor limites também é afetuoso, pois o limite estabelece fronteiras que criam parâmetros, pontos de apoio, que a criança fará uso em seu desenvolvimento.

De acordo com Dobson (2003), dados levantados durante 25 anos por um conselheiro religioso num presídio o fizeram chegar à conclusão que, dentre os milhares de prisioneiros que conheceu, nenhum deles amava sinceramente o pai e 95% dos que estavam no corredor da morte odiavam seus progenitores.

O psicólogo/autor cita ainda um evento que autentica essas informações: uma empresa de cartões decidiu fazer algo especial para o dia das mães, oferecendo a oportunidade de cada prisioneiro enviar um cartão grátis para a mãe. As filas formadas foram extensas e os cartões se esgotaram. A mesma coisa foi feita no dia dos pais, mas dessa vez nenhum prisioneiro apareceu para enviar um cartão ao pai.

Há como negar a importância que esses pais tiveram na vida de seus filhos?

Abaixo está colacionada uma pesquisa realizada pelo Departamento de Serviços Humanos e Social dos EUA, extraída do artigo elaborado por Costa (s.d.), que traduz em números os efeitos da ausência paterna:

- . Meninas têm 2,5 vezes mais propensão a engravidarem na adolescência e 53% mais chances de cometerem suicídio.
- . Meninos têm 63% mais chances de fugirem de casa e 37% mais chances de utilizarem drogas.
- . Meninos e meninas têm duas vezes mais chances de acabarem na cadeia e aproximadamente quatro vezes mais chances de necessitarem de cuidados profissionais para problemas emocionais ou de comportamento.

Outro ponto que devemos abordar se refere à época que a criança abandona a intimidade do lar para entrar na sociedade: é a entrada na escola primária, que ocorre por volta dos seis, sete anos.

Ingressando na escola e abandonando o mundo “maternal”, a criança fará uso do modelo paterno para criar sua própria imagem individual frente a seus amigos (o conhecido: “meu pai é mais forte que o seu”).

Quanto maior a ausência paterna nessa fase, maior será a dificuldade encontrada pela criança para se integrar no meio social, comprometendo seriamente seu processo de independência, além de sua socialização.

Assim, os pais representam, ao mesmo tempo, segurança frente à sociedade e garantia da identidade desta criança em relação ao grupo social. A ausência de um deles (no caso o pai), destrói a imagem primitiva do pai que a criança construiu. Suprimir essa expectativa implica em dificultar a adaptação social da criança.

A existência da tríade pai-mãe-filho é a base a partir da qual essas¹³ estruturas psíquicas vão se formando e cada pólo desse triângulo contribui com sua parte, imprimindo na criança as características próprias a cada sujeito. O grau de saúde mental depende, portanto, de cada um dos membros dessa tríade e as suas falhas, insuficiências e ausências vão ter repercussões diretas na criança em desenvolvimento (NICK, 1994, p. 12).

¹³ Aqui o autor se refere à existência de vários tipos de estruturação psíquica possíveis e aos vários graus de integração dessas estruturas, tudo de acordo com a psicanálise.

Frischer *apud* Leite (2003, p. 101) chegou à seguinte conclusão quando da análise de crianças que se desenvolveram sem a presença da figura paterna:

[...] 'com toda objetividade e sem nenhuma dissimulação ser inegável que se a maioria destas crianças, inicialmente, não apresentam nenhum sinal diferenciador, com o passar dos anos, nota-se, em um grande número dentre elas, manifestações de perturbações psicossomáticas ou de caráter pronunciadas'.

São vários os estudos realizados junto às famílias onde o pai estava ausente e os resultados foram os mesmos: na sua maioria as crianças apresentavam perturbações no desenvolvimento social e afetivo (a ausência do pai gera nos filhos um sentimento de medo de se envolver em relacionamentos saudáveis, fazendo com que muitos não evoluam no amor porque se ressentem da falta do amor paterno). Podem apresentar, outrossim, depressões, baixa auto-estima, sentimentos de ódio e inveja, bem como podem acreditar que não são merecedoras de amor.

O ser humano tem necessidade inerente de amar e ser amado, de ser acariciado, de sentir a presença física dos pais, de ser educado, repreendido, etc.

Os momentos mais prazerosos e que serão mais lembrados por uma criança são, certamente, aqueles resultantes das interações afetivas entre pais e filhos. São esses que apertam a cada dia o nó que une essas gerações.

A autoridade e o respeito devem e precisam existir, contudo a amizade entre pais e filhos é de extrema relevância.

Vejam os alguns exemplos, parte deles retirados do livro *Educando Meninos*, de Dobson (2003), do que o pai pode fazer para não formar um bom relacionamento com seus filhos:

- Sugira que tirem uma soneca com você numa linda tarde de domingo;
- Leia o jornal enquanto os ajuda nas tarefas escolares;
- Falte nas reuniões escolares e nos dias festivos, especialmente àqueles dedicados a você;

- Não dê grande importância aos presentes feitos por seus filhos na escola. Lembra-se deles? São aqueles que eles passaram dias fazendo e outros aguardando a entrega;
- Vá até o campo de futebol da escola praticar seu jogo de golfe e mande as crianças pegarem as bolas depois que terminar;
- Troque a prometida ida ao parque por um jogo de futebol na televisão, afinal, é seu time que está jogando;
- Quando a criança lhe mostrar um boletim com boas (talvez ótimas) notas, troque o elogio que ela espera por um eloqüente “Só isso!? Que o próximo seja melhor” ou “Sua escola deve ser fácil”.

Essas são algumas das atitudes impensadas (ou até pensadas) que provocarão profundas mágoas na criança e que ficarão guardadas para sempre em sua memória.

Não bastasse a dor do menosprezo, o desinteresse do pai na condução de um desenvolvimento saudável de seus filhos é uma fonte causadora dos danos analisados nesse capítulo.

Além dos danos já mencionados podemos ainda arrolar: complexos de culpa e inferioridade, timidez, dificuldades de relacionamento, distorções na expressão de afetos que resultam em explosões afetivas, instabilidade emocional, comportamentos impulsivos e imprevisíveis, angústia, comportamento social superficial, não compreensão adequada da rede de significados emocionais, imagem depreciativa de si, conflito de identidade, carência afetiva, dificuldades no desenvolvimento profissional, entre diversas outras conseqüências que podem advir.

Agora que temos uma pequena noção da importância reservada ao pai na vida do indivíduo em desenvolvimento, vamos estudar como a lei, reconhecendo sua importância, regulou a matéria.

Antes, gostaríamos de finalizar o capítulo com um parágrafo que melhor sintetiza o que escrevemos até aqui e que representa o cerne de nosso trabalho:

A verdadeira função do pai vem de dentro: vem da alma, vem do desejo de ter o filho, do calor de abraçar o filho, da possibilidade de se perpetuar no filho. A grande função do pai – como da mãe – é amar, e amar é priorizar o bem-estar do outro. No caso da função paterna, o outro é o filho, e o amor, nessa relação, é expresso por cuidados materiais, educacionais e espirituais, prestados afetivamente (FERREIRA, 2004, p. 82).

3 A PROTEÇÃO JURÍDICA DO AFETO

3.1 Considerações gerais

A nova concepção de família nas relações paterno-filiais e na convivência familiar, ou seja, a família vista como uma relação afetiva, de instrumento de realização do ser humano, vem despertando a atenção dos estudiosos do direito.

Apenas a título de elucidação temos que, se a família ainda fosse vista como uma relação meramente econômica, os deveres paternos cingir-se-iam apenas aos bens materiais. Contudo, em razão da evolução do papel da família e pelos motivos já explanados no capítulo anterior, o afeto reclama proteção legal.

Apesar de não existir no nosso ordenamento expressa previsão legal que atribua ao filho o direito ao afeto, vários são os dispositivos que evidenciam a existência do direito-dever paterno de cuidar e proteger o filho, seja no seu aspecto físico, seja no seu aspecto psíquico.

Assim, é imperiosa uma análise dessa proteção jurídica do direito ao afeto no campo jurídico, para se ter uma noção exata da extensão dessa proteção.

3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana foi objeto de expressa previsão em nosso texto constitucional vigente, podendo ser encontrada nos artigos 1º, inciso III e 227, *caput*, bem como em outros capítulos da nossa lei fundamental, *v.g.*, artigo 170, *caput*. No Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o artigo 15 reafirma o direito à dignidade do menor e faz especial menção à condição de pessoas humanas em processo de desenvolvimento.

Reza o artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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. <grifo nosso>

Por se tratar de um princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana norteia toda a interpretação do ordenamento jurídico. Nunes (2002, p. 37) explica com clareza a acepção do termo “princípio”:

[...] princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

O princípio funciona assim, como um vetor para o intérprete das normas jurídicas. É a vontade da Constituição que deve ser respeitada. Nunes (2002), complementa o raciocínio dizendo que os princípios funcionam como verdadeiras supranormas, agindo como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivadas ou costumeiras.

Cumpramos ressaltar que todo ser humano tem dignidade só pelo fato de ser pessoa. É um direito inerente ao homem, advindo daí sua inalienabilidade e irrenunciabilidade.

Em busca de uma definição para o que seja dignidade, Sarlet (2002) citando as lições do alemão Dürig, lembra que sempre que o ser humano for reduzido à condição de objeto, não sendo considerada a sua condição de sujeito de direitos, sua dignidade estará sendo atingida.

Chegamos à conclusão que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a liberdade, a igualdade, enfim, os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados, não haverá dignidade humana.

Sarlet (2002, p. 62) entende por dignidade da pessoa humana,

[...] a 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, neste 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 seres humanos.

Partindo dessas breves definições, podemos concluir que todos os direitos e garantias constitucionais encontram seu fundamento direto na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, já que todos objetivam a proteção e o desenvolvimento das pessoas.

Não restam dúvidas de que o direito ao afeto na relação paterno-filial, que nada mais é do que uma proteção emocional (psíquica) do ser humano, está contido na dignidade da pessoa humana.

A existência digna de um indivíduo está ligada, dentre outras condições, ao amparo afetivo, moral e psíquico que recebe de seus genitores durante seu desenvolvimento. O menosprezo, a indiferença, a rejeição e o descaso do pai ferem a honra, a moral, a imagem e a psique do filho, privando-o do mínimo necessário para uma vida saudável e harmoniosa.

Ademais, Sarlet (2002) lembra que nada impede que se busque, com fundamento direto na dignidade da pessoa humana, a proteção da dignidade contra novas ofensas e ameaças, em princípio não alcançadas, ao menos não expressamente, pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais já consagrados no texto constitucional, o que se dá no estudo em desenvolvimento. Devemos lembrar que a visão de família como uma reunião de pessoas que cultivam entre si laços afetivos é relativamente nova, e, por consequência, também é recente a ofensa moral pela ausência de afeto na relação paterno-filial.

Pereira (2002), usando a expressão *direito ao pai*, em referência à função exercida por esse pai, incluindo aí o suporte afetivo, ensina:

[...] o direito ao pai é condição básica para que alguém possa existir como sujeito. Portanto, é mais que um DIREITO FUNDAMENTAL, é o DIREITO FUNDANTE DO SER HUMANO COMO SUJEITO. Desta forma, podemos dizer que sem paternidade não é possível existir o

sujeito, ou seja, não há sujeito sem que alguém tenha exercido sobre ele uma função paterna.

Assim, tanto no artigo 1º, inciso III, quanto no artigo 227 da Constituição Federal – este último fazendo especial referência à proteção da criança e do adolescente e mais, impondo tais deveres não apenas ao Estado, mas também a cada membro da própria família – depreende-se que há o dever paterno em possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, o que significa não somente o dever de alimentar, mas dar a devida atenção às necessidades de afeto e proteção.

Ressaltemos que os danos advindos do descumprimento desse dever foram devidamente analisados no capítulo anterior, e a sua nocividade foi demonstrada.

Privar a pessoa dessas necessidades básicas, submetendo-a aos danos já estudados, é reduzi-la à condição de objeto de direito, é privar-lhe de uma condição para uma existência digna, tratando-se, portanto, de ofensa ao princípio em questão.

3.3 Direito à saúde

Além de assegurar o direito à dignidade, o artigo 227 da Constituição Federal também põe a salvo o direito da criança e do adolescente à saúde.

Com o mesmo intento de proteger a saúde, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), protege a integridade pessoal no artigo 5º, dizendo que “Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral” (OLIVEIRA, 2002, p. 213).

O conceito mais abrangente, preciso e objetivo de saúde “é dado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), no preâmbulo de sua constituição datada de 26 de julho de 1946, ao considerar como saúde ‘o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social’” (OLIVEIRA, 2002, 210).

Deste conceito podemos tirar a seguinte conclusão: é considerada saudável não apenas a pessoa que se apresenta em perfeitas condições de higidez física, mas também aquela que apresenta sanidade mental e que se acha integrada na convivência social.

Traumas, desequilíbrios e perturbações (possíveis conseqüências da rejeição, da hostilidade paterna) são afetações psíquicas que desequilibram a harmonia da tríade bio-psico-social na qual o homem está concebido.

Deste modo, aonde existir uma conduta imprópria do pai, que acarrete um vazio no desenvolvimento afetivo, moral e psicológico do filho, haverá o descumprimento de um dever paterno e a supressão do direito constitucionalmente consagrado.

3.4 Poder Familiar

3.4.1 Antecedentes Históricos

Sob forte influência romana, o pátrio poder vigorou em nosso ordenamento até a promulgação da Constituição de 1988 que, por meio de seu artigo 226, §5º, estabeleceu a igualdade jurídica entre os cônjuges.

Para melhor entendimento, é interessante que façamos um apanhado histórico do instituto.

O instituto do pátrio poder no direito romano indicava a absoluta autoridade paterna sobre a pessoa de seus filhos. E mais, era um poder exercido sobre tudo e sobre todos do grupo - incluindo aí a esposa, os filhos, os escravos, e qualquer outra pessoa que estivesse ligada à família -, além de ser vitalício, o que implicava em cerceamento à liberdade.

O *pater familias* era o condutor da religião doméstica, bem como do grupo familiar. Sua autoridade não tinha limites, tendo, inclusive, direito sobre a vida e a morte dos membros da família. São alguns direitos do *pater familias* enumerados

por Coulanges (1987, p. 93-94), que advinham das funções de chefe religioso, proprietário e juiz, acumuladas na pessoa do *pater*:

a) direito de reconhecer o filho ao nascer, ou de o rejeitar. Sem o consentimento do chefe e a iniciação ao culto doméstico, o filho nada representava para seu pai;

b) direito de repudiar a mulher, quer em caso de esterilidade, quer em caso de adultério;

c) direito de ceder a outro o poder que tem sobre a filha, casando-a, ou de casar o filho;

d) direito de excluir um filho da família e do culto (emancipação);

e) direito de introduzir um estranho no lar doméstico (adoção);

f) direito de designar tutor para mulher e filhos ao morrer;

g) direito aos frutos do trabalho dos filhos;

h) direito de vender os filhos, que eram encarados como propriedade;

i) direito de atuar como juiz de sua família, podendo até condenar um membro à morte.

Desse pequeno rol podemos compreender quão grande foi a centralização do poder familiar em uma única pessoa: o pai.

Esses poderes absolutos do pai começaram a ruírem junto com o próprio Império Romano, passando a se adaptarem ao direito costumeiro dos povos da Europa e se compatibilizarem com as regras do direito canônico.

