

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO
PATERNO FILIAL**

Camilla Dantas Paludetto Dassie

Presidente Prudente/SP
2011

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO
PATERNO FILIAL**

Camilla Dantas Paludetto Dassie

Monografia apresentada como requisito parcial da Conclusão do curso de pós graduação em Direito Civil e Processo Civil, sob orientação do Prof. Eduardo Gesse.

Presidente Prudente/SP
2011

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO PATERNO FILIAL

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do certificado da pós graduação
em Direito Civil e Processo Civil.

Eduardo Gesse

Presidente Prudente, _____

Que a família comece e termine sabendo onde vai
E que o homem carregue nos ombros a graça de um
pai
Que a mulher seja um céu de ternura, aconchego e
calor
E que os filhos conheçam a força que brota do amor!
(Trecho da canção “Oração pela Família” – Padre
Zezinho)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela minha vida e por todas as pessoas maravilhosas que sempre estiveram ao meu lado, dando-me forças para lutar e nunca desistir dos meus objetivos.

Aos meus pais Marcelo e Tina que desde o início me incentivaram e fizeram eu buscar o melhor em mim sempre me apoiando e me ensinando sobre os caminhos da vida com todo o afeto e dedicação.

Ao meu filho maravilhoso, Guilherme, razão do meu viver, um verdadeiro presente de Deus, que eu amo mais que tudo no mundo.

Ao meu orientador Dr. Eduardo Gesse que não negou esforços para me ajudar sempre que tinha dúvidas. Agradeço pela compreensão, paciência e incentivo.

Por fim a todos que de qualquer forma me ajudaram a concretizar mais esse sonho, muito obrigada!

RESUMO

O presente estudo analisa a responsabilidade civil dos pais que abandonam afetivamente o filho e as sérias conseqüências deste abandono, bem como o direito a indenização decorrente deste ato. Para tanto, em um primeiro momento será traçado um breve histórico da família mostrando a sua transformação no decorrer do tempo. Analisa também a importância da figura paterna na vida de cada indivíduo. Posteriormente tece algumas considerações sobre o instituto da responsabilidade civil, seus requisitos e pressupostos para configuração do dano moral. Por fim, serão analisados os prós e contras da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo, o que os tribunais vêm decidindo e a demonstração de que dependendo, do caso concreto, o filho tem o direito de pleitear uma indenização decorrente do abandono materno-paterno filial.

Palavras-Chave: Pai. Filho. Abandono Afetivo. Responsabilidade Civil. Indenização

ABSTRACT

This study examines the liability of parents who leave the child emotionally and series consequences of this abandonment, and the right to compensation arising from this act. For that, at first glance will trace a brief history of the family showing their transformation over time. It also examines the importance of a father figure in the life of each individual. Later presents some considerations about the institution of civil liability, its requirements and assumptions for setting the moral damage. Finally, we will analyze the pros and cons of liability resulting from emotional neglect, which the courts have decided and the demonstration that depending of the case, the child has a right to demand compensation due to maternal and paternal abandonment subsidiary.

Keywords: Father. Son. Affective abandonment. Liability. Indemnity

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA FAMÍLIA	11
2.1 Noções Históricas	11
2.2 Do Poder Familiar	13
2.3 A Função Social da Família	14
2.4 O Direito a Convivência Familiar	16
2.5 Da Importância dos Pais no Desenvolvimento dos Filhos	18
3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	22
3.1 Noções Gerais.....	22
3.2 Aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	23
4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	26
4.1 Aspectos Históricos da Responsabilidade Civil	27
4.2 Requisitos e Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	29
4.2.1 Conduta	29
4.2.2 Nexo de Causalidade	31
4.2.3 Culpa.....	32
4.2.4 Dano	33
4.3 Do Dano Moral	34
4.3.1 Breve histórico do dano moral	35
4.3.2 A reparação do dano moral.....	36
4.3.3 Mensuração do dano moral.....	37
4.3.4 Medidas para tentar evitar a banalização do dano moral.....	38
5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO	40
5.1 Aspectos Preliminares	40
5.2 Teoria que Defende o Dever de Indenizar	42
5.3 Argumentos Contrários Quanto a Configuração do Dano Moral.....	48
5.4 As Recentes Decisões Judiciais Acerca da Caracterização do Dano Moral nos Casos do Abandono Afetivo dos Pais para com seus Filhos	51
6 CONCLUSÃO.....	56
BIBLIOGRAFIA	58

INTRODUÇÃO

Com o transcorrer das décadas as famílias brasileiras sofreram mudanças significativas. Tais mudanças abrangem desde a formação até aos membros que atualmente compõe as relações familiares.

A figura pai, mãe e filhos que antes compunham as famílias tradicionais perderam espaço no novo século. Atualmente nos deparamos com novas espécies de família, como é o caso da família monoparental - formada por somente um dos pais e seus filhos, que cresceu consideravelmente.

Com a família monoparental surgiu um grande problema: a ausência de um dos pais na criação dos filhos. Tornou-se cada vez mais freqüente encontrarmos pais criando e educando uma criança sem o auxílio do outro genitor que na maioria das vezes, por dar assistência material, acha que já está cumprindo o seu papel.

O distanciamento entre pais e filho pode ocorrer por vários motivos: entre eles podemos citar a gravidez indesejada, o fim do casamento ou da união estável, que pode ocasionar ressentimentos e um mau relacionamento entre o pai e a mãe, a formação de uma nova família, entre outros. Contudo, tais motivos jamais deveriam atingir o relacionamento de um pai com o seu filho que não tem culpa das desavenças ocorridas entre os seus genitores. O certo é que mesmo após o afastamento dos pais estes consigam manter, no mínimo, um diálogo para o bem estar dos filhos a fim de evitar o distanciamento da figura de um dos pais.

Entretanto tornou-se cada vez mais frequente os casos de filhos que são abandonados afetivamente pelos pais sendo privados de um convívio harmônico, não havendo qualquer tipo de carinho e respeito por parte daqueles que deveriam amá-los incondicionalmente.

Diante dessa nova realidade dos moldes de família, recentemente surgiu de forma inédita em nossos tribunais ações que objetivavam a reparação do dano moral sofrido por essas pessoas que foram abandonadas afetivamente na infância ou na adolescência. Alguns juízes, em primeiro grau de jurisdição, entenderam estar configurado o dano moral e condenaram esses pais que abandonaram seus filhos ao pagamento de uma indenização. Entretanto, em sede de recurso o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou contra esse

entendimento, dando provimento ao apelo dos pais anteriormente condenados afirmando que é inviável pleitear indenização por dano moral frente ao abandono afetivo dos pais.