Durante a Idade Média, o supracitado direito de morte e de vida sobre os filhos foi substituído pela punição física (desde que o castigo não levasse à morte), a mulher passou a exercer o pátrio poder na falta do marido e a emancipação econômica do filho, pelo casamento ou exercício de altos cargos, cessava referido poder, sendo que, em alguns lugares, a partir já do século XVI, a idade foi tomada em conta como critério para emancipação.

Na idade das Luzes, merece especial destaque o pensamento jusnaturalista de John Locke, trazido por Silva (2002), que coloca o pátrio poder como uma certa exceção à igualdade natural e liberdade de todos os homens.

Para ele, os pais têm sobre os filhos uma espécie de “regra e jurisdição” temporárias, até que atinjam a idade da razão e possam compreender, por si, a lei que lhes garante a própria liberdade.

Enquanto o filho se encontrar em um estado em que não tenha entendimento próprio para dirigir-lhe a vontade, não poderá ter qualquer vontade própria para seguir: quem por ele entende terá também de por ele querer; terá de prescrever-lhe a vontade e regular-lhe as ações; mas quando o filho atingir o estado que fez do pai um homem livre, também será livre. (LOCKE, *apud* SILVA, 2002, p.38-39).

Desse pensamento depreende-se a noção de incapacidade dos menores que só depois de um século foi regulamentada pelo Código Civil de Napoleão.

É o fim do poder que tinha por fundamento a preservação da família e o início de uma nova concepção, que dá ao pátrio poder um caráter instrumental, dirigido à formação do “homem livre” (aquele que pode agir segundo a sua própria vontade).

3.4.2 O Poder Familiar no Direito Brasileiro

Antes do Código de 1916, era o direito civil português, sistematizado, fundamentalmente, nas Ordenações Filipinas que vigorava no Brasil.

Contagiadas pelo direito romano, as ordenações não abandonaram o autoritarismo patriarcal característico do pátrio poder, apesar de ter assumido uma forma mais branda.

Ao pai cabia o poder exclusivo e vitalício dos filhos - prevalecia ainda o entendimento de que o fim da menoridade não cessava o pátrio poder, que nada mais é do que um forte resquício do direito romano -, filhos estes que deveriam ter nascido de “justas núpcias”, excluídos, portanto, os então denominados ilegítimos (naturais ou espúrios¹⁴), mesmo os reconhecidos, e os adotivos. Às mulheres era

¹⁴ Os filhos eram chamados de naturais quando descendiam de relações sexuais por pais não casados legalmente, mas que não possuíam qualquer impedimento para o matrimônio. Por sua vez, espúrios eram os filhos nascidos de uma relação adúltera ou incestuosa.

negado o exercício do pátrio poder, também prevalecendo a tradição romana que tratava a mulher, assim como o filho, como *aliene iuris*.

Em 31 de outubro de 1831, foi fixada através de decreto a idade de vinte e um anos como termo da menoridade e da aquisição da capacidade civil plena, pondo fim ao exercício vitalício do pátrio poder.

O Decreto de 24 de janeiro de 1890 concedeu à mulher viúva o direito de exercer o pátrio poder enquanto não contraísse novas núpcias, deixando assim, de ser uma prerrogativa exclusiva do homem, com a ressalva de que a mulher só exerceria tal direito em caráter subsidiário.

No Código Civil de 1916 o exercício do pátrio poder ainda era privilégio do marido, só sendo exercido pela mulher de modo subsidiário, como se depreende da redação original do artigo 380: “Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher”.

O artigo 379 do mencionado diploma legal trouxe como sujeitos ao pátrio poder apenas os filhos que podiam ser reconhecidos, entendidos como tais os filhos naturais¹⁵, os legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos, excluindo-se os incestuosos e os adúlteros. Esses filhos ilegítimos (assim entendidos aqueles nascidos de família ilegítima, não matrimonial) que não podiam ser reconhecidos ficavam, quando possível, sob o pátrio poder da mãe, nos termos do artigo 383 do Código, mas se legitimados, essa mãe perderia o pátrio poder para o homem.

A extinção do pátrio poder se dava com a morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade, fixada em 21 anos ou pela adoção.

Com a promulgação da Lei nº 4.121, de 27/08/1962 (Estatuto da Mulher Casada), o artigo 380 do Código Civil de 1916 foi alterado, elevando a mulher ao patamar de colaboradora do homem nas questões relativas aos filhos menores. Dispõe o artigo:

¹⁵ “Os filhos naturais ficavam sob o pátrio poder do pai ou da mãe que o reconhecesse e, se ambos, do pai, salvo se o juiz decidisse de modo diferente, nos termos do Dec.-lei 5.513, de 01.1943 [...]” (COMEL, 2003, p. 29).

“Art. 380. Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade”.

O exercício do pátrio poder continuava sendo conferido desta maneira, em primeiro plano ao pai e secundariamente à mãe.

Uma real conquista feminina no que diz respeito à prole é a que alterou a redação do artigo 393 do Código Civil de 1916, quando conferiu à viúva que contraísse novas núpcias a continuidade do exercício do pátrio poder relativamente aos filhos do casamento anterior.

Após vinte e seis anos, com a promulgação em cinco de outubro de 1988 da Constituição da República Federativa do Brasil, por meio de seus artigos 5º, inciso I e 226, §5º, foi estabelecida a igualdade jurídica entre os cônjuges. Homens e mulheres (pais e mães) passam a ter os mesmos direitos e obrigações na criação dos filhos. Vários dispositivos do Código Civil de 1916 e de outras leis esparsas deixaram de ser recepcionados, *v.g.*, o artigo 380. É a igualdade absoluta entre cônjuges, culminando com o desaparecimento da família patriarcal e hierarquizada e o reconhecimento da família nuclear, calcada na igualdade e no companheirismo.

O legislador constituinte nada mais fez do que compatibilizar a lei com os fatos sociais. A mulher já vinha assumindo o exercício desse poder na vida cotidiana familiar. Era o exercício de um pátrio poder de fato que reclamava proteção legal, e assim foi feito.

O artigo 227, “caput” da Constituição Federal incorporou a Doutrina da Proteção Integral, que significa que a criança e o adolescente deixaram de ser tratados como objetos de direito e passaram a ser sujeitos de direito perante a família, a sociedade e o Estado.

Por força do artigo 227 §6º da Constituição Federal, estaria sujeito ao pátrio poder todo e qualquer filho, sendo proibida qualquer distinção relativa à filiação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990), estabeleceu em seu artigo 21:

Art. 21. O pátrio poder 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.

Tal dispositivo apenas reafirmou o que foi estabelecido pela Magna Carta de 1988. Contudo, o Estatuto deixou de preencher algumas lacunas no que se refere ao exercício do pátrio poder, conforme ensina Comel (2003, p.47):

No que se refere à forma de exercício do pátrio poder, estabeleceu o citado art. 21 que deverá ser conforme dispuser a legislação civil. Entretanto, a legislação civil em vigor na época – CC/1916 – ainda não se havia harmonizado à filosofia constitucional e estatutária, posto que além de ser do ano de 1916, alterada parcialmente pelo EMC, em 1962, e complementada pela Ldi, em 1967, foi totalmente elaborada com base no princípio da unidade de direção, e para a família patriarcal, que era o modelo predominante na época.

Referidas lacunas só foram preenchidas com a Lei nº 10.406, sancionada em 10/01/2002, que instituiu o Código Civil.

O Código Civil vigente alterou a denominação até então existente – pátrio poder – para poder familiar, dedicando ao assunto um capítulo inteiro (Capítulo V, do Subtítulo II, do Livro IV).

Essa alteração da nomenclatura nada mais foi do que uma adaptação ao que havia sido declarado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, §5º (igualdade entre cônjuges).

A justificativa foi de que a expressão pátrio poder era denotadora da prevalência do cônjuge varão sobre a pessoa dos filhos, reconhecendo-se, então, a necessidade de substituição para que dúvida não houvesse sobre a posição da mulher na direção da sociedade conjugal, exercida por ambos, em colaboração, sempre no interesse do casal e dos filhos. E isso com fundamento na Constituição Federal, que estabelece que 'homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações', o que, segundo o relator, amplia a procedência da crítica formulada na justificação da emenda ao emprego da expressão pátrio poder. (COMEL, 2003, p. 53-54).

O artigo 1.631 do Código Civil traz expressamente a igualdade de condições entre pai e mãe no exercício do poder familiar, sendo que na falta ou

impedimento de um deles, o outro o exercerá **com exclusividade**. Observa-se, outrossim, que, embora o dispositivo diga que “durante o casamento e a união estável compete aos pais o poder familiar”, é cediço que por força do artigo 227, §6º da Constituição Federal, qualquer filho, independente da origem de seu nascimento está sujeito ao poder familiar.

O parágrafo único do mesmo dispositivo dispõe que, na divergência dos pais quanto ao exercício do poder familiar, a solução do desacordo será dada pelo juiz.

3.4.3 Conceito

Apenas a doutrina oferece conceitos para o instituto. A lei apenas o regulamentou, contudo, não o definiu.

Diniz (2002, p. 447), assim define o poder familiar:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Segundo Pereira (2004, p. 421), poder familiar é o “complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições segundo o artigo 226, §5º, da Constituição”.

Neto *apud* Comel (2003, p. 65) entende que:

Pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no direito natural, confirmado pelo direito positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar.

Leite (2005) critica o legislador infraconstitucional, sob a alegação de esse ter mantido a estrutura patriarcal do início do século, na qual o pai figurava como chefe familiar, quando da elaboração do Código Civil de 2002.

Para esse doutrinador, o capítulo referente ao poder familiar (artigos 1.630 a 1.638), prevê grande quantidade de deveres, obrigações, sanções, respeito e obediência, características típicas do autoritarismo patriarcal, sem se ater ao novo modelo familiar, sustentado na igualdade, companheirismo, na solidariedade, na ternura, no Amor.

Contudo, o doutrinador lembra que a família moderna “aponta para uma direção diametralmente oposta: é o interesse dos filhos, das crianças, que norteia toda a ação humana e que levou Talcot Parsons, nos Estados Unidos, a visualizar uma nova família, do tipo nuclear” (LEITE, 2005, p. 278).

Com o fito de corroborar com as lições de Leite, é pertinente esposar o entendimento de Comel (2003) acerca do assunto.

Segundo a professora, para que se possa apreender o poder familiar em seu real alcance e significado é imprescindível fazer a análise do instituto sob a nova ótica jurídico-social. Assim sendo, o Código Civil deve ser lido à luz dos princípios e regras estabelecidos na Constituição Federal, v.g., o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, da igualdade jurídica entre cônjuges e da igualdade jurídica de todos os filhos, bem como das mudanças de valores sociais, entre elas podemos citar o reconhecimento da família como refúgio do afeto e da criança como ser humano em desenvolvimento.

Não se trata, portanto, de uma simples mudança terminológica, mas uma “revisão de um modelo jurídico secularizado” (COMEL, 2003, p. 55). Caso não seja esse o tratamento dado ao tema, estaremos retrocedendo ao patriarcalismo.

Outra crítica tecida pela doutrina diz respeito à expressão “poder familiar”.

Já sabemos que a expressão “pátrio poder” não cabia mais na nova realidade social caracterizada pela família não hierarquizada, onde o cônjuge varão não mais detém a administração familiar com todas as suas prerrogativas. Ademais, o foco da atenção passa do pai para os filhos, ou seja, o *poder* deixa de ser uma prerrogativa dos pais para se afirmar como a fixação jurídica do interesse dos filhos, como bem explica PEREIRA (2004, p. 422):

A referida estrutura consagra, definitivamente, a 'doutrina da proteção integral', ao indicar que os interesses dos pais não se impõem aos dos filhos, reconhecendo-se a condição de sujeitos de direitos que a lei lhes atribui. Estamos diante de uma nova estrutura familiar marcada essencialmente pelas responsabilidades dos pais pelos filhos, pessoas em condições peculiares de desenvolvimento.

Com efeito, está assentado na doutrina que mesmo que a expressão utilizada seja *poder*, esta não constitui efetivamente um ato de poder, mas sim numa obrigação, num encargo a ser exercido em favor e em prol do filho. É um poder-dever dos pais que o exercem no interesse exclusivo do menor e sob a supervisão do Estado, configurando um verdadeiro *munus* público.

Quanto à expressão *familiar*, esta dá a idéia de que o encargo não é somente dos pais, mas da família (incluindo aí os avós, os irmãos), não sendo, daí, compatível com a titularidade do instituto.

Por tais motivos, COMEL (2003) propõe a expressão *autoridade parental* como mais adequada para traduzir o real significado do instituto. Segundo ela, autoridade tem um sentido mais ameno que poder e mesmo assim preserva a idéia de decisão, de se fazer obedecer, de ascendência, enquanto parental restringe esse *munus* ao pai e a mãe.

É nítida a evolução do instituto desde o período romano até os dias atuais. Enquanto naquele o pátrio poder era ligado ao autoritarismo paterno, ao interesse do chefe da família e, principalmente, a um direito conferido ao pai sobre o filho, seja no aspecto econômico, social ou pessoal, no direito contemporâneo, o poder familiar é tido como um complexo de direitos e deveres atribuídos aos pais, no interesse do menor, tendo em vista o reconhecimento desses como sujeitos de direitos e obrigações. Não há mais poder sobre os filhos, mas deveres em relação aos filhos.

O conceito de pátrio poder elaborado por Pontes de Miranda já trazia essa preocupação com os cuidados que haviam de ser despendidos pelos pais, a saber:

Conjunto de direitos concedidos ao pai ou à própria mãe, a fim de que, graças a eles, possa melhor desempenhar sua missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida. (MIRANDA *apud* COMEL, 2004, p.61).

3.4.4 Conteúdo

As funções do poder familiar estão contidas no artigo 229 da Constituição Federal, no artigo 1634 do Código Civil e no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Estabelece o artigo 229 da Magna Carta, que "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores" [...].

O dispositivo deixa claro o dever dos pais de estarem presentes na vida do filho, prestando-lhes a assistência de que necessitam.

Tendo-se em conta o que diz Comel (2003, p. 95) a respeito desse dever/direito dos pais, "o dever de assistir será cumprido à medida que os pais assumirem todos os encargos com relação aos filhos, dando-lhes o suporte necessário ao pleno desenvolvimento da personalidade deles".

Nestes termos, e pelos motivos que foram expostos no capítulo referente à função paterna, não restam dúvidas de que a afetividade estrutura os direitos da personalidade, à medida que possibilita a preservação do ser humano em seu aspecto psíquico e social.

O artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente traz aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores. Sendo que, a guarda (um dos atributos do poder familiar regulado pelo artigo 33 do mesmo diploma legal) compreende os deveres de assistência material, **moral** e educacional à criança ou adolescente.

Foi com base no dispositivo legal supra que o juiz de direito da comarca de Capão da Canoa/RS Mario Romano Maggioni condenou o pai a indenizar o filho em razão do abandono afetivo, segundo ele,

[...] aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da Lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a

escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme [...]

O Código Civil arrola sete incisos que fixam os deveres/direitos dos pais em relação aos filhos menores (artigo 1.634), são eles:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V – representá-los, até aos 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprimindo-lhes o consentimento;

VI – reclamá-los de que ilegalmente os detenha;

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O dever de criar significa propiciar ao filho todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (meios materiais para subsistência, direção espiritual, moral, intelectual, capacitação social, tudo segundo a capacidade econômica e social dos pais), incluído-se aí o direito do menor ou adolescente ser criado num ambiente familiar afetuosos, acolhedor, que permita um desenvolvimento saudável e digno.

O dever de educar tem por escopo o pleno desenvolvimento da criança ou adolescente, preparando-os para o exercício da cidadania e qualificando-os para o trabalho (artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Por sua vez, segundo o artigo 3º do ECA, o pleno desenvolvimento abrange os aspectos físico, moral, espiritual e social. Assim, a educação, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não se restringe apenas à escolaridade. Comel (2003) trata a respeito da educação informal, que, segundo ela, é mais determinante ao desenvolvimento da personalidade do filho do que a educação formal (escolarização em estabelecimento oficial de ensino). Referida educação é aquela

passada na convivência diária do pai com o filho, portanto, revestida de significativo conteúdo afetivo e emocional.

É por meio da educação informal “que o pai vai passar ao filho os valores que tem como importantes na vida, transmitindo-lhe um ideário filosófico e religioso”. E continua dizendo que essas são essas “noções e conceitos que se integrarão de modo relativamente estável e duradouro na personalidade do filho”. (COMEL, 2003, p. 103).

Quanto ao inciso II, Comel (2003) explica a distinção entre os termos ter em companhia da guarda. Enquanto a segunda diz respeito à prerrogativa de ter o filho em seu poder (é uma posse oponível a terceiros e vinculada aos deveres de assistência moral, material e intelectual), podendo ser exercida independentemente do poder familiar, a primeira é função típica e da essência do poder familiar, indo além da guarda.

[...] a função de ter os filhos em sua companhia deve ser entendida como uma forma de estabelecer com eles relação de tal proximidade que gere uma verdadeira comunidade de vida e interesses, em que haja constante troca de experiências, sentimentos e informações. Não fosse assim, não teria sentido algum a convivência dos filhos com os pais, posto que não é função com fim em si mesmo, senão que se constitui em meio para alcançar o objetivo maior de assistir, criar e educar o filho, que exige estreito relacionamento para possibilitar troca de afetos, sentimentos, idéias, experiências e promover o desenvolvimento pleno e sadio do filho. Outrossim, a própria convivência familiar está alçada à categoria de direito fundamental da criança e do adolescente, conforme dispõe o art. 227 da CF, tão grande a importância na formação do filho. (COMEL, 2003, p. 111).

Quanto aos demais incisos, entendemos serem auto-explicativos e por isso, não demandam maiores explicações.

Dos comentários tecidos acima, percebemos que as funções atribuídas aos pais possuem fundamentos mais morais do que jurídicos. Trata-se de relações interpessoais, ligadas por um sentimento afetivo que une pai e filho. Essa comunhão de afeto torna as obrigações encontradas na lei, antes de tudo, deveres morais impostos pela consciência e pelo sentimento íntimo, que foram acolhidos pelo legislador, e não por ele criados.

Ao Estado cabe intervir nessas relações paterno-filiais para assegurar todos os direitos reconhecidos à criança e ao adolescente, seja através da fiscalização, seja através da criação de leis, de políticas sociais públicas, dentre outras formas de proteção (artigos 227 da Constituição Federal e artigo 4º do ECA).

3.4.5 Causas de suspensão e de perda

As causas de suspensão do poder familiar estão previstas no art. 1.637, “caput” e parágrafo único do Código Civil, sendo elas: abuso da autoridade parental (a lei explica que o abuso deve implicar em falta aos deveres inerentes ao poder familiar ou em ruína dos bens dos filhos) e condenação por sentença irrecorrível em virtude de crime cuja pena exceda dois anos de prisão.

Nessa forma de privação do exercício do poder familiar, o pai ou mãe ou ambos são retirados temporariamente de todos os seus atributos ou de apenas algum deles em relação a um único filho ou a alguns. Com o desaparecimento da causa que deu origem à suspensão, o pai/mãe retornará ao exercício do poder familiar.

A destituição ou perda do poder familiar (art. 1.637 do Código Civil) é uma sanção mais grave do que a suspensão. Tem por características principais o caráter permanente – embora seu exercício possa ser restabelecido pela regeneração ou pelo desaparecimento da causa que a determinou, mediante devido processo judicial – e atinge todos os filhos, pois se o pai não é apto para cuidar de um deles, também não o será em relação aos demais, ocorrendo quando o pai ou a mãe:

- I – castigar imoderadamente o filho;
- II – deixar o filho em abandono;
- III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

A hipótese que nos interessa está prevista no inciso II, que trata do pai/mãe que deixa o filho à mercê da própria sorte, ainda que com terceira pessoa ou com o outro pai. Compreende tanto o abandono material quanto o abandono moral. O abandono material é a privação do filho “de condições imprescindíveis a sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que, eventualmente, em virtude de falta, ação ou omissão (Lei nº 8.069/90, arts. 4º, 7º, 22, 23, 53, 55, 87, III e IV, 98, II e 130)”. (DINIZ, 2002, p. 460).

O descaso – que prescinde de culpa do pai/mãe, satisfazendo-se com imputabilidade da conduta e a existência de interesses do menor – pela criação, crescimento, desenvolvimento e moralidade do filho configura o abandono moral deste.

Utilizaremos aqui das palavras de Comel (2003, p. 288), para definir o abandono dos filhos pelos seus respectivos pais.

É ato que afronta um dos direitos mais caros do filho: o estar sob os cuidados e vigilância dos pais. Traduz-se o abandono na falta de cuidado de atenção, na incúria, ausência absoluta de carinho e amor. É o pai que tem desleixo com a prole, que pouco se lhe importa a nutrição, faltando aos cuidados básicos e essenciais à própria sobrevivência, e mantendo o filho em estado de indigência.

Alguns defendem – e essa é, ao nosso ver, a posição que melhor traduz a finalidade do instituto, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente – que a perda do poder familiar é medida sancionadora ao pai e protetora do interesse do filho. Para os que defendem essa dupla finalidade, o pai/mãe só será privado do exercício do poder familiar quando além da ocorrência do descumprimento imputável ficar demonstrada a conveniência da medida para o filho, segundo o melhor interesse deste. Sem a cumulação desses dois requisitos não haverá perda do poder.

Lembrando que ambas as sanções (suspensão e perda) são decretadas judicialmente, com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa e têm por finalidade o afastamento do pai/mãe faltoso das funções inerentes ao poder familiar. Além dos dispositivos encontrados do Código Civil, o ECA, em seu artigo 24, prevê a perda e a suspensão do poder familiar nos casos previstos na

legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos.

Além de sujeição à suspensão ou perda do poder familiar, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, a título de sanção administrativa ao pai/mãe que descumprir dolosa ou culposamente os deveres inerentes ao poder familiar, a pena de multa prevista no artigo 249.

3.5 Outros dispositivos legais de proteção ao afeto

Além do princípio da dignidade humana e dos deveres que compõem o poder familiar, encontramos outros artigos de lei que fixam o direito do filho ao afeto.

A própria Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990, portanto inserida no ordenamento brasileiro por meio do artigo 5º, §2º da Constituição Federal, possui em seu preâmbulo o seguinte enunciado: “Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade, deve crescer em um **ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão;**”. <grifo nosso>

E, no seu artigo 7.1 encontramos: “A criança será registrada imediatamente após o seu nascimento e terá, desde o seu nascimento, direito a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, **direito de conhecer seus pais e ser cuidada por eles**”. <grifo nosso>

O Princípio 6º da Declaração Universal dos Direitos da Criança afirma que para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança **necessita de amor e compreensão** e, sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um **ambiente de afeto e segurança moral** e material. Ressalta também que, apenas em circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade será separada de sua mãe.

Aliás, o princípio acima está localizado no tópico denominado “DIREITO AO AMOR E À COMPREENSÃO POR PARTE DOS PAIS E DA SOCIEDADE”,

ou seja, em 20 de novembro de 1959, época em que a Declaração foi adotada em Assembléia Geral, já se reconheceu a necessidade do menor ser recebido e criado num ambiente familiar em que receba amor, confiança, atenção, afeição.

Seguindo essa mesma linha, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, e o art. 19 do ECA garantiu a toda criança e a todo adolescente o direito à convivência familiar, ou seja, ser criado e educado no seio de sua família.

Nota-se então, que o direito da criança não se resume a bens materiais, mas seu desenvolvimento deve estar cercado de amparo afetivo, de cuidados paternos que lhe assegure o desenvolvimento mental, espiritual, social e moral.

Outra fonte geradora do direito ao afeto é a Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente que está consagrado no artigo 227 da Constituição Federal, no artigo 1º, complementado pelos artigos 3º, 4º e 5º do ECA e na Convenção dos Direitos da Criança.

Segundo essa doutrina, a criança e o adolescente, em qualquer situação, devem ser protegidos e seus direitos fundamentais garantidos integralmente, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, moral, mental, espiritual e social, além de terem prerrogativas idênticas às dos adultos. Ademais, o Estado deve assegurar a efetivação desses direitos com absoluta prioridade.

Inegável é, pois, a preocupação do legislador em dar ao menor tratamento especial devido à sua condição de pessoa humana em desenvolvimento. O fim maior dessa particularidade não foi outra senão deixar claro quão imprescindível é a efetivação dos direitos fundamentais na formação e no desenvolvimento da criança e do adolescente, a tal ponto que se deixarem de ser observados durante essa fase, correm o risco de não mais serem restauráveis.

Por fim, transcrevemos parte do artigo 98 do ECA, que também conduz à responsabilidade paterna por descumprimento de deveres relativos à filiação:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I – [...];

II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III – [...].

Temos então, nas palavras de Silva (2004, p. 140):

[...] um ato comissivo do pai ou responsável, consubstanciado numa conduta positiva e danosa ao desenvolvimento da personalidade do filho, ou num comportamento negativo, negligente, violador de dever legal, uma inexecução de comportamento exigido pelo legislador para o bem-estar do filho e, por fim, um abuso de direito propriamente dito.

Assim, vimos como a legislação põe em relevo a notória importância da função paterna na formação da pessoa, tornando a obrigação além de moral, jurídica.

A lei, tal como a sociedade sabe qual é a diferença existente entre gerar, prover e exercer uma função denominada paternidade, bem como o papel desse exercício na construção de um indivíduo, por isso reconheceu aos filhos o direito de conhecer, conviver, amar, ser amado, de ser instruído, de aprender valores morais, sociais, e tantas outras tarefas que só um pai pode executar.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL

No capítulo anterior selecionamos os dispositivos legais que imputam ao pai a obrigação de prestar afeto ao filho (dever jurídico originário). O não cumprimento dessa obrigação violará esse dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade (dever jurídico sucessivo), que nada mais é do que o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação.

“Há, assim, um *dever jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo” (CAVALIERI FILHO, 2003, p.24).

Surge, então, a idéia de responsabilidade civil, que em poucas palavras significa o dever que alguém tem de reparar o dano (material ou moral) causado a outrem, recompondo a vítima ao *statu quo ante* (estado em que se encontrava antes do dano) ou, na impossibilidade disso ocorrer, indenizando pelo equivalente.

A obrigação de reparar o dano está contida no artigo 927 do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Por seu turno, o artigo 186 do Código Civil regula a forma de perpetração do ato ilícito:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

4.1 Evolução histórica da responsabilidade civil

A responsabilidade civil começou como uma forma de vingança, primeiro coletiva, depois privada. Se alguém lhe causasse um mal, a vítima, por ato

próprio, se vingava. Não se cogitava do elemento culpa. O ato era puramente vingativo, não havia regras, nem limitações.

Numa primeira fase, a Lei de Talião regulou a vingança. É a retribuição do mal pelo mal, “do olho por olho, dente por dente”. A resposta, que antes era desmesurada, recebe um limite, pois agora havia de ser proporcional à ofensa. Está crida a partir daí, a idéia de proporcionalidade que vigora até hoje: a responsabilidade civil visa restituir a coisa ao *statu quo ante* ou, se impossível, fica limitada à cobertura do exato valor do prejuízo, nem mais, nem menos.

Numa segunda fase, no Direito Romano, há a cisão do Direito Penal e do Direito Civil, ficando àquele o aspecto punitivo e a este a recomposição patrimonial do prejuízo sofrido (até hoje é assim), a restituição ao *statu quo ante in natura* ou pelo equivalente.

Na terceira fase surge a *Lex Aquilia*, que introduz a noção de culpa. Até então, qualquer ato que causasse dano dava ensejo ao pedido de indenização. A *Lex Aquilia* passa a exigir que o agente tenha agido de forma culposa, além de ter agido e causado um dano.

Essa noção é válida até hoje no direito brasileiro, pois não basta que o agente tenha causado o dano, mas deve fazê-lo com culpa (Código Civil, art. 186).

Contudo, devido, principalmente, ao desenvolvimento industrial e à multiplicação dos danos, surgiram novas teorias com o fito de dar às vítimas maior proteção.

Uma delas é a teoria do risco, que parte do princípio que toda e qualquer atividade perigosa expõe o indivíduo a um risco, tendo, desta forma, que ser indenizado caso sofra algum dano. O simples exercício dessa atividade perigosa é o fundamento da responsabilidade civil. E, o empregador é o responsável porque é o dono dos instrumentos de trabalho que causaram o dano, e não porque agiu com culpa.

A responsabilidade é, portanto, “encarada sob o aspecto objetivo: o operário, vítima de acidente de trabalho, tem sempre direito à indenização, haja ou não culpa do patrão ou do acidentado” (GONÇALVES, 2003, p. 6).

A outra é a teoria do dano objetivo. Segundo esta teoria, desde que exista um dano, deve ser ressarcido, independente da idéia de culpa.

Gonçalves (2003, p. 7) lembra que “a tendência atual do direito manifesta-se no sentido de substituir a idéia da responsabilidade pela idéia da reparação, a idéia da culpa pela idéia do risco, a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva”.

No nosso ordenamento jurídico podemos encontrar a teoria subjetiva (fundada na culpa) no artigo 186 do Código Civil. Nos artigos 927, parágrafo único, 933, 936, 937, 938 e 1.299 do Código Civil e em leis esparsas, o legislador adotou a teoria da responsabilidade objetiva (obrigação de reparar o dano independente de culpa).

4.2 Elementos essenciais da responsabilidade civil

Os elementos da responsabilidade civil, que estão previstos no artigo 186 do Código Civil¹⁶, são: a conduta, o dano, o nexos causal e a culpa. A presença dos três primeiros sempre será obrigatória para que se configure a responsabilidade. Por sua vez, a presença do elemento culpa é variável. Na responsabilidade objetiva, bastam os três elementos obrigatórios, pois a culpa não é objeto de discussão. Contudo, quando tratamos de responsabilidade subjetiva, temos que provar a existência dos quatro elementos, ou seja, além da conduta, do dano e do nexos causal, o agente deve ter agido culposamente para que responda pelos atos praticados.

No presente estudo nos deparamos com a responsabilidade subjetiva, haja vista que o caso em análise não se enquadra em nenhuma das hipóteses que prevêm a responsabilidade sem culpa (a responsabilidade subjetiva é encontrada por exclusão).

¹⁶ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

4.2.1 Conduta

A conduta é uma forma de exteriorização voluntária da atividade humana. É através dela que o sujeito vai causar o dano, seja praticando uma conduta positiva (ação), seja praticando uma conduta negativa (omissão). Conduta é, portanto, gênero de que são espécies ação e omissão.