E é este o objetivo do presente estudo, buscar entender novas formas de constituição da família, analisar o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos da criança e do adolescente, verificar as hipóteses em que estão caracterizada a responsabilidade civil e tentar explicar o que é o abandono afetivo e os danos dele decorrente, mostrar os fundamentos daqueles que são a favor e contra a configuração do dano moral nestes casos bem como as decisões proferidas pelas Varas Cíveis e pelos Tribunais de Justiça no que tange a esse assunto, e finalmente tentar entender se há responsabilidade civil decorrente do abandono paterno filial.

Para a compreensão do assunto o primeiro discorreu sobre as mudanças ocorridas no âmbito familiar. Como a família era formada antigamente, e as novas formas de constituição da família atualmente, que pode ocorrer pelo casamento, a união estável e a família monoparental.

No segundo capítulo, foi feita uma análise sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, que é visto como o mais fundamental de todos os outros princípios.

Mais à frente no terceiro capítulo foi observado o instituto da responsabilidade civil, bem como a análise dos seus requisitos (conduta, nexa causal, dano e culpa), enfatizando o dano moral, no tocante a sua história, reparação e limites.

Por fim estudamos sobre a grande discussão que o assunto tem causado na doutrina e jurisprudência citando argumentos daqueles que defendem e daqueles que são contra a caracterização do dano moral no caso do abandono afetivo dos pais. Para completar o estudo citamos algumas decisões sobre o assunto nos Juízos de primeira instância, no Superior Tribunal de Justiça e o único caso que chegou ao Superior Tribunal Federal.

Assim, o presente estudo pretende verificar se estão presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade civil naqueles casos em que os filhos foram abandonados afetivamente por seus pais, ou se não há ato ilícito nestes casos. Se a obrigação do pai finda na assistência material ou se ele possui o dever legal de educar e conviver com o filho. E se a falta desse convívio pode gerar ou não o dever de indenizar. As conclusões acerca de todos estes pontos serão discutidas e fundamentadas ao longo deste estudo que pondera os argumentos utilizados na doutrina e na jurisprudência do nosso país.

2 DA FAMÍLIA

2.1 Noções Históricas

A família brasileira ao longo dos séculos sofreu modificações significativas no tocante a sua formação. A família hoje possui princípios e valores muito diferentes do que os mesmos de antigamente.

Não se pode afirmar ao certo a origem da família, uma vez que inexistente documento que comprove como era o convívio familiar nos tempos mais remotos.

Foram criadas diversas teorias objetivando definir o surgimento dos primeiros sinais da formação da entidade familiar, entretanto, tais teorias são imprecisas uma vez que não conseguem definir a origem deste grupo social.

De qualquer forma, dentre estas teorias duas são mais relevantes: a teoria matriarcal e a teoria patriarcal.

A teoria matriarcal assevera que durante o período primitivo, a família se originou da promiscuidade sexual, ou seja, várias mulheres se relacionavam com vários homens e vice-versa. Nessas tribos existia portanto a figura da poligamia e da poliandria, sendo esta a preponderante, ou seja, na fase matriarcal predominava o poder maternal. E em decorrência da promiscuidade sexual, a figura materna não sabia ao certo definir a paternidade de sua prole, ficando, desta forma, somente sob sua responsabilidade a criação dos filhos.

Com a evolução do ser humano, as famílias deixaram de ser poligâmicas, passando a imperar a monogamia entre os seres humanos.

A teoria patriarcal sempre negou a promiscuidade sexual, colocando a figura paterna no centro organizacional da família.

Avançando um pouco mais na história, verificamos que a família brasileira, tal como conhecemos atualmente, teve origem na família romana.

Na antiga Roma, a família era representada pelo conjunto de pessoas ligadas umas às outras por um vínculo de parentesco, isto é, por um ancestral em comum. Desse

modo, note-se que essa concepção de família engloba os parentes consangüíneos, os parentes por afinidade, o cônjuge e os agregados.

Na família romana era o pai que detinha a autoridade máxima. Esta família era vista como uma unidade jurídica, econômica e religiosa, sendo liderada pelo *pater familias*, que exercia o poder supremo no seio familiar, tendo inclusive poder sobre a vida e a morte de sua esposa e descendentes e podia dispor dos bens móveis e imóveis que lhes pertenciam. O *pater familias* era visto como o chefe e senhor de toda a família que o cercava, o que configura o patriarcalismo.

Leciona Caio Mario da Pereira em sua obra *Direito de Família* (2002; p 18) que:

O pater exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae AC necis*), podia impor-lhes pena corporal, vende-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia em *locu filiae*, totalmente a autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois passava da condição de filha para a de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios [...] podia ser repudiada por ato do marido.

Desta forma, no direito romano o patriarca exercia o poder supremo sobre os seus membros, sua mulher e seus descendentes eram vistos como incapazes e tratados como escravos.

Com a evolução da família romana foi restringido o poder “pater” começou-se a dar maior autonomia a mulher. Neste momento o Estado começa a permitir que a mulher ou seu descendente possa se socorrer ao judiciário em caso de abuso do poder parental.

Em consequência da grande ascensão do cristianismo a família passa a ser constituída pelo matrimônio. Desta feita a formação da família, seguindo os ditames da Igreja, deveria se pautar no casamento indissolúvel e na procriação.

Em momento posterior, a família ganhou novos contornos, seus pilares passam a ter como base fundamental o afeto, a liberdade, o amor, a ajuda mútua e principalmente o reconhecimento do sujeito enquanto pessoa detentora de direitos.

Assim, “o conceito de família se alterou, indo em direção a um conceito mais real, impulsionado pela própria realidade”, por isso mister se faz tratar o assunto com maior cautela e sensibilidade, eis que o mais importante não é a origem ou a forma, mas o ente familiar em sua essência. (PEREIRA, Rodrigo, 1997, p19)

Atualmente a família pode ser constituída de 03 formas: através do casamento, da união estável ou da família monoparental, muito freqüente neste século.

Vale ressaltar que até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o matrimônio era a única forma de família reconhecida, formada assim pela união do homem, da mulher e de sua prole.

Privilegiando o afeto, a Constituição legitimou o instituto da união estável estabelecendo ser ela a relação entre homem e mulher desimpedidos, que mantém uma convivência pública e duradoura com a finalidade de constituir família.