A ação é mais a forma mais comum de exteriorização da conduta. Cavalieri Filho (2003, p. 43) define as duas espécies de condutas:

Consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, com a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante. Já a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela *inatividade*, abstenção de alguma conduta devida.

Além de ser mais comum, a ação é também mais ampla que a omissão. Toda ação pode levar à responsabilização, haja vista que as pessoas são obrigadas a abster-se de atos que possam lesar outrem, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de um fazer, mas nem toda omissão dá causa à responsabilização.

A omissão só adquire relevância jurídica e gera responsabilidade quando o sujeito tem “dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo” (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 43).

Ao tratarmos da responsabilidade civil dos pais em decorrência da falta de afeto na relação destes com os filhos, verificamos que as duas modalidades de conduta são cabíveis.

O pai que abandona afetivamente seu filho, negando-lhe a sustentação emocional que é essencial à sua formação como pessoa, ignorando os deveres inerentes à sua função, pratica um ato ilícito (que pode se dar nas modalidades de omissão voluntária ou negligência).

A ausência de que tratamos alhures não significa apenas falta de presença física do pai, quer dizer mais: o pai pode estar fisicamente presente, contudo emocionalmente distante de sua prole. O pai que não está afetivamente envolvido com seus filhos, que não oferece cuidados, proteção, manifestando-se pelo afastamento, desinteresse e completa ausência de contato com o filho é, outrossim, ausente.

Por outro lado, não estará configurada a conduta omissiva quando o pai não coabita a mesma casa que seu filho, mas que ao exercer seu direito/dever¹⁷ de visita, convive, acompanha o desenvolvimento, fiscaliza a educação do filho, demonstrando afetividade. A não-convivência diária nesses casos, não destitui o pai de seu papel, que continua a contribuir para a formação saudável e completa do filho.

A exigência é, deste modo, de convivência¹⁸, e não de coabitação.

Conforme vimos no capítulo anterior, o pai tem o dever jurídico de agir, a fim de impedir a ocorrência de danos psíquicos e conseqüente prejuízo à formação da criança (alguns deles objetos de discussão no capítulo 2). E, se tem esse dever legal e não o cumpre, será responsabilizado pela omissão.

Importante lembrarmos que a própria Constituição Federal impõe aos pais o dever colocar a criança e o adolescente a salvo de toda forma de negligência (artigo 227 CF). O mesmo é feito pelo artigo 98, inciso II do ECA.

Nessa monta, o que seria o abandono afetivo, senão uma forma de negligência?

Quanto à prática da conduta ativa (ação), podemos destacar o pai que assume uma posição brutal, hostil, agressiva com seu filho. Assim como o pai omisso, o pai que maltrata, que abusa emocionalmente de seu filho descumpra os deveres inerentes à sua função, deixa de representar o modelo (referência) que a

¹⁷ Em razão da necessidade de garantir ao menor toda a assistência necessária ao desenvolvimento de sua personalidade, não podemos mais nos referir apenas a um “direito” de visitas dos pais, mas em “direito/dever” de visitas que o genitor tem que cumprir, o que retira do instituto a idéia de faculdade conferida aos pais e dá a exata idéia de um direito do menor.

¹⁸ Conviver: Viver em comum com outrem em intimidade, em familiaridade. In: DICIONÁRIO Aurélio eletrônico. versão 1.4. Editora Nova Fonteira. Software, 1994.

criança necessita conhecer para seu bom desenvolvimento, causando-lhes danos psíquicos e morais.

Em qualquer das hipóteses (ação ou omissão), a atitude do pai deverá estar devidamente comprovada para que seja possível a configuração da responsabilidade.

Não cuidamos aqui de condutas que causam mero dissabores, aborrecimentos, mágoas, pois essas fazem parte da normalidade do cotidiano familiar. O que defendemos é a responsabilidade por condutas que provocam danos intensos e duradouros, que rompem o equilíbrio psicológico da vítima/filho.

Apenas a título de exemplo, copiamos parte do acórdão no qual o Exmo. Dr. Juiz de Direito Unias Silva, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (Apelação Cível nº 408.550-5, de 01.04.2004) fundamentou a condenação do pai por abandono afetivo ao filho, descrevendo a seguinte conduta:

Até os seis anos de idade, Alexandre Batista Fortes, ora apelante, manteve contato com seu pai de maneira razoavelmente regular. Após o nascimento de sua irmã, a qual ainda não conhece, fruto de novo relacionamento conjugal de seu pai, este afastou-se definitivamente. Em torno de quinze anos de afastamento, todas as tentativas de aproximação efetivadas pelo apelante restaram-se infrutíferas, não podendo desfrutar da companhia e dedicação de seu pai, já que este não compareceu até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura.

Não há como defender a licitude desse tipo de conduta. O menoscabo (e seus respectivos danos) a que o filho foi submetido durante anos não pode ser ignorado pelo Poder Judiciário, deixando o ofensor impune.

4.2.2 Dano

Somente podemos falar em responsabilidade se a conduta do agente ocasionar dano, salvo em casos excepcionais, onde se admite a responsabilização civil sem a ocorrência de dano (v.g.: indústria que expõe dejetos capazes de causar danos ao meio ambiente). Como regra geral, sem a

presença desse elemento, não haverá o que reparar e, conseqüentemente, não há que se falar em responsabilidade.

Podemos encontrar duas espécies de danos: o dano material (também chamado de dano patrimonial) e o dano moral (ou não-patrimonial ou extrapatrimonial).

O primeiro “atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro” (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 89). Pode resultar tanto da lesão de bens ou interesses patrimoniais, quanto resultar da violação de bens personalíssimos com reflexo no patrimônio da vítima, *v.g.* o médico difamado que perde sua clientela. Em todos os casos, o que se considera para a classificação do dano como sendo de ordem material é a diminuição patrimonial da vítima. O dano material pode ser reparado diretamente (restituindo o estado que se encontrava o patrimônio da vítima antes do dano) ou indiretamente (no caso de impossibilidade de retorno ao *statu quo ante*, pagando o equivalente em dinheiro).

O segundo é o prejuízo resultante de ofensa a um bem integrante da personalidade, ou, como prefere Savatier *apud* Cavalieri Filho (2003, p. 93), “é aquele sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária”.

Ambos foram objetos de previsão legal no artigo 186 do Código Civil.

Cavalieri Filho (2003, p. 89) une as definições de dano moral e material para formular um conceito único de dano:

[...] a subtração ou a diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a divisão do dano em patrimonial e moral.

4.2.2.1 Dano moral

A ausência de afeto na relação paterno-filial causa danos de ordem moral, conforme já estudamos no capítulo 2. É esse, portanto, o dano que passaremos a analisar a partir daqui.

4.2.2.2 Conceito

No Direito brasileiro vigente, os dispositivos legais que regulam a responsabilidade por danos morais encontram-se, basicamente, no art. 5º, V e X, da Constituição Federal e no art. 186 do Código Civil, que admitem expressamente sua reparabilidade.

Segundo a doutrina, o dano será moral quando causar dor íntima, vergonha, constrangimento, revolta, ódio, etc. Não se trata de dor física, mas subjetiva, emocional, que afeta o ânimo psíquico da vítima.

“Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso” (VENOSA, 2004, p. 40).

Apesar da lei fazer menção apenas ao dano moral (aquele que atinge a honra e a reputação), é pacífico que os danos à integridade psíquica estão aí incluídos. Devido à imprecisão terminológica do legislador, que deveria ter feito uso da expressão “extrapatrimonial” ao invés de “moral”, o dano moral é entendido num sentido amplo, englobando subespécies, dentre elas, o dano psíquico.

Venosa (2004, p. 41) compartilha desse mesmo entendimento, ensinando que “o dano psíquico é modalidade inserida na categoria de danos morais, para efeitos de indenização. O dano psicológico pressupõe modificação de personalidade, com sintomas palpáveis, inibições, depressões, bloqueios, etc.”.

Vale lembrar que a integridade psíquica é um direito da personalidade¹⁹ protegido pela Constituição Federal em seu rol não exaustivo (art. 5º, *caput*, incisos e § 2º). E, em decorrência dessa proteção, a qualquer lesão a esse direito será assegurada a indenização por dano moral (art. 5º, inciso V).

4.2.2.3 Dano moral decorrente da falta de afeto

O “direito ao pai” que buscamos nesse trabalho não se restringe apenas ao conhecimento da origem genética que cada indivíduo possui. Esse direito vai além da biologia, vai além de um exame de DNA. O que defendemos é, nas palavras de Hironaka (s.d.), o direito que todo filho tem de:

[...] conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de se colocar em situação de aprender e apreender os valores fundamentais da personalidade e da vida humanas, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver, como de resto é o que ocorre - em quase toda a extensão mencionada - com a grande maioria dos animais que compõe a escala biológica que habita e vivifica a face da terra.

O descumprimento do dever de conviver harmoniosamente com o filho, impossibilitando o desenvolvimento humano deste, dá ensejo à responsabilidade civil. Isto porque, conforme já vimos, a ausência emocional (rejeição, indiferença, descaso) ou a presença hostil da figura paterna gera um vazio no desenvolvimento afetivo, moral e psicológico do filho, que pode se manifestar através de crises depressivas, complexos de culpa e inferioridade, instabilidades emocionais, comprometimento da construção da identidade sexual, etc., sem contar o vexame, o sofrimento, a humilhação social que pode advir de alguns casos.

O juiz deverá fazer uma análise criteriosa do caso concreto para saber se a demanda comporta realmente o pedido indenizatório, apreciando primordialmente o que segue.

¹⁹ Direitos da personalidade são direitos sobre a própria pessoa, inatos, intrínsecos ao ser humano e necessários à realização da personalidade.

Primeiro: caberá ao magistrado distinguir as discussões cotidianas das ofensas injustificáveis, os castigos que objetivam a boa educação dos castigos imoderados e agressivos. A própria ausência pode ser justificada. Isso ocorrerá quando o réu não tiver condições de estabelecer relacionamento afetivo maior do que a relação que se estabeleceu, é o caso, por exemplo, do pai separado que em busca de melhores condições de vida para ele e para sua prole, muda-se para um local distante, do pai separado que teve o acesso ao filho comprovadamente impedido pela mãe do(a) autor(a), entre outras situações justificáveis.

Segundo: o dano deverá ser comprovado por especialistas da área. A análise da personalidade da vítima deve constatar um dano consideravelmente prejudicial, pois conforme vimos, não é qualquer aborrecimento que implica em responsabilização civil. O laudo pericial apresentado deverá conter elementos que comprovem cabalmente o dano moral da vítima.

Depende de cada caso e o juiz tem de ser muito sábio ao julgar um pedido desses. É preciso avaliar como a pessoa elaborou a indiferença paterna. Acredito que só quando ficar constatado em perícia judicial que o projeto de vida daquele filho foi truncado pelo abandono, configurado o dano psicológico, é que cabe indenização. (LOPEZ, 2004, p. 14).

Nos casos de evidentes maus-tratos, desprezo e preferência notória por outro filho, entendemos ser prescindível a prova do dano, pois o dano existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo. A prova da existência do dano moral, nesses casos, se satisfaz com a demonstração da ocorrência do ato ilícito que gerou a ofensa extrapatrimonial.

Disso extraímos, portanto, que a existe uma presunção natural de ocorrência dos danos morais, que decorre das regras de experiência comum, o que não podia ser diferente: exigir que o filho prove o sofrimento de ter sido rejeitado pelo próprio pai seria o mesmo que exigir a prova da tristeza pela perda de um ente querido. O juiz, como ser humano que é, sabe do desconforto gerado por semelhantes situações.

Terceiro: é necessária a comprovação de que o prejuízo sofrido pelo filho (danos morais) seja consequência direta e imediata da conduta do pai, ou seja, não basta ter havido dano e conduta, mas tem que haver um elo de ligação que

una a conduta ao dano (nexo causal). Disso resulta que, se da análise psicológica da vítima ficar comprovada a existência de uma lesão psíquica completamente desvinculada da má-conduta paterna, mesmo que o pai nunca tenha lhe dado afeto, não há que se falar em responsabilidade.

Por fim, é imprescindível que se dê ao pai/réu ampla oportunidade de se defender, demonstrando as razões de seu agir. Ponderadas todas essas circunstâncias, a indenização pode ser cabível.

4.2.2.4 Reparação do dano moral: forma e natureza jurídica

Ao ofensor responsável pela ocorrência de um dano restam duas possibilidades: repará-lo ou indenizá-lo.

Reparar é consertar o dano, retornar ao *statu quo ante*, deixar do jeito que era antes do dano, isto é, prestação *in natura*. Tal hipótese só é possível quando tratamos de danos materiais, afinal somente os bens materiais são suscetíveis de ser reconstituídos ao estado que se encontravam antes do prejuízo causado²⁰.

Indenizar é recompensar pelo valor equivalente quando não for possível a restituição *in natura*. Não se trata de recomposição efetiva do que se perdeu, mas mero substitutivo para a perda, seja essa de cunho material ou não. Esta é a modalidade na qual o dano moral está inserido.

No caso do dano moral, a indenização assume o caráter de satisfação: a indenização é usada pela vítima para experimentar satisfação equivalente ao dano sofrido. Essa é a forma mais usada para a reparação do dano moral.

Embora o dano moral se manifeste normalmente pela dor íntima, por sentimentos ruins, de tristezas, humilhações oriundas de ofensas à dignidade da vítima, não significa que a indenização do dano moral é decorrente da dor. O dinheiro da indenização do dano moral não é apenas a paga da dor (*pretium doloris*), é mais do que isso: é consolação em retribuição à dor sofrida e é preço

²⁰ Apesar da diferença etimológica existente entre os termos reparação e indenização, a doutrina e a jurisprudência utilizam o termo reparação num sentido amplo, dando-lhe um sentido de compensação ou satisfação da vítima.

pago pelo desrespeito à dignidade da pessoa, que foi humilhada com incômodos anormais.

A dor certamente não pode ser substituída por dinheiro, mas o dinheiro serve para abrandar o sofrimento pela certeza de que o direito violado mereceu alguma reparação.

Nesse passo vale lembrarmos a lição de Rodrigues *apud* Venosa (2004, p. 253):

O dinheiro provocará na vítima uma sensação de prazer, de desafogo, que visa compensar a dor, provocada pelo ato ilícito. Isso ainda é mais verdadeiro quando se tem em conta que esse dinheiro, provindo do agente causador do dano, que dele fica privado, incentiva aquele sentimento de vingança que, quer se queira, quer não, ainda remanesce dos homens.

Do que foi exposto podemos concluir que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor.

Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem. (GONÇALVES, 2003, p. 566-567).

Seguindo a mesma linha doutrinária, o professor Stoco (2004, p. 1684) explica o duplo objetivo buscado pela indenização da dor moral:

Condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo, desestimulando-o da prática futura de atos semelhantes, e, com relação à vítima, compensá-la pela perda que se mostrar irreparável e pela dor e humilhação impostas, com uma importância mais ou menos aleatória.

O pagamento de indenização do dano decorrente da falta de afeto guarda a dupla finalidade da reparação civil: serve de compensação pela dor e demais prejuízos decorrentes da ausência afetiva paterna sofridos pelo filho e pune o pai

pela conduta praticada, desestimulando ele e os demais da prática de condutas semelhantes²¹.