Outra forma de família criada neste século foi a família monoparental que é aquela constituída por apenas um dos pais e seus descendentes, como por exemplo a mãe e o filho, apenas.

Tais famílias estão se tornando cada vez mais freqüentes seja pelo grande número de divórcios que vem ocorrendo, seja decorrente de uma gravidez indesejada entre outros motivos.

De resto, conclui-se que independentemente do tipo de família, pode ser ela matrimonial, decorrente da união estável, monoparental entre outras já criadas, o seu fundamento é agregar qualidades e elementos essenciais ao pleno desenvolvimento pessoal e social de quem a compõem.

2.2 Do Poder Familiar

Foi adotada pelo Código Civil de 2002 uma nova denominação ao então chamado *pátrio poder*, que passou a ser chamado de poder familiar, isso não deixa de ser uma evolução, pois antigamente como já dito, o pai sozinho detinha ilimitados poderes sobre os filhos, o que hoje não ocorre.

Atualmente, com a nova concepção, os pais exercem conjuntamente e em igualdade de condições o poder familiar, de modo que a lei impõe a ambos direitos e obrigações decorrentes do parentesco paterno filial.

Segundo Maria Helena Diniz (2008, p 537) o poder familiar consiste em um:

Conjunto de direitos e obrigações, quanto a pessoa e bens do filho menor, não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possa desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Pode-se considerar, portanto, que o poder familiar é muito mais flexível que o pátrio poder, e tem como característica fundamental regular o interesse dos filhos.

Conforme assevera Claudia Stein Vieira:

Trata-se, hoje, não mais de livre autoridade resultante da hierarquia família, mas de “*munus* uma espécie de função correspondente a um cargo privado” a ser exercido no interesse dos filhos, devendo os pais cumprir com obrigações impostas pela ordem normativa, sendo esta importante característica da responsabilidade civil presente na relação paterno filial, pois embora tenha o mundo antigo concebido, sim, deveres aos pais (pelos próprios arbitrados), a concepção da responsabilidades civis surge posteriormente, cabendo-lhes hoje certos deveres que escapam ao seu arbítrio, sendo determinados pelo Estado. (VIEIRA *In* HIRONAKA, 2002, p. 40-41)

Nesta seara, o poder familiar é um poder-dever que decorre de um direito subjetivo existente entre pais e filhos reciprocamente, sendo que aos pais cabe proteger a pessoa do filho, criá-lo e educá-lo e aos filhos cumpre o dever de obediência.

Ainda nesta linha, dispõe o artigo 22 do ECA que aos pais também incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores. A inobservância pelos pais de qualquer destes preceitos gera sanções que vão desde pena de multas até a suspensão ou perda do poder familiar.

Para finalizar cumpre ressaltar que o fato dos pais dissolverem ou romperem o relacionamento amoroso não gera a perda do poder familiar, uma vez que a convivência entre os pais nunca foi condição para o exercício deste, devendo o pai que se sentir impedido de exercê-lo e socorrer ao judiciário para obter a tutela necessária para resguardar o seu direito.

2.3 A Função Social da Família

É por intermédio da família o ser humano se desenvolve, se reconhece, aprende a respeitar valores éticos e morais que lhe acompanharão por toda sua vida. Assim, a família

sempre vai ser vista como um agente formador e acolhedor do ser humano, o porto seguro de cada um de nós.

Bobbio (1992, p. 117) já dizia que:

O homem é um animal político que nasce num grupo social, a família, e aperfeiçoa sua própria natureza naquele grupo social maior, auto-suficiente por si mesmo, que é a polis; e, ao mesmo tempo, era necessário que se considerasse o indivíduo em si mesmo, fora de qualquer vínculo social e político, num estado, como o estado de natureza.

Para Claudete Carvalho Canezin, entre as diversas funções que a família exerce, 03 (três) devem ser destacadas:

A família possui várias funções, podendo-se destacar três grandes funções: construir pessoas adultas com uma determinada auto-estima e um determinado sentido de si mesmo; preparar os filhos para que seja capaz de enfrentar desafios, assim como assumir responsabilidades e compromissos que orientam os adultos na direção de uma dimensão produtiva, plena de realizações e projetos integrados no meio social; promover o encontro entre gerações em que os adultos ampliam seu horizonte vital, formando uma ponte na direção do passado (a geração dos filhos). (CANEZIN, 2006, p.75).

Devido a grande importância da família como a base fundamental para a sociedade e principalmente para a vida do ser humano, foi protegida pelo Estado em nossa Magna Carta, mas precisamente no artigo 226, caput.

A função social da família como um dos princípios fundamentais da República e acima de tudo o da dignidade da pessoa humana, “é um parâmetro que eleva alguns direitos elencados entre os artigos 226 a 230 à categoria de fundamentais, principalmente quando envolvem direitos das crianças e dos adolescentes [...]” (GAMA; GUERRA, 2007, p. 37)

Assim sendo, a proteção especial que se dá a família ocorre uma vez que este instituto é considerado como essencial para a sociedade e, portanto, não pode sofrer uma influência negativa ou discriminatória, capaz de prostrar suas estruturas, uma vez que isto abalaria também o meio social, podendo levar a decadência deste instituto e a do próprio Estado

Diante de todo o explanado acima podemos dizer que “se a família vai bem a sociedade também”. Claudia Maria da Silva também evidencia o valor da família enquanto base e estruturação da sociedade, in verbis:

A família sempre foi, é e continuará sendo o núcleo básico de qualquer sociedade. Sem família não é possível qualquer tipo de organização social ou jurídica. É nela que se estruturam os sujeitos e onde esses encontram amparo diante de eventual crise estrutural. (SILVA, Cláudia, 2004, p. 144)

Neste mesmo diapasão Claudete Carvalho Canezim aduz que a família é a responsável pela formação e capacitação dos filhos, assim dispondo:

É a família que possibilita a emergência de significado, de valores e critérios de conduta, sentimentos de pertença, respeito e dialogo em contexto afetivo, o que irá refletir em seus futuros relacionados com o mundo que os rodeia, além de constituir-se como requisito indispensável ao desenvolvimento saudável das potencialidades do indivíduo. (CANEZIN, 2006, p. 71).

Portanto, a preservação da família não só depende da própria família literalmente mas também do Estado e da sociedade como um todo, uma vez que uma família desestruturada trará seus reflexos para a sociedade de modo geral.