Não se trata, pois, de “dar preço ao amor” – como defendem os que resistem ao tema em foco -, tampouco de “compensar a dor” propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros, que sua conduta deve ser cessada e evitada, por ser reprovável e grave. (SILVA, 2004, p. 141-142).

Outro argumento utilizado pelos que defendem a impossibilidade de responsabilizar os pais pela falta de afeto em suas relações com os filhos é dizer que o afeto não tem preço. Ora, defender tal absurdo acarretaria em obstar os pleitos indenizatórios no caso de morte de um ente querido ou caso de ofensa à honra e à imagem. A vida também não tem preço, tampouco tem a honra e a imagem, melhor dizendo, a tranqüilidade moral, psíquica não tem preço, não se mensura, e nem por isso se nega a indenização como forma de compensar a ofensa praticada contra esses bens. Defender a impossibilidade da reparação dos danos morais objetos do presente estudo nos faria retroceder à época em que se sustentava a imoralidade da compensação da dor com dinheiro.

Ademais, conforme salientou Stoco (2004, p. 1684), “não se pode confundir a impossibilidade de indenização da dor moral com dificuldade de indenização da dor moral”.

Sabemos que hoje as únicas dificuldades apontadas quanto à reparação dos danos morais ou são probatórias ou estão relacionadas à fixação do *quantum* indenizatório.

²¹ Alguns autores trazem a dissuasão como sendo a natureza sancionatória indireta da reparação, outros defendem a dissuasão como uma terceira função da reparação.

4.2.3 Nexo Causal

A existência de um liame entre a conduta e o dano por ela produzido é mais um dos pressupostos da responsabilidade civil. Sem a presença do nexos causal não há que se falar em obrigação de indenizar.

Como lembra Cavalieri Filho (2003, p. 66), “o conceito de nexos causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”.

O nosso Direito Civil acolheu a teoria da causalidade adequada para determinar qual a verdadeira causa do dano, o que implica dizer que a relação de causalidade busca a causa efetiva do dano provocado pelo agente, ou seja, se a causa puder levar ao resultado final por si só, haverá nexos causal.

É preciso, ainda, que o dano seja consequência direta e imediata da conduta do agente (artigo 403 do Código Civil).

Passemos à análise do nexos causal no trabalho em desenvolvimento.

A falta de afetividade do pai é causa, por si só, adequada para o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos nos filhos. Imaginemos uma criança em pleno desenvolvimento físico, psíquico, intelectual, que more com ambos os pais. Durante toda a infância o pai nunca tomou conhecimento das necessidades físicas ou psíquicas dela, outorgando todos os cuidados à mãe, *v.g.*, nunca a levou à escola, jamais ajudou com os trabalhos escolares, não cuidou de suas doenças, mal lhe dirige a palavra. A criança cresce dotada de sentimentos de baixa auto-estima, tímida, com complexos de culpa e inferioridade. Não precisamos de um estudo aprofundado em psicologia para concluirmos que a conduta do pai foi/é idônea a produzir o dano.

A presença do segundo requisito (que o dano seja consequência direta e imediata da conduta do agente) dependerá da análise do caso concreto.

Exames psicológicos serão de suma importância para aferir se a conduta paterna foi determinante (efeito direto e imediato) na imputação do dano.

Caso exista alguma outra causa que tenha contribuído de forma mais direta, mais determinante para a ocorrência do dano, não poderemos responsabilizar civilmente o pai.

4.2.4 Culpa

Por se tratar de responsabilidade subjetiva, o filho só poderá pleitear ressarcimento pelas condutas danosas do pai se conseguir provar que este agiu com culpa.

Mister então a análise deste último elemento da responsabilidade civil.

Culpa em sentido lato abrange toda espécie de comportamento humano contrário ao Direito, seja este intencional (dolo) ou não (culpa em sentido estrito).

Conceituando-os separadamente temos:

“Em proposições simples, dolo é a vontade dirigida a um fim ilícito; é um comportamento consciente e voltado à realização de um desiderato”. (STOCO, 2004, p. 132).

O pai age dolosamente quando tem consciência e vontade de prejudicar o filho com suas condutas ilícitas; quando, mesmo sabendo que sua omissão ou atos agressivos são aptos a causarem danos à saúde emocional do filho, age nesse sentido.

A culpa em sentido estrito traduz o comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou de violar direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, posto que erro inescusável ou sem justificativa plausível e evitável para o *homo medius*. (STOCO, 2004, p. 132).

Do conceito de Cavalieri Filho extraímos mais facilmente os elementos necessários para a configuração da culpa:

Pode-se conceituar a culpa como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso

involuntário, porém previsto ou previsível. (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 54).

A culpa está ligada à idéia de inobservância de cuidado objetivo, ou seja, uma conduta contrária àquilo que esperamos. Esperamos do sujeito (homem médio) uma conduta padrão, uma conduta normal, social, dentro do direito, necessária para não ocasionar lesões a bens jurídicos alheios e a sua conduta é contrária a ela.

A falta de cautela pode se revelar através de três modalidades: imprudência, negligência ou imperícia.

Imprudência é o “comportamento açodado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo; negligência: quando o agente se omite deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidados, atenção e zelo; e imperícia: a atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano” (STOCO, 2004, p. 132).

Se o resultado foi mentalmente antevisto (mas não desejado, senão estaremos entrando no campo do dolo) pelo agente estaremos cuidando da culpa consciente ou com previsão. Não sendo previsto, o resultado terá que, pelo menos, ser previsível para que possa ser evitado.

“E previsível é aquilo que tem certo grau de probabilidade, de forma que, segundo as regras da experiência, é razoável prevê-lo. Só há de evitar o dano que for razoável prever” (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 55).

Não havendo previsibilidade tampouco haverá culpa. E, faltando esse elemento não existirá responsabilidade.

A previsibilidade deve ser analisada sob dois critérios: objetivo e subjetivo.

O critério objetivo tem em vista o homem médio. “Previsível é um resultado quando a previsão do seu advento pode ser exigida do homem comum normal, do indivíduo de atenção e diligência ordinárias” (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 55).

Já o critério subjetivo propõe a análise da previsibilidade sob o prisma das condições pessoais do sujeito, como idade, sexo, grau de cultura, etc.

Entendemos que, nesse caso, a conduta paterna pode assumir duas das modalidades da culpa: a imprudência e a negligência.

Será negligente o pai que embora não tenha desejado o resultado danoso, se comportou de maneira inadequada, não dispensando a atenção e os cuidados necessários para o crescimento saudável de seu filho. O bom senso recomenda um relacionamento amável entre pais e filhos, sem desprezos, indiferenças, mas caso isso ocorra e sobrevenham danos, o pai negligente responderá civilmente.

A culpa assumirá a modalidade imprudência quando o pai faltar com cautelas por condutas comissivas, *v.g.*, ao tratar o filho com agressividade, violência, sem, contudo, querer provocar danos à personalidade deste.

Quanto ao elemento previsibilidade, o juiz deverá exigir o cuidado ordinário, mas também analisar as condições pessoais do sujeito. A hipótese do pai não possuir discernimento suficiente para antever o resultado danoso devido a um baixíssimo grau de cultura, por exemplo, não pode ser descartada na apreciação da culpa.

4.3 Sujeito ativo e sujeito passivo da obrigação

Podemos encontrar no Direito de Família contemporâneo três critérios distintos que são utilizados para estabelecer os laços de filiação, são eles: a paternidade jurídica ou presumida, a paternidade biológica ou genética e a paternidade sócio-afetiva.

A paternidade jurídica matrimonial (também chamada presunção *pater is est*) ocorre nas hipóteses do artigo 1597 do Código Civil. Com a proibição da discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos trazida pela Constituição Federal de 1988, as presunções aí tratadas não fazem distinções entre filhos oriundos ou não do casamento.

Ocorrida uma das hipóteses arroladas no supracitado artigo fica estabelecida uma presunção legal (presumida) de paternidade ao marido da mãe, fazendo valer um vínculo de filiação entre a criança e o homem que contraiu matrimônio com a mulher que gerou esta criança.

Como nem sempre a paternidade jurídica coincide com a paternidade real, isto é, aquele a quem foi atribuída a presunção de paternidade pelo fato de estar casado com a mãe da criança pode não ser o pai biológico, surgiu a necessidade de investigar quem seria o “pai biológico”.

Com o desenvolvimento da ciência e a conseqüente descoberta do exame de DNA (ácido desoxirribonucléico), hoje é possível a comprovação de probabilidade de paternidade de até 99,9999% e exclusão de paternidade de 100%.

Essa “‘certeza científica’ permitida pelo exame traz para atualidade a determinação da ascendência genética, que anteriormente era tida como fato incerto, pois, era decidida pelo juiz com base em probabilidade resultante das provas existentes nos autos” (FACHIN, 2001, p. 129).

Tendo em vista o exame de DNA, que define a paternidade biológica, temos que ela se restringe meramente ao vínculo genético existente entre pai e filho.

Contudo, sabemos que “o filho é mais do que um descendente genético, e se revela numa relação construída no afeto cotidiano. Em determinados casos, a verdade biológica cede espaço à ‘verdade do coração’” (FACHIN, 2001, p. 130).

Conforme já analisamos no início desse trabalho, a própria noção de família sofreu evolução, deixando de ser enxergada apenas como um vínculo jurídico, consangüíneo, para assumir uma feição afetiva. Do mesmo modo, a filiação passou a ser percebida como um conjunto de atos de afeição e solidariedade. Afinal, os laços de afeto que unem pais e filhos derivam da convivência, independentemente de imposições legais ou de vínculos consangüíneos.

Surge daí o que a doutrina e a jurisprudência chama de paternidade sócio-afetiva.

Segundo esse entendimento, o pai passa a ser considerado a pessoa que cria, instrui, ampara, dá amor, carinho, educação, dignidade, ou seja, a pessoa que realmente exerce a função de pai.

O fundamento legal dessa paternidade encontra-se no artigo 227, *caput* (Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente), bem como no parágrafo 6º desse mesmo artigo (a adoção, como escolha afetiva, tem os mesmos direitos e qualificações da filiação biológica), ambos da Constituição Federal.

O atual Código Civil, ao estabelecer a paternidade decorrente da inseminação artificial heteróloga (hipótese na qual o marido aceita a fecundação de sua esposa por sêmen de um terceiro) já está estabelecendo a paternidade sócio-afetiva. Ao doador do sêmen atribuímos a expressão genitor ou procriador, enquanto o pai será aquele que criar a criança. A primeira situação (genitor) tem natureza de direito da personalidade, enquanto a segunda (paternidade) tem natureza de direito de família.

Diante dessa situação, devemos distinguir o direito à origem genética da investigação da paternidade.

O filho nascido da inseminação artificial heteróloga, autorizada pelo marido, pode vindicar os dados genéticos de doador anônimo de sêmen para fins de direito da personalidade (preservação da vida através da prevenção de doenças), mas não poderá fazê-lo visando a atribuição de paternidade. Conseqüentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade para tal fim.

A título de exemplo, o advogado Melo (s.d.) traz a decisão proferida pela 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Ap. Cível nº 70007104326), na qual foi reconhecido o direito à indenização por danos morais a um rapaz em face de que seu padrasto lhe moveu uma ação negatória de paternidade para desconstituição do registro de nascimento, causando-lhe constrangimentos. Neste caso, o padrasto, que iniciou o relacionamento com a mãe do autor quando esta estava grávida, assumiu espontaneamente a paternidade, registrando a criança, mesmo sabendo não ser o pai biológico. Ocorre que, anos depois, após ter rompido a relação que mantinha com a mãe do rapaz, ingressou com a ação negativa de paternidade com o fim de alterar o registro de nascimento. A ação de indenização foi julgada improcedente em primeiro grau, contudo, a sentença foi reformada pelo tribunal de justiça. A desembargadora/relatora invocou em seu voto o direito à dignidade e à

privacidade do autor da demanda e considerou a atitude do padrasto contrária aos princípios mais comezinhos da ética.

O julgado reflete o que se vive hoje no Direito de Família: a supremacia da vontade sobre a biologia. O pai deixa de ser reconhecido como fonte de espermatozóide, passando a ser alguém que exerce uma função, a função paterna, construída através de laços afetivos vividos diariamente entre pai e filho.

Outra importante consequência dessa nova visão reside na não desconstituição da paternidade registrária apenas pela ausência do vínculo biológico, com a consequente determinação da paternidade sócio-afetiva, em atendimento aos princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança e do adolescente.

Por óbvio que o conhecimento da ascendência genética assegurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 27) não fica afastado pelo reconhecimento da paternidade sócio-afetiva. A qualquer tempo o filho poderá pleitear o reconhecimento genético (direito da personalidade).

De todo o exposto podemos concluir que:

Num primeiro momento, a paternidade jurídica está num plano superior, desbancando a busca da verdadeira filiação;

Num segundo momento, todavia, se através do exame de DNA a paternidade biológica for confirmada, o registro de nascimento anterior será cancelado, pois constava em tal documento um conteúdo inverídico, qual seja, a paternidade. A paternidade jurídica se desfaz e dá lugar à paternidade biológica;

Num terceiro momento, a existência de uma concreta relação paterno-filial, caracterizada pela comunhão de afeto unida a inexistência de qualquer prejuízo ao desenvolvimento da criança sobrepor-se-á ao vínculo biológico. O julgador não deve se prender ao simples fato do exame de DNA, mas à relação estabelecida entre pai e filho.

Após a análise da existência ou não da paternidade sócio-afetiva, aquela presunção inicial de paternidade poderá se enfraquecer ou fortalecer: fortalece-se quando for mantida mesmo após a existência do vínculo biológico, pois o julgador, protegendo a pessoa do pai registrário, que sempre cuidou do filho, deu carinho e

amor, impede que o filho obtenha o reconhecimento de sua paternidade genética, impede também que o pai registrário a desconstitua ou que o pai genético a reivindique. Diferentemente, quando inexistente a relação afetiva, o julgador afasta a presunção da paternidade para que possa dar lugar à verdadeira filiação genética.

Defendemos - com apoio no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente - que a paternidade afetiva deve prevalecer em detrimento da biológica sempre que se revelar como meio mais adequado de realização dos direitos assegurados à criança e ao adolescente, o que lhe assegurará um de seus direitos fundamentais: o direito à convivência familiar (artigo 19 da Lei nº 8.069/90).

Voltando ao propósito desta seção podemos afirmar que o sujeito ativo da obrigação de conviver afetivamente com o filho será o pai presumido ainda que ele não seja o pai genético, e desde que exista uma relação de trocas de carinho, amor, cuidados com a criança. Se esse liame subjetivo não estiver presente, o sujeito ativo da obrigação será o pai genético quando a paternidade presumida e a biológica não recaírem na mesma pessoa.

Por sua vez, o sujeito passivo da obrigação, ou seja, aquele que pode vindicar o amparo afetivo do pai será o filho, seja ele biológico ou não, haja vista a proibição constitucional de discriminação relativa à filiação.

A criança adotiva também tem a possibilidade de acionar o pai biológico diante da patente rejeição em seu nascimento ou em período posterior.

Vale lembrar que a dissolução da sociedade conjugal não implica em dissolução do vínculo de parentesco, portanto, não poderá ser suscitada pelo pai como escusa para seu comportamento reprovável. Os deveres do pai separado/divorciado para com o seu filho subsistem, inclusive no que se refere à preservação do contato paterno-filial. Caso o pai não detenha a guarda de seu filho (poder familiar limitado), ele deverá manter a convivência com este através do direito/dever de visitas.