Deste modo, pode-se dizer que a família possui o primeiro e o mais fundamental grupo social de qualquer ser humano, bem como o seu quadro norteador que é estabelecido através das relações e identificações que os filhos absorveram durante o seu desenvolvimento.

2.4 O Direito a Convivência Familiar

Consultando o dicionário Aurélio da língua portuguesa pode-se constatar o significado da palavra convivência sendo “1. Ato ou efeito de conviver; relações íntimas; familiaridade, convívio. 2. Trato diário.”

Desta forma o direito a convivência familiar nada mais é do que o direito da criança em crescer ao lado de sua família, ao lado daqueles que deveriam amá-la, ensiná-la e educá-la.

O artigo 227 da Constituição Federal expressa o direito da criança e do adolescente a esta convivência familiar, vejamos:

“Art. 227. É dever da família assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito a vida, a saúde, a alimentação, á educação, ao lazer, á profissionalização, à cultura, á dignidade, ao respeito, a liberdade e á convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 2006, p. 103)

Dessa mesma forma no artigo 229, da Constituição atribui aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e, reciprocamente, confere aos filhos maiores o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) prevê:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
Este estatuto, em seu artigo 22, também imputa aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

No mesmo sentido, em seu artigo 19 prevê que:

“Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (Lei 8.069/90)

A supremacia da convivência familiar, portanto, é fundamental para o desenvolvimento físico e psíquico da criança e para isso é imprescindível a afetividade dos pais ao seu redor, sempre zelando e primando por seu bem estar e desenvolvimento saudável.

Conforme os artigos supracitados o nosso ordenamento jurídico visa assegurar plenamente a integridade da criança e para tanto cabe aos pais dispor dos recursos necessários para que os filhos cresçam saudáveis. Cumpre ressaltar que tais recursos são principalmente de ordem moral, visando o bem estar psicológico, social, espiritual e afetivo.

Sobre este tema esclarece Claudia Maria da Silva esclarece que:

Garantir ao filho a convivência familiar significa respeitar seu direito de personalidade e garantir-lhe a dignidade, na medida que depende de seus genitores não só materialmente. (SILVA, Cláudia, 2004, p. 139)

Assim sendo pode-se dizer que a falta da convivência familiar, além de ferir a dignidade da criança ou do adolescente, pode acarretar danos psicológicos incalculáveis que acompanharão aquele pequeno ser humano pela vida inteira, uma vez que sempre haverá um vazio, uma lacuna recôndita, inexplicável e impossível de ser preenchida.

Vale ressaltar que a dissolução da união estável ou mesmo do casamento não é motivo para o desfazimento da convivência familiar, conforme as palavras de Claudia Maria da Silva:

Se rompido o elo conjugal, mister se faz que a “convivência familiar” seja mantida ou até mesmo intensificada diante das adversidades causadas pelo desenlace. Quanto a filiação, rompe-se a coexistência ou coabitação, jamais o dever de convivência. (SILVA, Cláudia, 2004, p.124).

Portanto, a convivência familiar deriva de um direito natural do ser humano e a legislação deve resguardá-la visando sempre o bem estar da criança ou do adolescente, os quais são seres frágeis e desprotegidos que necessitam de um cuidado especial.

2.5 Da Importância dos Pais no Desenvolvimento dos Filhos

O dicionário Aurélio traz, entre outras, como definição de Pai o homem que deu ser a outro; o homem que tem um ou mais filhos; genitor, progenitor, Benfeitor, protetor. Como definição de mãe o dicionário traz como: Mulher, ou qualquer fêmea, que deu à luz um ou mais filhos. 2. Pessoa muito boa, dedicada, desvelada.

Os pais são figuras essenciais na vida de um filho. O afeto que os pais dedicam ao filho é o maior bem que a criança pode receber

Eles são sinônimos de segurança, proteção, carinho, que propicia ao filho uma vida saudável de poder conhecer, ser cuidado, ser amado. De aprender as lições da vida no colo daqueles que para ele deveria parecer super herói, pessoas perfeitas, tudo que ele gostaria de ser quando crescesse.

Qualquer pessoa sonha em ter pais presentes em sua vida. Seja o pai para a partida de futebol ou para soltar pipa, seja a mãe para preparar o “lanchinho da escola”, pentear o seu cabelo, irem as reuniões de escola ou até levar umas broncas de vez em quando, para entregar aquele presentinho no “Dia dos Pais” ou no “Dia das Mães” que a escola ficou o mês inteiro ajudando as crianças fazerem, são situações cotidianas que não podem ser suprimidas da vida de um filho.

São os pais que também ensinam ao filho que a vida não é só brincadeira, que a sociedade é regida por normas, e que muitas vezes ele precisará se reerguer sozinho.

A maioria dos seres humanos se espelha nos pais, e via de regra, tendem a ser como eles. O psicanalista Luiz Carlos Prado, citando o também psicanalista Bowlby, em sua obra “Amor e violência familiar” evidencia que:

“Na verdade, a tendência a tratar os outros da mesma forma como fomos tratados é profunda na natureza humana; em nenhum outro momento ela é mais evidente do que nos primeiros anos. Portanto, conclui, uma proporção significativa de crianças, que sofreu abuso e rejeição, cresce e perpetua o ciclo de violência familiar, continuarão a responder às situações sociais como os mesmos modelos de comportamento desenvolvidos durante a infância.” (BOWLBY apud PRADO, 2005, p. 21)

Toda criança tem pai e mãe, óbvio, visto que é necessário um óvulo e um espermatozóide para que haja a concepção. Portanto, toda criança deveria ter o direito de ter um pai e uma mãe.

Nelsina Elizena Damo Comel expõe que:

“Partindo do fato que, para se gerar um novo ser humano, a natureza condicione uma relação efetiva e específica do elemento masculino com o feminino, indispensáveis e insubstituíveis à formação vital, há que se deduzir, como consequência natural, que o novo ser – já pessoa humana, por nascer em condições de profunda dependência física e emocional, vá necessitar de ajuda e participação dos dois componentes que foram essenciais à geração dela. Dentro de tal enfoque, seria contraditório e até mesmo um contra senso, aceitar como natural que a participação do elemento masculino pudesse se limitar apenas ao momento previsto. Isto é, passada a fecundação, o sujeito co-partícipe da geração, estaria “dispensado” de outras funções.” (COMEL, 2000, p. 96)

Assim, caberá aos pais conjuntamente lidar com os encargos de gerarem um filho, sendo estes encargos de ordem material e moral.