4.4 A valoração do dano

Para finalizarmos esse capítulo que cuidou de enquadrar a relação paterno-filial desprovida de afetividade numa conduta ilícita, portanto passível de indenização, trataremos agora dos critérios utilizados pelo julgador para a fixação do *quantum* indenizatório.

Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado, a reparação do dano moral objetiva apenas um consolo para a vítima, sem mensurar a dor, afinal, do ponto de vista estrito, o dano moral é irreparável, insuscetível de avaliação pecuniária porque é incomensurável. A dor, a honra, a moral não têm preço, sendo impossível retornar ao *statu quo ante*, o que não impede “que se dê reparação pecuniária a quem foi lesado nessa zona de valores, a fim de que ele possa atenuar alguns prejuízos irreparáveis que sofreu” (DINIZ *apud* GONÇALVES, 2003, p. 577/578).

O Código Civil não estabeleceu critérios para a fixação da indenização dos danos morais, tampouco adotou o critério da tarifação, pelo qual o *quantum* das indenizações é prefixado. Nossa lei civil restringiu-se apenas em determinar a apuração das perdas e danos na forma que a lei processual determinar (artigo 946). O Código de Processo Civil prevê a liquidação por artigos e por arbitramento, sendo esta a forma mais adequada para a quantificação do dano moral.

Essa falta de critérios uniformes e definidos para a estimação dos danos morais, deixando a fixação da quantia ao livre arbítrio do legislador, aliada à profunda subjetividade na qual está inserida a dor psíquica, são grandes problemas a serem enfrentados pelo juiz, que não pode deixar de fixar a obrigação de reparação com base na dificuldade de avaliação. Ou, nas palavras de Köhler *apud* Stoco (2004, p. 1683): “Não é justo que nada se dê, somente por não se poder dar o exato”.

À falta de regulamentação específica, a jurisprudência e a doutrina têm procurado encontrar soluções e traçar alguns parâmetros para a fixação do valor indenizatório.

São alguns critérios norteadores ao magistrado para assegurar a fixação da indenização devida apresentados por Stoco (2004, p. 1696/1700):

- a) capacidade econômica de quem indeniza;
- b) caráter dúplice da indenização (punição e compensação);
- c) caráter punitivo da indenização (teoria do valor do desestímulo);
- d) condição social e econômica dos envolvidos (nível socioeconômico);
- e) conforto ao ofendido;
- f) estado de saúde da vítima;
- g) gravidade da lesão;
- h) grau da culpa;
- i) o preço da dor e sua prova (influência no ânimo e sentimento da vítima).

Diniz *apud* Gonçalves (2003, p. 576/577) propõe ainda as seguintes regras para atingir a homogeneidade pecuniária na avaliação do dano moral:

a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente menoscabo;

b) atentar para as peculiaridades do caso e para o caráter anti-social da conduta lesiva;

c) levar em conta o contexto econômico do País;

d) basear-se em prova firme e convincente do dano;

e) analisar a pessoa do lesado, considerando a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura;

f) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes.

Em conclusão, cabe ao juiz, em cada caso, agindo com bom senso e usando da justa medida das coisas, fixar um valor razoável e justo para a

indenização, que não importe no enriquecimento ilícito da vítima, tampouco fixe um valor irrisório, a ponto de estimular novas condutas e aviltar o moral da vítima.

5 DO DEVER DE INDENIZAR

Reconhecendo a família como lugar de formação da personalidade do indivíduo, na qual seus membros se unem pelo afeto mútuo e cientes da importância do exercício da função paterna dentro dessa estrutura, os tribunais pátrios vêm reconhecendo aos filhos o direito de serem tratados com afetividade por seus pais.

A primeira decisão sobre a matéria veio da 2ª Vara Cível de Capão da Canoa/RS, em 15.09.2003 (Processo nº 141/1030012032-0). O juiz Mario Romano Maggioni condenou o pai por abandono moral e afetivo de sua filha com base no artigo 5º, X da Constituição Federal e no artigo 22 da Lei nº 8.069/90. Segue um trecho da fundamentação do julgador:

De se salientar que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22 da Lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme. Desnecessário discorrer acerca da importância da presença do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido ou em desenvolvimento violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhe dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos. (vide ANEXO A).

O pai foi condenado ao pagamento de uma indenização por danos morais no valor de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais). Transitada em julgado, a sentença encontra-se na fase de execução.

Outra decisão que tratou da matéria foi a do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (Apelação nº 0408550-5), em 01.04.2004. Reformando a sentença de primeiro grau que havia indeferido o pedido indenizatório, o pai/requerido foi condenado ao pagamento de duzentos salários mínimos a título de danos morais em virtude do abandono paterno que privou o autor do direito à convivência, do amparo afetivo, moral e psíquico. O acórdão suscitou primordialmente o princípio da dignidade humana.

Neste caso, o pai deixou de ter qualquer contato com o filho, além de resistir aos seus pedidos de aproximação, após sua separação judicial. Na época o filho estava com seis anos de idade e ficou sob a guarda da mãe. O ilustre relator ao justificar o dever de indenizar afirmou:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave. (vide ANEXO B).

Contra a decisão do Tribunal de Alçada Cível foi interposto Recurso Especial. O processo encontra-se no Superior Tribunal de Justiça aguardando julgamento.

Por fim, temos o recente julgado da 31ª Vara Cível de São Paulo (Processo nº 01.036747-0). Em 05.06.2004 o pai/requerido foi condenado a indenizar sua filha no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por abandono moral.

A paternidade nesse caso também foi exercida durante certo período e depois negada. O pai abandonou a autora da ação alguns meses após seu nascimento, quando começou a tratá-la com indiferença perante a comunidade da qual faziam parte. A autora relatou que seu pai fingia não conhecê-la, como se dela se envergonhasse, ao mesmo tempo em que tratava os filhos advindos da nova família que constituíra, com ternura, em sua presença. A autora se sentiu rejeitada e humilhada durante anos, crescendo envergonhada, tímida e embaraçada, com problemas de culpa e inferioridade. Conforme a sentença, ela sofre de problemas psicológicos e afetivos.

O juiz reconheceu que:

[...] a paternidade não gera apenas deveres de assistência material e que, além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia. [...].
[...]

A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização do dano moral se destina a tutelar. (vide ANEXO C).

Contra a decisão acima foi interposto recurso de apelação, que foi recebido em 15.12.2004 em ambos os efeitos. Os autos foram remetidos ao Tribunal de Justiça e encontram-se pendentes de julgamento.

Essas decisões demonstram o novo tratamento que vem sendo dado à filiação, colocando-a a salvo da negligência, do descaso, do desinteresse, da irresponsabilidade dos genitores.

Em todas elas ficaram configuradas as situações de abandono voluntário por parte dos pais em relação a seus filhos, apesar destes procurarem, incessantemente, restabelecer o contato com seus genitores.

O que estes filhos buscaram, frisemos, não foi a assistência material, mas o direito à uma convivência dotada de afetividade com seus pais.

Não queremos obrigar o pai amar o filho, pois não existe instrumento jurídico capaz de induzir o amor no coração de alguém. O que almejamos é a responsabilização daquele que, optando por ser pai, não quer assumir os deveres inerentes à função, ou seja, aquele que não quer ser pai deve se precaver ou será responsabilizado por atos que causem danos à prole, e, dentre eles, a falta de afetividade.

Analisando essas demandas Serejo *apud* Silva (2004, p. 144) concluiu:

O ato de um filho procurar a Justiça para reclamar afeto de um pai ausente reflete a nova família do milênio que se iniciou recentemente busca mais autenticidade em suas relações internas e, tal qual a letra de um hino oficial brasileiro, como qualquer outro, quer receber o afeto que se encerra no coração de cada pai, para poder crescer consciente de sua dignidade e de sua função no seio familiar.

6 CONCLUSÕES FINAIS

Vimos que, durante o período de dominação masculina, os filhos eram tratados como objetos de direito e a emoção não era compartilhada entre os membros da família, principalmente quando nos referimos à relação estabelecida entre pai e filho. Hoje, ao contrário, é patente a igualdade entre homens e mulheres no exercício de direitos e deveres, os filhos são vistos como sujeitos de direitos, a família funda-se na comunhão de sentimentos. Essa nova modelagem de família permitiu maior união entre pais e filhos, possibilitando demonstrações de sentimentos e solidariedade.

O pai não é mais visto como mero mantenedor do lar, mas como um indivíduo que possui uma função de extrema relevância dentro da família, sendo que, a negativa no exercício dos papéis que lhes são confiados tem grande potencialidade de vir a causar danos psíquicos em seus filhos.

O dever de criar os filhos com afeto é encontrado em vários dispositivos legais. Começando pela Lei Maior, temos o artigo 1º, inciso III e artigo 227, *caput*, que asseguram ao ser humano o direito de ser tratado dignamente. Esse último artigo também faz referência ao direito à saúde, assim entendido o bem estar biológico, psicológico e social do indivíduo.

Dentro da disciplina do poder familiar, que nada mais é do que um conjunto de direitos e, principalmente, deveres dos pais para com os filhos para sua proteção e desenvolvimento, temos o dever de criação, assistência, guarda, educação, companhia e outros, todos voltados à proteção integral da criança e do adolescente. Tomemos como exemplo o dever de assistência: este compreende o auxílio material, educacional e **moral** da criança e adolescente.

A educação informal (subdivisão do dever de educação) é todo um conjunto de valores que o pai passa a seus filhos e que estes utilizarão na construção de sua personalidade. E, é através da convivência diária, revestida de afetividade e emoção, que o pai transmite essas noções e conceitos de imensa utilidade para os filhos.

O Código Civil, em seu artigo 1.637, inciso II, prevê como causa de perda do poder familiar o abandono do filho. Aí está incluído tanto o abandono material, quanto o abandono moral.

O preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece a necessidade da criança crescer em um ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão. Declara também o direito da criança ser cuidada por seus pais.

Esses são alguns dos dispositivos utilizados nesse trabalho que comprovam a previsão legal do direito do filho ser criado com a atenção, com o carinho, com o amor do pai.

O não cumprimento da obrigação de prestar afeto ao filho dá origem à responsabilização civil paterna, com o conseqüente dever de indenizar a vítima pelos prejuízos sofridos, desde que presentes seus elementos caracterizadores.

Por se tratar de responsabilidade subjetiva, a vítima deverá demonstrar a conduta, o nexo causal e a culpa do agente, bem como o dano por ela experimentado, salvo nos casos em que estes são presumidos, frutos da experiência comum.

Presentes os elementos essenciais da responsabilidade civil, entendemos que existe sim o direito do filho psicologicamente e/ou moralmente prejudicado pleitear indenização como forma de compensar os danos suportados e como forma de punir o agente ofensor. A punição servirá também como meio dissuasório, evitando que condutas semelhantes ocorram.

Não podemos descartar a possibilidade dos pais se conscientizarem da importância que possuem no desenvolvimento de seus filhos e disciplinarem seus comportamentos no sentido de melhor atenderem as necessidades da criança e do adolescente, exercendo o poder parental de maneira adequada. Conscientização e mudança de postura, antes da ocorrência de qualquer dano, são os maiores propósitos do tema analisado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTONI, Léa Chuster. Papai foi embora. E agora? In: POLITY, Elizabeth; SETTON, Marcia Zalcmán; COLOMBO, Sandra Fedullo (Orgs.). **Ainda Existe a Cadeira do Papai?:** Conversando sobre o lugar do pai na atualidade. São Paulo: Vetor, 2004. p. 206-228.

BEE, Helen. **A criança em desenvolvimento.** 3. ed. São Paulo: Harbra, 1986.

BOGOMOLETZ, Davy. Uma visão da psicanálise: o pai de Winnicott. In: POLITY, Elizabeth; SETTON, Marcia Zalcmán; COLOMBO, Sandra Fedullo (Orgs.). **Ainda Existe a Cadeira do Papai?:** Conversando sobre o lugar do pai na atualidade. São Paulo: Vetor, 2004. p. 57-70.

BRASIL. **Constituição Federal, Código de Processo Civil e Código Civil:** atualizados até 13-01-2003. Organizador Yussef Said Cahali. 5. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Tribunal de Alçada Cível do estado de Minas Gerais. 7ª Câmara Cível. Ação de Indenização por Danos Morais. **Apelação Cível nº 408.550-5.** Apelante: Alexandre Batista Fortes. Apelado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Unias Silva. Belo Horizonte, 01 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.ief.com.br/acordao/danomoral/paiefilho.htm>>. Acesso em 30 out. 2004.

BRASIL. 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa/RS. Ação de Indenização por Danos Morais. **Processo Cível nº 141/1030012032-0.** Autora: Daniela Josefino Afonso. Réu: Daniel Viriato Afonso. Juiz: Mário Romano Maggioni. Capão da Canoa/RS, 15 de setembro de 2003. In: SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho. Revista Brasileira do Direito de Família, São Paulo, ano 4, n. 25, p. 122-160, ago./set. 2004.

BRASIL. 31ª Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP. **Processo Cível nº 01.036747-0, de 05.06.2004.** Autor: Melka Madjar. Réu: Maurício Madjar. Juiz: Luis Fernando Cirillo. São Paulo, 05 de junho de 2004. In: SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho. Revista Brasileira do Direito de Família, São Paulo, ano 4, n. 25, p. 122-160, ago./set. 2004.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família:** Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: OAB-MG/IBDFAM, 1999. p. 485-511.

CAVALIERI FILHO, Sergio, **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COSTA, Suzy. **Ser pai é ser “presente”**. [texto on line]. [s.l.]. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo281.shtml>>. Acesso em 05 ago. 2005.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

DIAS, Maria Berenice. **Quem é o pai?** [texto on line]. [s.l.]. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br/site/frames.php?idioma=pt>>. Acesso em 20 outubro de 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 5. 18. ed. atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

DOBSON, James. **Educando Meninos**: como vencer o desafio de criar a nova geração de homens. São Paulo: Mundo Cristão, 2003.

DUARTE, Rodrigo Collares. **Desbiologização da Paternidade e a falta de afeto**. [texto on line]. [s.l.]. [s.d.]. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5845>>. Acesso em 15 maio de 2005.

FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 119-134.

FERREIRA, Verônica A. da Motta Cezar. Uma visão do direito de família: sobre a função do pai aos olhos da lei. In: POLITY, Elizabeth; SETTON, Marcia Zalzman; COLOMBO, Sandra Fedullo (Orgs.). **Ainda Existe a Cadeira do Papai?**: Conversando sobre o lugar do pai na atualidade. São Paulo: Vetor, 2004. p. 70-84.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 89-118.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Sentença inédita conquista o “Direito ao Afeto”**. [texto on line].[s.l.].[s.d.]. Disponível em: <http://www.unitoledo.br/noticias/noticia_texto.asp?id=653>. Acesso em 19 set. 2004.

_____. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Cidadania: O Novo CCB e a *Vacatio Legis***. Belo Horizonte: OAB-MG/IBDFAM, 2002. p. 403-432.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOPEZ, Teresa Ancona. Abandono Moral: em São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, juízes começam a condenar pais que, embora sempre tenham pago pensão alimentícia, nunca deram afeto e atenção aos filhos. **Jornal do Advogado**, OAB/SP, nº 289, p. 14-15, dez/2004.

MELO, Nehemias Domingos de. **Abandono moral: fundamentos da responsabilidade civil**. [texto on line]. [s.l.].[s.d.]. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6247>>. Acesso em 15 maio 2005.

NICK, Sérgio Eduardo. **Dano Moral e a Falta do Pai: algumas considerações sobre a produção independente**. 1994. 15 f. Ensaio (Pós Graduação em Direito Especial da Criança e do Adolescente) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1994.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Responsabilidade do Estado pelo atendimento à saúde. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coor. e co-autora). **Direito e Responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 209-236.

OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as Constituições brasileiras. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, Londrina: IDCC, v. 1, abril/2005. p. 83-141.

ONU. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sedh/dca/convdir.htm>>. Acessado em: 03 ago. 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 5. 14. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas. **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família: Repensando o Direito de Família**. Belo Horizonte: OAB-MG/IBDFAM, 1999. p. 161-173.

_____. **Pai por que me abandonaste?** [texto on line]. Belo Horizonte, abr. 2002. Disponível em : <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=31>>. Acesso em 15 maio 2005.

POLITY, Elizabeth. Quem se senta à cabeceira da mesa? Reflexões sobre o lugar do pai nas famílias da pós-modernidade. In: POLITY, Elizabeth; SETTON, Marcia Zalcman; COLOMBO, Sandra Fedullo (Orgs.). **Ainda Existe a Cadeira do Papai?: Conversando sobre o lugar do pai na atualidade**. São Paulo: Vetor, 2004. p. 179-205.

POSTER, Mark. **Teoria crítica da família**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SETTON, Márcia Zalcman. Uma visão histórico-antropológica sobre a paternidade. In: POLITY, Elizabeth; SETTON, Marcia Zalcman; COLOMBO, Sandra Fedullo (Orgs.). **Ainda Existe a Cadeira do Papai?: Conversando sobre o lugar do pai na atualidade**. São Paulo: Vetor, 2004. p. 45-57.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho. **Revista Brasileira do Direito de Família**, São Paulo, ano 4, n. 25, p. 122-160, ago./set. 2004.

SILVA, Marcos Alves da. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. 20 de novembro de 1959. Disponível em: <http://www.acmd.org.br/arquivos/id_6_declaracaouniversal.doc>. Acesso em: 03 ago. 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. v. 4. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ANEXOS

ANEXO A – Sentença proferida pela 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa/RS. Processo Cível nº 141/1030012032-0, de 15.09.2003. Autora: Daniela Josefino Afonso. Réu: Daniel Viriato Afonso. Juiz: Mário Romano Maggioni.

Vistos.

I

Daniela Josefino Afonso ajuizou ação de indenização por danos morais contra Daniel Viriato Afonso, inicialmente qualificados. Referiu, em suma, que é filha do demandado. Desde o nascimento da autora, o pai abandonou-a material (alimentos) e psicologicamente (afeto, carinho, amor). Houve ação de alimentos e diversas execuções. Em ação revisional, o demandado avençou pagar R\$ 720,00 mensais e assumir o papel de pai. Novamente não honrou com o avençado, não demonstrando qualquer amor pela filha. Tal abandono tem trazido graves prejuízos à moral da autora. Requereu pagamento de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais) a título de indenização por danos morais.

Citado (fl. 27), o demandado restou silente.

O Ministério Público manifestou-se pela extinção (fls. 29-33).

Vieram os autos conclusos. Relatados. Decido.

II

A questão comporta o julgamento do processo no estado em que se encontra. Trata-se de revelia (art. 330, II, do Código de Processo Civil). Citado, o requerido não contestou a ação. Presumem-se, assim, verdadeiros os fatos afirmados pela autora (art. 319, Código de Processo Civil).

De se salientar que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22 da Lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme. Desnecessário

discorrer acerca da importância da presença do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido ou em desenvolvimento violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhe dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos.

De outra parte, se a inclusão no SPC dá margem à indenização por danos morais, pois viola a honra e a imagem, quanto mais a rejeição do pai. É menos aviltante, com certeza, ao ser humano dizer “fui indevidamente incluído no SPC” a dizer “fui indevidamente rejeitado por meu pai”. Nessa senda, não se apresenta absurdo o valor inicialmente pretendido. Acresço que não houve impugnação ao valor, presumindo-o bom.

Por óbvio que o Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai – e é o caso do autor – deve se desincumbir de sua função, sob pena de reparar os danos causados aos filhos. Nunca é demais salientar os inúmeros recursos para se evitar a paternidade (vasectomia, preservativos etc.). Ou seja, aquele que não quer ser pai deve se precaver. Não se pode atribuir a terceiros a paternidade. Aquele, desprezado, que deu origem ao filho deve assumir a função paterna não apenas no plano ideal, mas legalmente. Assim, não estamos diante de amores platônicos, mas sim de amor indispensável ao desenvolvimento da criança.

A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda, educação). Quando o legislador atribui aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho.

O demandado não contestou; portanto, presume-se que não está ensejando boa educação (amor, carinho, companhia etc.) à filha. A ausência de alimentos poder-se-á suprir mediante execução de alimentos. Os prejuízos à imagem e à honra da autora, embora de difícil reparação e quantificação, podem ser objetos de reparação ao menos parcial. Uma indenização de ordem material

não reparará, na totalidade, o mal que a ausência do pai vem causando à filha; no entanto, amenizará a dor desta e, talvez, propiciar-lhe-á condições de buscar auxílio psicológico e confortos outros para compensar a falta do pai. E, quanto ao demandado, o pagamento de valor pecuniário será medida profilática, pois fa-lo-á repensar sua função paterna ou, ao menos, se não quiser assumir o papel de pai que evite ter filhos no futuro.

III

Face ao exposto, julgo procedente a ação de indenização proposta por Daniela Josefino Afonso contra Daniel Viriato Afonso, forte no art. 330, II, e no art. 269, I, do Código de Processo Civil, combinados com o art. 5º, X, da Constituição Federal e o art. 22 da Lei nº 8.069/90 para condenar o demandado ao pagamento de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais), corrigidos e acrescidos de juros moratórios a partir da citação.

Condeno o demandado ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios do patrono da parte adversa que arbitro e, 10% sobre o valor da condenação a teor do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, ponderado o valor da causa e ausência de contestação.

Transitada em julgado, archive-se com baixa.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Capão da Canoa (RS), 15 de setembro de 2003.

MARIO ROMANO MAGGIONI – Juiz de Direito

ANEXO B – Acórdão proferido pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 408.550-5, de 01.04.2004. Apelante: Alexandre Batista Fortes. Apelado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Juiz Unias Silva.

EMENTA – INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível Nº 408.550-5** da Comarca de **BELO HORIZONTE**, sendo Apelante (s): **ALEXANDRE BATISTA FORTES MENOR PÚBERE ASSIST. P/ SUA MÃE** e Apelado (a) (os) (as): **VICENTE DE PAULO FERRO DE OLIVEIRA**,

ACORDA, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais **DAR PROVIMENTO**.

Presidiu o julgamento o Juiz **JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ** e dele participaram os Juízes **UNIAS SILVA (Relator)**, **D. VIÇOSO RODRIGUES (Revisor)** e **JOSÉ FLÁVIO ALMEIDA (Vogal)**.

O voto proferido pelo Juiz Relator foi acompanhado, na íntegra, pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Assistiu ao julgamento pelo apelante, a Drª. Thais Câmara Maia e Produziu sustentação oral pelo apelado, o Dr. João Bosco Kumaira.

Belo Horizonte, 01 de abril de 2004.

JUIZ UNIAS SILVA
Relator

VOTO

O SR. JUIZ UNIAS SILVA:

Trata-se de recurso de apelação interposto por Alexandre Batista Fortes – menor púbere representado por sua mãe – contra a r. sentença que, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada contra seu pai, Vicente de Paulo Ferro de Oliveira, julgou improcedente o pedido inicial, ao fundamento de que inexistente o nexó causal entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor.

Sustenta o apelante, em síntese, que o conjunto probatório presente nos autos é uníssimo ao afirmar a existência do dano resultante da ofensa causada pelo apelado. Afirma que a dor sofrida pelo abandono é profundamente maior que a irresignação quanto ao pedido revisional de alimentos requerido pelo pai. Aduz que o tratamento psicológico ao qual se submete há mais de dez anos advém da desestruturação causada pelo abandono paterno. Pugna, ao final, pelo provimento do recurso.

Contra-razões às fls. 105-407.

É o relatório necessário.

Conheço do recurso, pois que presentes os pressupostos de sua admissão.

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.

Esclareço, desde já, que a responsabilidade em comento deve cingir-se à civil e, sob este aspecto, deve decorrer dos laços familiares que matizam a relação paterno-filial, levando-se em consideração os conceitos da urgência da reparação do dano, da re-harmonização patrimonial da vítima, do interesse jurídico desta, sempre prevalente, mesmo à face de circunstâncias danosas oriundas de atos dos juridicamente inimputáveis.

No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a *afetividade*. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado.

Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção.

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue.

No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade.

O princípio da efetividade especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional.

No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público pauta-se exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar.

No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa concepção, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe "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-la "à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família.

Assim, depreende-se que a responsabilidade não se pauta tão-somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

No caso em comento, vê-se claramente, da cuidadosa análise dos autos, que o apelante foi, de fato, privado do convívio familiar com seu pai, ora apelado.

Até os seis anos de idade, Alexandre Batista Fortes, ora apelante, manteve contato com seu pai de maneira razoavelmente regular. Após o nascimento de sua irmã, a qual ainda não conhece, fruto de novo relacionamento conjugal de seu pai, este afastou-se definitivamente. Em torno de quinze anos de afastamento, todas as tentativas de aproximação efetivadas pelo apelante restaram-se infrutíferas, não podendo desfrutar da companhia e dedicação de seu pai, já que este não compareceu até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura.

De acordo com o estudo psicológico realizado nos autos, constata-se que o afastamento entre pai e filho transformou-se em uma questão psíquica de difícil elaboração para Alexandre, interferindo nos fatores psicológicos que compõem sua própria identidade.

“É como se ele tentasse transformar o genitor em pai e, nesta árida batalha, procurasse persistentemente compreender porque o Sr. Vicente não se posiciona como um pai, mantendo a expectativa de que ele venha a fazê-lo.”(fls. 72).

“Neste contexto, ainda que pese o sentimento de desamparo do autor em relação ao lado paterno, e o sofrimento decorrente, resta a Alexandre, para além da indenização material pleiteada, a esperança de que o genitor se sensibilize e venha a atender suas carências e necessidades afetivas.”(fls.74).

Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexo causal entre ambos.

Desta forma, fixo a indenização por danos morais no valor equivalente a duzentos salários mínimos, ou seja, R\$ 44.000,00, devendo ser atualizado monetariamente de acordo com a Tabela da Corregedoria Geral de Justiça e com juros de mora em 1% ao mês, a contar da publicação do presente acórdão. Pelo que, condeno o apelado a pagar ao procurador do apelante, a título de honorários sucumbenciais, o valor relativo a 10% do valor da condenação em danos morais.

Com base em tais considerações, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO**, para julgar procedente o pedido inicial, modificando a r. decisão ora objurgada.

Custas pelo apelado.

ANEXO C – Sentença proferida pela 31ª Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP. Processo Cível nº 01.036747-0, de 05.06.2004. Autor: Melka Madjar. Réu: Maurício Madjar. Juiz: Luis Fernando Cirillo.

Vistos.

MELKA MADJAR ajuizou ação contra MAURÍCIO MADJAR, alegando que: é filha do réu, que abandonou o lar do casal formado por ele e pela mãe da autora alguns meses após o nascimento da requerente; a partir de então o réu passou a negligenciar a existência da autora, causando sérios danos psicológicos à requerente; pouco depois de se separar da mãe da autora o réu constituiu nova família, de onde advieram três filhos; por serem todos membros da colônia judaica desta Capital, eram constantes os encontros da autora com seus irmãos e com o réu, que no entanto nem dirige a palavra à autora, fingindo não conhecê-la, como se dela se envergonhasse, ao mesmo tempo em que trata os outros filhos com ternura, na presença da autora; assim, durante anos a autora se sentiu rejeitada e humilhada perante a colônia israelita, estigmatizada dentre seus pares, crescendo envergonhada, tímida e embaraçada, com complexos de culpa e inferioridade; a autora sofre de problemas psicológicos, que lhe trazem prejuízos nos campos profissional e afetivo, além de despesas com psicólogos, médicos e medicamentos. Pelo exposto, requereu a autora a condenação do réu ao pagamento de todos os valores despendidos pela autora, até o trânsito em julgado da sentença, para o tratamento dos transtornos causados pela rejeição e abandono praticados pelo réu, bem como ao pagamento das despesas para continuidade do tratamento, além da condenação do réu ao pagamento de indenização do dano moral.

O réu foi citado e apresentou contestação, com preliminares e pedido de improcedência da demanda.

Houve réplica.

Realizou-se audiência preliminar, sem conciliação, e o feito foi saneado, com rejeição das preliminares articuladas na contestação, fixação dos pontos controvertidos e deferimento da produção de provas testemunhal e pericial.

Foram ouvidas a autora em depoimento pessoal e cinco testemunhas. Juntado aos autos o laudo psicológico, sobrevieram pareceres dos assistentes técnicos das partes.

Indeferidas as demais diligências pleiteadas pelo réu, foi encerrada a instrução, e as partes apresentaram memoriais de alegações finais.

É o relatório.

Segue a fundamentação.

Examinada em suas linhas gerais, a presente demanda pode se afigurar, inclusive sob um ponto de vista sensato, carente de fundamento. Efetivamente, em princípio não se afigura razoável que um filho pleiteie em Juízo indenização do dano moral porque não teria recebido afeto de seu pai, de quem sua mãe se separou ainda na infância do autor. Afiguram-se desde logo problemáticos aspectos imprescindíveis ao reconhecimento da procedência de tal pretensão, tais como a tradução monetária de sentimentos e a própria noção do afeto como algo obrigatório.

Mas o exame da questão em suas linhas gerais não fornece uma resposta satisfatória. A indenização do dano moral é sempre o sucedâneo de algo que a rigor não tem valor patrimonial, inclusive e notadamente porque o valor do bem ofendido não se compra com dinheiro. Não se pode rejeitar a possibilidade de pagamento de indenização do dano decorrente da falta de afeto simplesmente pela consideração de que o verdadeiro afeto não tem preço, porque também não tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra e a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito à obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens.

A paternidade provoca o surgimento de deveres. Examinando-se o Código Civil vigente à época dos fatos, verifica-se que a lei atribuía aos pais o dever de direção da criação e educação dos filhos, e de tê-los não somente sob sua guarda, mas também sob sua companhia (art. 384, I e II). Há, portanto, fundamento estritamente normativo para que se conclua que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua

companhia. Além disso, o abandono era previsto como causa de perda do pátrio poder (art. 395, II), sendo cediço que não se pode restringir a figura do abandono apenas à dimensão material. Regras no mesmo sentido estão presentes também no Código Civil vigente (arts. 1.634, I e II e 1.638, II).

É certo que o Código Civil em vigor explicita ser lícito o exercício exclusivo do agora denominado poder familiar por um dos pais, se não existir casamento (art. 1.631), a ponto de prever expressamente a perda do direito dos pais de ter os filhos em sua companhia na hipótese de separação judicial (art. 1.632). Mas a perda do direito à companhia não é absoluta, uma vez que o art. 1.589 da mesma lei prevê direito de visita, companhia e de fiscalização da manutenção e educação do filho em favor do pai ou da mãe que não detém a guarda.