A própria sociedade de alguma forma impõe ou já associa a imagem da criança com seus pais. Na escola é comum comentários entre as crianças como: meu pai é mais forte que o seu. Ou da vizinha perguntando se a criança parece com o pai ou com a mãe. Em qualquer lugar que o ser humano vá, por toda a vida, é comum a velha pergunta “você é filho de quem?” ou “qual é o nome dos pais?”, consta o nome deles desde o registro de nascimento, carteira de identidade, Cadastro de Pessoas Físicas etc. São pais!

Às vezes surge a figura do pai ou da mãe substituta que pode ser o avô/avó, o novo companheiro de um dos pais, um tio/tia ou o irmão/irmã mais velho. Alguém que ama e educa o filho que não gerou. Mas, sendo substituto, seu papel é limitado, muitas vezes com a desconfiança do filho, outras vezes pela super proteção que é dada por aquele que o está criando vez que entende que aquela criança necessita duas vezes mais tudo do que ele realmente precisa, por já ter sido abandonado. Perde novamente a criança.

Não se deve perder de vista que também existem famílias completamente desestruturadas, na qual os pais não exercem suas funções, muitas vezes os filhos nem chegam a conhecê-los, são criados pelos avós que também não lhe proporciona o carinho necessário para preencher essa ausência de seus pais.

O filho descobrirá o seu valor através do afeto do carinho, do cuidado que os outros lhe atribuírem. Se o pai (entende-se pai ou mãe), que naturalmente mais deveria amá-lo, negar-lhe afeto tratando-o como um ser insignificante, isso trará um sentimento de desvalorização e desmotivação trazendo conseqüências traumáticas para toda a vida.

Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA:

É na afetividade que se desdobra o traço de identidade fundamental do direito gerado no seio da relação paterno filial, que sem deixar de ser jurídica, distingue-se de todas as demais relações justamente pelo fato de que ela, e apenas ela, pode efetivamente, caracterizar-se e valorar-se, na esfera jurídica, pela presença do afeto.

Devido a grande importância do afeto nas relações familiares o nosso Ordenamento Jurídico além do princípio da dignidade da pessoa humana prevista no artigo 1º, III da Lei Maior, já trouxe vários outros dispositivos assegurando o bem estar da criança, conforme dito no tópico anterior.

O artigo 1566, inciso IV, do Código Civil, atribui aos pais os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos.

Segundo os ensinamentos do professor Christiano CASSETTARI:

Poderíamos dizer que o dever dos pais para com os filhos deriva do dever conjugal de guarda, sustento e educação dos filhos. A inobservância deste dever pode configurar, também, segundo o Código Penal, crime de abandono material ou abandono intelectual, além de dar causa à suspensão ou destituição do poder familiar, ou a separação litigiosa culposa, conforme estabelece o Código Civil vigente. (disponibilizado em www.professorchristiano.com.br)

Freqüentemente, estes deveres dos pais com relação aos filhos são observados apenas sob a ótica material. No entanto, trata-se de um grande erro. Tais deveres, além dos valores patrimoniais, também são revestidos de valores psíquicos e afetivos.

Nesse sentido, a lição de Christiano CASSETTARI:

A Constituição Federal estabelece deveres para os pais com relação aos filhos, de assistência, criação e educação. Estes deveres não apresentam somente critérios materiais, mas também afetivos, já que não basta prover o sustento, mas se faz indispensável dar carinho e afeto, como pegar no colo, beijar, abraçar, permitindo o chamado “contato de pele”, que servem para dar proteção e segurança. (Op. Cit.)

Portanto, os deveres dos pais, vão muito além do mero auxílio material. O abandono material pode ser facilmente reparado, no entanto, o abandono afetivo pode levar aos filhos conseqüências traumáticas e irreversíveis. Nas palavras de Rodrigo da Cunha PEREIRA, “o mais grave é mesmo o abandono psíquico e afetivo, a não presença do pai no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, segurança e proteção”. (<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=31>)

3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3.1 Noções Gerais

O princípio da dignidade da pessoa humana no transcorrer do tempo sofreu significativas mudanças, uma vez que, conforme já explanado, anteriormente as pessoas eram vistas como um objeto e não como sujeitos de direito, sendo reconhecido perante a sociedade apenas pelo seu patrimônio.

Com a evolução da humanidade foi insculpida uma nova ordem os direitos fundamentais, neste momento o individuo deixa de ser uma coisa quantificada e reconhecida apenas por seu patrimônio para se transformar em um individuo com direitos e deveres, e, principalmente com dignidade.

E o que vem a ser a tão invocada dignidade? A palavra dignidade deriva do latim *dignitas* que significa “honra, virtude, consideração, em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida” (SILVA DE PLÁCIDO, 1973, p. 526)

Todavia, não é fácil conceituar o principio da dignidade humana. Caitlin Sampaio Mulholland, citado por Tânia da Silva Pereira, conceitua a dignidade humana como:

“Um valor absoluto, intrínseco à essência da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço que não admite substituição equivalente. Este valor servirá como norte na interpretação e aplicação de normas jurídicas sempre sendo considerado na proteção e tutela dos direitos da personalidade do homem e nas suas relações jurídicas, no sentido de proporcionar a base para a realização dos objetivos do estado democrático Brasileiro. (MULHOLLAN apud PEREIRA, Tânia, 2008, p. 150)

Portanto, a dignidade possui valor imensurável, conferindo ao ser humano proteção nos seus direitos, para que não venha a ser prejudicado durante a vida, e, mesmo que haja alguma interferência deve ser limitada em decorrência do respeito à condição de ser humano

Com isso, a nossa Constituição Federal de 1988 concedeu à dignidade da humana o princípio mais fundamental dos princípios, conforme dispõe o artigo 1º, inciso III:

“A república Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2006, p.9)

Tal princípio constitucional estende-se as relações de família e isto efetivamente consolidou a valorização do ser humano que se viu mais protegido e respeitado.

Sob a influência deste princípio foram implantados micros sistemas em nosso ordenamento jurídico para assegurar ainda mais a dignidade do ser humano desde o seu nascimento como o Estatuto da Criança e do Adolescente, até a velhice, como o Estatuto de Idoso.

A Constituição Federal, por exemplo, em seu artigo 227 e 230, assegura determinados e importantes direitos à criança, ao adolescente, e ao idoso, a serem observados:

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 alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem – estar e garantindo-lhes o direito a vida.

Tem-se, portanto que a dignidade é um atributo moral inabalável, contemplado para cada indivíduo que deve ser respeitado e reconhecido por toda a sociedade, principalmente porque todos nós somos iguais em dignidade, direitos e deveres.