Vê-se, portanto, que não há fundamento jurídico para se concluir, primeiro, que não haja dever do pai de estabelecer um mínimo de relacionamento afetivo com seu filho, e em segundo lugar que o simples fato da separação entre pai e mãe seja fundamento para que se dispense quem não fica com a guarda do filho de manter esse relacionamento.

A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização do dano moral se destina a tutelar.

É evidente que a separação dos pais não permitirá a quem não detém a guarda o estabelecimento de convivência freqüente, ou mesmo intensa. Por este motivo é que efetivamente não se mostra razoável, em princípio e em linhas gerais, considerar que todo pai ou mãe que se separa e deixa o filho com o outro genitor deva pagar ao filho indenização de dano moral. Mas nem por isso se poderá ir ao outro extremo e negar a ocorrência de dano moral se o pai ou a mãe, tendo condições materiais e intelectuais, se abstém completamente de estabelecer relacionamento afetivo ou de convivência, ainda que mínimo, com seu filho, como se não houvesse um vínculo de parentesco, que no âmbito jurídico se expressa também como companhia, transcendendo assim a dimensão estritamente material.

Portanto, a decisão da demanda depende necessariamente do exame das circunstâncias do caso concreto, para que se verifique, primeiro, se o réu teve efetivamente condições de estabelecer relacionamento afetivo maior do que a relação que afinal se estabeleceu, e em segundo lugar se as vicissitudes do relacionamento entre as partes efetivamente provocaram dano relevante à autora.

A prova testemunhal produzida a pedido do próprio réu produz um quadro em que se percebe que ao longo do tempo houve uma opção inequívoca do réu em abstrair, notadamente na dimensão afetiva, sua condição de pai da autora.

Segundo a testemunha Marcelo o contato entre as partes foi rareando com o passar do tempo, mas o depoente só ouviu relatos de dificuldades impostas pela mãe da autora ao acesso do pai à filha quando a requerente era muito pequena, não havendo dificuldades desse tipo a partir dos 5 ou 6 anos de idade da autora (fls. 97). Conforme asseverou esta testemunha, o réu lamentava os problemas que cercavam seu acesso à filha, mas não tomava atitudes concretas para reverter a situação.

É certo que a testemunha Elisabete declarou em Juízo ter ouvido dizer que a mãe da autora não deixava que o réu a visse, e ter ouvido do réu a afirmação de que ele era proibido pela mãe da autora de ter contato com a filha (fls. 99). Mas a complementação da resposta que o réu deu à pergunta da testemunha da autora, de que ele afinal já sabia o que mãe e filha queriam dele, evidencia que na verdade mais do que eventuais obstáculos provenientes de comportamento da autora o que explica a falta de relacionamento afetivo entre as partes é a visão que o autor tem da filha, como alguém que, juntamente com a ex-esposa, é apenas fonte de aborrecimentos, demandas financeiras ou qualquer outra demanda que, em qualquer caso, não seria merecedora de atenção e atendimento. Em outras palavras, os eventuais obstáculos impostos inicialmente ao contato com a filha foram afinal uma boa desculpa para que logo o réu encontrasse justificativa para ignorar a autora, e assim se livrasse de um relacionamento que, a seus olhos, só poderia resultar em aborrecimentos ou despesas. Expressiva, neste sentido, é a preocupação do réu em apresentar comprovantes de depósito (fls. 114/151), numa evidente demonstração de que no seu entendimento está sujeito apenas a um dever de assistência material.

Embora tenha sido fixado como um dos pontos controvertidos se a exclusão paulatina do réu do convívio com a autora foi causada por atitudes da mãe da requerente, finda a instrução da causa não se produziu prova de que o abandono afetivo da autora pelo réu tenha sido consequência de um comportamento permanente e deliberado da mãe da autora, destinado a impedir o acesso do pai à filha. Se a mãe da autora tumultuou, dificultou ou até mesmo impediu o acesso do autor à ré, só há notícia de que isso tenha acontecido logo após a separação dos pais da autora. Aconteceu no caso dos autos, portanto, o que acontece em grande parte das separações de casais com filhos. Nem por isso se pode considerar que os atritos corriqueiros nas separações conjugais recentes justifiquem que pelo resto da vida um pai se considere desobrigado de manter qualquer relação afetiva com sua filha.

O laudo da Perita judicial apresenta, na parte em que trata do relato do réu, elementos de convicção que reforçam as conclusões hauridas da prova testemunhal. Segundo se depreende desse relato, as dificuldades iniciais para o acesso à filha foram suficientes para que o réu se desinteressasse de manter relacionamento com a autora, a ponto de se esquecer da filha, focando toda a sua realização como pai nos outros filhos.

A Perita constatou também a contraposição das duas figuras paternas existentes na vida da autora. De um lado o réu rejeita sua condição de pai, ao argumento de que pai é quem cria. De outro lado, o segundo marido da mãe da autora também rejeita assumir o papel de pai da requerente, com o argumento de que o verdadeiro pai dela é o réu. Tem-se, portanto e desde logo, um fator de relevância suficiente para o apoio à tese de que a autora sofre, no plano psicológico-afetivo, a falta de uma figura paterna, pois nenhum dos chamados a exercer esta função a aceita ou a desempenha completamente.

Ademais, a análise da personalidade da autora constatou falta de definição de referenciais e padrões sociais familiares, distorções na expressão de afetos que resultam em explosões afetivas, desorganização interna e instabilidade emocional, comportamentos impulsivos e imprevisíveis, angústia e comportamento social superficial. Verificou-se também na autora ansiedade e percepção de hostilidade do meio para com ela própria. A autora demonstra compreensão incompleta da própria identidade integrada ao seu conjunto de

sentimentos, bem como demonstra não ter compreensão adequada de sua rede de significados emocionais. Apresenta comportamento agressivo na tentativa de garantir para si a crença na própria autonomia e força perante o seu grupo social. A autora não tem clareza sobre sua identidade e tem uma imagem depreciativa de si; usa a agressividade como defesa e tem grande necessidade de afeto do meio, para compensar o desenvolvimento insuficiente de sua independência; apresenta-se confusa, dependente e com tendência a manter vínculo simbiótico.

A Perita judicial concluiu que a autora apresenta conflitos, dentre os quais o de identidade, deflagrados pela rejeição do pai (situação de abandono), uma vez que o réu não demonstra afeto pela autora nem interesse pelo seu estado emocional, focando sua relação com a requerente apenas na dimensão financeira, a ponto de considerar normal ter se esquecido da filha. A autora não teve possibilidade de conviver com uma figura paterna que se relacionasse com ela de forma completa, defrontada com a situação de ser formalmente filha do réu ao mesmo tempo em que tentava vivenciar uma relação pai/filha com o segundo marido de sua mãe. Seu referencial familiar se caracterizou por comportamentos incoerentes e ambíguos, disso resultando angústia, tristeza e carência afetiva, que atrapalham seu desenvolvimento profissional e relacionamento social.

As críticas ao laudo pericial formuladas pelo réu não abalam os elementos de convicção acima apontados, que amparam a conclusão de que a autora sofreu dano moral imputável ao requerido.

Nem mesmo o parecer da assistente técnica do requerido evidenciou impropriedade do teste psicológico adotado pela Perita judicial. Ao contrário do que argumenta o requerido, avulta o nexo de causalidade entre o comportamento omissivo do réu e os problemas de ordem psicológica apresentados pela autora. Por outro lado, nada indica que a alegação de dano moral decorra de mera indução promovida pela mãe da requerente. Não se sustenta nem mesmo à luz da Psicologia a tese de que os demais laços familiares mantidos pela autora sejam aptos a interferir nas conseqüências da omissão do réu em relação à autora. Seria o mesmo que sustentar a irrelevância psicológica da ausência da figura paterna só porque há outras figuras familiares atuantes. Já se assinalou não existir demonstração de que o réu ficou impossibilitado de manter contato da autora por algum fator invencível de responsabilidade de terceiro. O que se

evidencia dos autos é que o réu se apegou já às primeiras dificuldades como pretexto para justificar seu desinteresse pela autora. Não há, assim, fundamento para se concluir que, a despeito de alguma intenção ou esforço do réu, tenha havido boicote ou impedimento invencível ao desempenho pelo requerido de seu dever de exercer seu papel de pai da autora. Tampouco se pode acolher a conclusão de que eventuais sentimentos depreciativos hoje vivenciados pela autora em relação ao réu sejam conseqüência de "programação" da mãe da requerente, muito menos que não haja justificativa, uma vez que o próprio réu admite ter se esquecido da autora e não se considerar seu pai.

O dado técnico de que anos de tentativas frustradas de aproximação e de convivência usualmente levam ao desinteresse do genitor que não permanece vivendo sob o mesmo teto em que está o filho não se aplica ao caso dos autos. Isso porque a prova coligida nos autos, notadamente a prova testemunhal produzida a pedido do próprio requerido, permite concluir que no caso do réu não houve o menor interesse em reverter as dificuldades normais de relacionamento que se seguem à separação de um casal.

O fato de o réu ter bom relacionamento com os filhos de seu segundo casamento não é suficiente para que se conclua que o afastamento entre as partes só se deu por culpa alheia ao requerido. Primeiro, porque não é incompatível com a explicação de que o réu, ao se separar de sua segunda esposa, simplesmente quis e se esforçou por manter seu relacionamento com os filhos dessa união, o que reforça a reprovabilidade de sua opção de não tratar sua outra filha da mesma forma. Em segundo lugar, porque o tempo de relacionamento do réu com esses filhos mais novos até a separação é fator suficiente para alterar bastante a situação, sem que com isso se possa relevar a omissão do requerido para com a autora, pois a requerente não pode ser punida pelo fato de não ter convivido tanto tempo com seu pai antes da separação de seus genitores.

Não há nos autos fundamento para o pressuposto, adotado pela assistente técnica da ré, de que a mãe da autora sempre dificultou os encontros entre as partes, boicotando sistematicamente o réu. Pelo contrário, a prova testemunhal apresenta um quadro em que dificuldades, se ocorreram, se deram apenas logo depois da separação dos genitores da autora, com o que a conclusão que

exsurge é a de que afinal o réu abandonou a autora porque quis, a pretexto de que no começo a convivência não foi fácil.

Também não se pode acolher a conclusão de que a figura paterna que influenciou a personalidade da autora foi o segundo marido de sua mãe. A prova testemunhal e a prova pericial apontam, pelo contrário, condutas imputáveis ao réu e problemas psicológicos motivados pela atitude do requerido, e não de outras pessoas que conviveram com a autora.

É certo que a melhor e verdadeira solução de problemas psicológicos é a proporcionada pelo psicólogo, e não pelo juiz. Mas nem por isso o juiz pode deixar de prestar a tutela jurisdicional que lhe é requerida. Não se pode negar, no caso dos autos, a condenação do réu ao pagamento de prestação pecuniária, sob pena de se negar também a possibilidade de reparação do dano moral decorrente da perda de um ente querido, ou do abalo à honra ou a imagem, pois também vai contra a dignidade humana colocar preço na vida de um ente querido, ou na própria honra ou imagem.

Não procede o argumento de que a afirmação de que a autora foi rejeitada pelo réu se funda exclusivamente nas alegações da autora, pessoa cuja capacidade de avaliação e julgamento da realidade está comprometida, e de sua mãe. Nenhum dos elementos de convicção até agora apresentados para sustentar a conclusão de que o réu abandonou afetivamente a autora foi extraído de alguma declaração da mãe da autora, ao passo que a assistente técnica do réu, ao que tudo indica, colheu relato apenas do seu cliente.

O relacionamento da autora com o segundo marido de sua mãe não foi suficiente para elidir o dano decorrente do fato de a autora ter sido afetivamente abandonada pelo réu. Primeiro, porque pessoas nunca são completamente substituíveis, e, ainda que haja pouca ou nenhuma seqüela em razão de substituição bem sucedida, a conduta reprovável do substituído não fica elidida nem absolvida. Em segundo lugar, porque a prova pericial apontou *déficit* na relação entre a autora e o segundo marido de sua mãe. É evidentemente não se pode imputar ao segundo marido da mãe da autora o inadimplemento de algum dever de afeto. Pelos mesmos motivos, o dever e a responsabilidade da mãe da autora não interferem no julgamento da conduta do pai biológico. A mãe não

pode, em última análise nem totalmente, suprir o afeto que deve provir de uma pessoa específica.

O laudo pericial explicita as conseqüências do abandono e não se funda apenas, nem automaticamente, na premissa de que o indivíduo adulto é conseqüência (apenas) do que viveu na infância. Como, tampouco, se pode se pode abstrair a influência da infância na personalidade do adulto, nada há de inadequado no teste aplicado pela perita judicial.

Efetivamente, não se pode exigir a realização completa do ideal. Mas as provas coligadas nos autos dão conta de que o réu poderia ter feito muito mais do que fez, e não o fez não porque foi impedido pela mãe da autora, e sim porque não quis.

Para que o réu seja condenado a indenizar o dano moral por ele causado à autora, não seria necessário que se demonstrasse que o requerido é o único culpado pelos dramas e conflitos atuais da autora, embora afinal não haja prova de nenhuma outra explicação para o estado psicológico atual da requerente além do abandono afetivo de que foi vítima por culpa do réu. Basta que se constate, como se constatou, o abandono de responsabilidade do requerido.

Os autos não contêm apenas demonstração de problemas psicológicos de uma filha. Mostram, também, uma atitude de alheamento de um pai, com o que o réu não está sendo condenado apenas porque sua filha tem problemas, e sim porque deliberadamente esqueceu da filha. O réu não foi paulatinamente excluído, contra sua vontade, do convívio com a autora, e sim aproveitou as primeiras dificuldades para ter um pretexto para se afastar, voluntariamente, da requerente. Sustentar que o abandono alegado pela autora é mera distorção criada no imaginário da autora por sua mãe frustrada é um argumento que não se sustenta, em face do comportamento do próprio requerido que se extrai destes autos, até porque o réu não fez nenhuma prova de que em “muitas situações” tenha sido impedido, por fatores alheios à sua própria vontade, de manter relacionamento afetivo com a autora.

Não procede o pedido de indenização de gastos com o tratamento psicológico até agora realizado, pois, segundo o depoimento da testemunha E.,

quem paga o tratamento é pessoa que não integra o pólo ativo da demanda (fls. 93/94).

O laudo pericial demonstra que há necessidade de continuação do tratamento psicológico.

A indenização do dano imaterial deve ser fixada por equidade pelo juiz, em atenção às circunstâncias do caso. A quantia de cinquenta mil reais se mostra suficiente para proporcionar à autora um benefício econômico relevante, ao mesmo tempo em que inflige ao réu uma perda patrimonial significativa.

ISTO POSTO, julgo parcialmente procedente a ação, para condenar o réu a pagar à autora a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com atualização monetária a partir da data desta sentença e juros de mora desde a citação, para reparação do dano moral, e ao custeio do tratamento psicológico da autora, a ser apurado em liquidação. Condeno o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) do valor atualizado da parte líquida da condenação, o que já leva em conta a sucumbência da requerente.

P.R.Int.

São Paulo, 5 de junho de 2004.

LUIS FERNANDO CIRILLO – Juiz de Direito