3.2 Aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Definida como um dos direitos humanos, à dignidade passou a integrar não só o texto constitucional, mas também o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O que o legislador infraconstitucional busca é proteger crianças e adolescentes enquanto ser humano e, sujeitos de direitos com a finalidade de lhes proporcionarem uma vida digna e um futuro promissor, sem ressentimentos ou qualquer outro sentimento de injustiça.

Entretanto, é no Direito de Família que a dignidade da pessoa humana adquire maior expressividade, e, é ali se destaca o princípio da afetividade.

Nas palavras de Maria Berenice “o princípio da afetividade faz desapontar a igualdade entre irmãos biológicos e afetivos e o respeito a seus direitos fundamentais” (DIAS, 2007, p. 67)

Incontestável, desta forma, que com o desaparecimento das diferenças entre os filhos advindos de pais diferentes, se estabeleceu uma igualdade entre os filhos em direitos e obrigações.

Neste diapasão, o princípio em comento tem aplicabilidade imediata e fundamental nas relações paternas filiais e assume um papel muito importante a fim de coagir a discriminação e injustiça que uma criança possa vir a sofrer.

Ainda nas palavras de Maria Berenice Dias é inaceitável dar tratamento diferenciado aos filhos, uma vez que deve ser observado o princípio da dignidade da pessoa humana, prescrevendo o seguinte:

O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro deste princípio, que tem contornos cada vez mais amplos. (DIAS, 2007, p. 60)

Este princípio, portanto, não resguarda somente a igualdade entre os filhos, mas também abolir o abuso de autoridade dos pais.

A criança deve ser protegida na sua totalidade, para que possa desfrutar de um crescimento saudável, sem maiores dissabores e cabe somente aos pais proporcionar-lhes este desenvolvimento. Assim nos ensina Claudete Carvalho Canezin:

A dignidade constitui-se num fator primordial à formação da personalidade humana, sendo essencial ao relacionamento paterno filial. Dessa forma, surge um dever dos pais em cooperar com o crescimento do filho, especialmente em situações que ele já está fragilizado com o desgaste da dissolução ou inexistência de vínculos conjugais entre seus pais. (CANEZIN, 2006, p. 73).

Conclui-se assim que, referido princípio buscou mecanismos para efetivar maior sensibilidade nas relações familiares, entendendo que o amparo familiar é essencial para o desenvolvimento do filho o que se evidencia no princípio da afetividade e da igualdade entre os filho, objetivando influenciar nas decisões judiciais para que sejam sempre voltada ao bem estar do menor.

Nessa esteira Tânia da Silva Pereira (2008) ainda destaca que ao se dar proteção à criança e ao adolescente não estamos permitindo somente que tenham uma vida mais digna, mas também contribuímos para, no futuro, tornar esta pessoa, ainda em formação, um adulto não marginalizado e quiçá sofra de eventual carência afetiva.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A palavra responsabilidade provém do latim *respondere* e significa “responsabilizar-se, assegurar, assumir o pagamento por ato que se obrigou ou do ato que praticou.” (SILVA, De Plácido, 1973, p.1368).

A doutrina traz vários conceitos sobre o que vem a ser a responsabilidade civil, mas resumidamente pode ser entendida como: aquele que causou um dano a outra pessoa deverá repará-lo.

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (DINIZ, 2008, p. 35)

Para Carlos Roberto Gonçalves a responsabilidade civil é uma forma de re estabelecer as relações sociais, senão vejamos:

Quem pratica um ato, ou incorre numa omissão que resulte dano, deve suportar as conseqüências de seu procedimento. Trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema da responsabilidade. (GONÇALVES, 2003, p.3)

No entendimento da doutrinadora espanhola Matilde Zavala de González, o ressarcimento dos danos deverão ocorrer não só na esfera material mas também na esfera moral, afirmando que nesses casos ocorre dano em um bem espiritual. Afirma que:

En realidad y a nuestro juicio, si se entiende el perjuicio moral de modo lato (como cualquier afección perturbadora de La existencia), los llamados 'daños a las personas' constituirían por el contrario una especie suya, referida a menoscabos que apuntan a intereses intrínsecos al hombre, como su vida, salud, intimidad, honor, etcétera [...] se trataría de lo que, com mayor rigor, en nuestro sistema procede calificar con daños morales directos, a diferencia de los indirectos, que surgen por lesiones a bienes o servicios materiales en los cuales reposa un interés espiritual del afectado. (GONZÁLEZ, 2005, p.39-40)

Desta forma, pode-se dizer que a responsabilidade civil é uma relação obrigacional que tem por objeto a reparação do dano causado a uma terceira pessoa, seja este dano material ou moral.

4.1 Aspectos Históricos da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil, no decorrer do tempo, passou por várias modificações com relação aos seus fundamentos, ao âmbito de incidência e á sua forma de reparação, uma vez que sempre surgiram situações novas que reclamavam a sua apreciação.

Na sociedade primitiva, para os romanos, a convivência comunitária só poderia ser harmoniosa se não ocorresse qualquer tipo de dano, o que é impossível, tendo em vista que faz parte da natureza humana, independente da vontade do ser humano, a ocorrência de prejuízos a outrem.

Surgiu neste momento a idéia da reação, que era instintiva, imediata e violenta, que independia de culpa do ofensor, bastava a configuração do prejuízo

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho lecionam que:

De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré – romanas, a origem do instituto esta calcada na concepção da vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido.

Ocorre que, por vezes, a reação da vítima não era imediata, ela se preparava para se vingar daquele que houvera lhe causado um dano, e, sobreveio desta forma, a lei do talião.

Referida lei disposta no Código de Hamurabi, em 1970 a.C. trazia a idéia de proporcionalidade entre o dano causado e a sua reparação. Deste pensamento pode extrair-se o axioma: “olho por olho, dente por dente”, ou “quem com ferro fere, com ferro será ferido”, tinha-se nesta época a tradução da reparação do mal pelo mal, ou seja a reparação deveria ser equivalente e proporcional com o mal causado.

No transcorrer dos anos a vingança foi sendo substituída pela composição.

Na composição, ficava estipulado que o dano sofrido poderia ser reparado de forma pecuniária. Neste momento o castigo físico tomou um cunho econômico e o ofensor começou “a sentir no bolso” a consequência de seus atos.

Começava neste momento a se formar o conceito de responsabilidade civil que temos atualmente.

Retornando ao início da legislação romana observa-se a Lei das XII Tábuas que também exerceu uma grande influência na responsabilidade civil vigente.

Nesta lei, especificadamente na Tábua VII, restou consignada a obrigatoriedade da reparação pecuniária em caso de danos causados a outrem.

Foram também os romanos que separaram a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, tornando-as institutos diversos e independentes. Entretanto, neste momento, ainda não se cogitava a idéia de culpa.

Foi somente no século II a.C., com a Lex Aquilia, que começou-se a falar na culpa. Esta lei alterou o que se entendia por responsabilidade. Neste momento passou a ser reparável somente o dano considerado injusto e não o simples dano, o que, posteriormente, se traduziria com a idéia da culpa.

Com a idéia da culpa, só deveria ser reparado o dano que ocorreu por culpa do agente. Cria-se então a concepção da responsabilidade civil subjetiva que vincula o dever de reparar o dano a um elemento que torna-se obrigatório, qual seja, ter o agente agido com culpa.

Posteriormente, outro elemento passou a ser analisado no tocante a responsabilidade civil, qual seja, o risco. Nestes casos a responsabilidade em reparar o dano não decorre da culpa do agente, mas simplesmente pelo fato do agente ter assumido o risco de eventualmente causar aquele dano.

Atualmente, o Código Civil de 1916, mantido no atual Código Civil de 2002, prevê as 02 formas de responsabilidades civis, tanto a objetiva como a subjetiva, sendo que no transcorrer dos anos elas vêm sofrendo pequenas modificações como forma de se adequar no evoluir da sociedade.

4.2 Requisitos e Pressuposto da Responsabilidade Civil

O atual Código Civil, em seu artigo 186, traz a definição de ato ilícito, dispondo que:

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.

Vê-se, portanto, que para caracterizar o dever de indenizar são necessários quatro elementos, quais sejam, conduta (ação/comissiva ou omissão/omissiva), nexos de causalidade, dano e culpa. No caso da responsabilidade civil objetiva o elemento culpa é dispensado, uma vez que se observa somente o risco, conforme visto anteriormente.

O artigo 927 trata do assunto com mais profundidade e complementa o disposto acima, estabelecendo que:

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

Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para direitos de outrem.

Uma vez definidos os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, dispostos no Código Civil de 2002, passaremos agora a estudá-los separadamente.

4.2.1 Conduta

Dispõe o Código Civil que “*aquele que por ação ou omissão voluntária...*”, assim a conduta pode ser positiva, que ocorre quando o agente faz algo que venha a gerar o dano, ou negativa, que é aquela que o agente tinha o dever legal de agir para evitar que o dano ocorresse e não o fez, ocasionando prejuízo a outra pessoa.

Insta salientar que no caso da responsabilidade civil por omissão é necessário que o agente tenha o dever legal de agir, para a configuração do dano não basta apenas o

dever moral. Este dever legal é o dever profissional, o imposto pela legislação ou o dever contratual (imposto pelas partes em decorrência de um contrato).

O artigo supracitado também entende que esta ação ou omissão deve ser voluntária, ou seja, deve ter sido livre e consciente de acordo com a vontade do agente causador do dano, que uma vez sendo imputável, tem discernimento para responder por seus atos.

A conduta também poderá ser própria ou por fato de outrem. Será própria quando o próprio agente causador do dano que responde pelo prejuízo. É a chamada responsabilidade direta do causador do dano ou responsabilidade por fato próprio.

Ocorre que se somente os causadores dos danos pudessem ser responsabilizados pela indenização, em muitas situações o prejuízo não seria ressarcido. Assim, o ordenamento jurídico vem admitindo que terceiros sejam responsabilizados pelo ressarcimento do prejuízo, embora não tenha sido o agente causador do evento danoso. É a chamada responsabilidade indireta ou responsabilidade por ato de terceiro.

São várias as hipóteses, elencadas em lei, que admitem a responsabilidade civil por ato de terceiro, podemos citar como exemplo as hipóteses previstas no artigo 932, do Código Civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

- I- os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
- II- o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
- III- o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
- IV- os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
- V- os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrência da quantia.

O rol acima citado é meramente exemplificativo, assim não é somente nestas hipóteses que terceiros poderão responder por danos que não causaram.

O sujeito poderá responder ainda pelos danos causados por animais ou objetos de sua propriedade.

Assim, o artigo 936 do Código Civil dispõe que:

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Presume-se também a culpa do dono do edifício ou da construção que desabar em prédios próximos ou em cima de pessoas que ali transitarem. Dispõe o artigo 937 e 938 do Código Civil:

Art. 937. O dono de edifício ou construção respondem pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

Portanto, o dono ou detentor de animal que vier a causar um dano em alguém, o dono de edifício em ruína ou aquele que habitar em prédio e deixar objetos caírem responderão pelos danos causados por tais coisas que lhe pertence.

4.2.2 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade, é o liame, o vínculo que liga a conduta do agente ao dano. Independente da espécie da responsabilidade, subjetiva (da culpa) ou objetiva (do risco), salvo em circunstâncias especialíssimas, não haverá responsabilidade sem nexo causal.

Nas palavras de Sérgio Cavaliere Filho:

A relação causal, portanto, estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou a omissão do agente foi ou não a causa do dano. Determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. (FILHO, 2004, p. 71)

Analisando o conceito supracitado pode-se afirmar que a responsabilidade civil adota a teoria da causa direta e adequada, já que para caracterizá-la é imprescindível que determinada conduta tenha ocasionado um dano.

Assim dispõe o artigo 403 do Código Civil, in verbis:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte do dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo no disposto na lei processual.

Analisando este dispositivo chega-se a conclusão que para configurar o dever de reparar não basta apenas que a causa seja direta e imediata, mas também que ela seja adequada a produzir o evento danoso.

Entretanto, existem situações em que não se pode culpar ninguém pelo resultado, são as denominadas causas de exclusão da responsabilidade, que pode ocorrer por culpa exclusiva da vítima, por fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, legítima defesa, exercício regular do direito, cláusula de não indenizar, dentre outras.

Nestes casos há a quebra do nexo de causalidade e, conseqüentemente, não se caracteriza a responsabilidade civil, não existindo o dever de indenizar e/ou reparar o dano.

4.2.3 Culpa

Em se tratando de responsabilidade civil subjetiva, a culpa é elemento imprescindível para sua configuração.

Esta culpa não abrange somente a conduta intencional, qual seja, a vontade livre e consciente em provocar o dano (age com dolo), mas também o ato decorrente da negligência, imprudência ou imperícia, que é a culpa em sentido estrito.

No caso da culpa *stricto sensu* deve-se observar ainda a previsibilidade e a evitabilidade da conduta e do dano, ou seja, o agente não tinha a intenção de causar determinado dano, mas ele ocorre mesmo sendo previsível e evitável. No caso do evento danoso ser imprevisível e inevitável, não há culpa, e, conseqüentemente, não há dever de reparar.

Tal modalidade de culpa pode ainda ser classificada em graus como: levíssima, leve e grave, e para tal classificação deve ser observada a conduta do homem médio.

Assim temos que a culpa levíssima é aquela em que todas as pessoas estão sujeitas só podendo ser evitada por pessoas excepcionalmente cuidadosas, com qualidades superiores a do homem mediano. A culpa leve é aquela conduta esperada de uma pessoa mediana, mas que poderia ser evitada. Já a culpa grave é aquela em que o agente, mesmo sem agir com dolo, não obteve o mínimo de cautela para não dar causa ao evento danoso, ou seja, é aquela conduta que foge dos parâmetros do homem médio.

Entretanto, no Processo Civil, esta distinção de culpa não tem relevância para a caracterização da responsabilidade civil, ou seja, independente do grau, se houve a culpa, o nexo causal e o dano, com exceção das excludentes de culpabilidade citadas acima, sempre haverá a responsabilidade civil.

Importante destacar que para a caracterização da responsabilidade civil o grau de culpa não tem importância, entretanto, conforme dispõe o artigo 944 do Código Civil, se houver grande divergência entre o dano e o grau de culpa, o juiz poderá reduzir o valor da indenização.

A culpa, portanto, deve ser analisada com muito cuidado, pois embora haja caso que independem a sua ocorrência, como no caso da responsabilidade objetiva, em todos os outros ela será fator importantíssimo na fixação do *quantum indenizar*.

4.2.4 Dano

O dano é sem dúvida um elemento essencial da responsabilidade civil, uma vez que não haveria de se falar em indenização, tampouco em ressarcimento, se não houvesse o dano. Na concepção de Sergio Cavaliere Filho:

Conceitua-se então o dano como sendo a subtração ou 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 conhecida divisão em patrimonial e moral. (FILHO, 2004, p. 96)

O dano, portanto, poderá ocorrer não somente pela diminuição do patrimônio, que é o denominado dano material, mas também por ofensas a direitos integrantes da própria personalidade humana que não possuem expressão pecuniária mas nem por isso deixam de ser indenizáveis, que é o denominado dano moral.

4.3 Do Dano Moral

Atualmente a questão do dano moral não é mais de saber se ele é o não indenizável, uma vez que já esta pacificada na legislação e na jurisprudência o dever de indenizar, a grande dúvida é saber o que vem a ser dano moral.

Há diversos conceitos sobre dano moral. Parte da doutrina traz um conceito negativo, feito por exclusão, ou seja, o dano moral seria tudo aquilo que não tem caráter pecuniário, todo o dano não material. Para Savatier: “dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária”. (Savatier *apud* Filho, 2004, p. 100).

O dano moral, para aqueles que preferem um conceito mais positivo, é a dor, a humilhação, o vexame, a angustia, a mágoa, enfim, é a dor da alma.

A luz da Magna Carta, no seu artigo 5º V e X, o dano moral esta previsto como forma de assegurar a inviolabilidade da intimidade, da honra, da imagem. Assim a jurisprudência dominante em nosso pais já vem entendendo que:

“Qualquer agressão a dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável. Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. Ofensas a tais postulados exige compensação indenizatória” (Apelação Cível 40.541, rel. desembargador Xavier Vieira, in ADCOAS 144.719)

Nesta esteira podemos dizer que o dano moral não esta vinculada a alguma reação psíquica, sendo que poderá haver ofensa a dignidade humana sem vexame, ou humilhação.

E justamente por se tratar de valores morais, tal dano é muito difícil de ser efetivamente comprovado e mensurado o que infelizmente, torna-se prática comum em nosso país, tal pedido de indenização por danos morais.

Está-se diante da criação de uma verdadeira indústria onde qualquer aborrecimento sofrido pelos indivíduos constitui motivo para pedido de indenização por danos morais.

Os inconvenientes da vida moderna, os aborrecimentos decorrentes do dispêndio de tempo para a solução de problemas corriqueiros, não ascendem à esfera do dano moral, sendo completamente desprovido de fundamento o pedido por indenização desta natureza. Se assim o fosse a vida em sociedade seria impossível.

Para que fique configurado o dano moral mister se faz a ocorrência de um abalo psíquico efetivo na vítima. Em outras palavras, o mero aborrecimento ou transtorno não acarretam abalo psíquico à vítima.

O brilhante jurista Carlos Alberto Bittar (1999, p. 43-44) observa que:

Danos morais são aqueles suportados na esfera dos valores da moralidade pessoal ou social, e, como tais, reparáveis, em sua integralidade, no âmbito jurídico. Perceptíveis pelo senso comum – porque ligados a natureza humana – podem ser identificados, em concreto, pelo juiz, à luz das circunstâncias fáticas e das peculiaridades da hipótese *sub lite*m, respeitando o critério básico da repercussão do dano na esfera do lesado.

Desta forma, para que o dano moral seja indenizável deverá ficar caracterizado que o fato ensejador causou transtornos, desgosto, mal estar, sentimento de inferioridade e desespero, ocasionando angústia, humilhação e dor.

O próprio Código Civil de 2002, em seu artigo 186, prevê a reparação dos danos morais destacando o “dever de reparar o dano ainda que exclusivamente moral.”

A Suprema Corte, adequando-se ao novo “quadro” de dano moral, tendo em vista que ele atinge bens ligados aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, deu um passo a frente e passou a admitir a cumulação entre o dano material e o dano moral, desde que pleiteado pela vítima.

4.3.1 Breve histórico do dano moral

A notícia mais longínqua sobre dano moral versa dos Códigos de Manu e Hammurabi, onde se considerava que o *compromisso oriundo de um contrato válido tinha*

algo de sagrado a que não podiam, impunemente, furtar-se os pactuantes (Manu), e, se alguém difama uma mulher consagrada ou a mulher de um homem livre e não pode provar, se deverá arrastar esse homem perante o Juiz e tosquiar-lhe a fronte (art. 127 Hammurabi).

Os babilônios estabeleciam penalidades pecuniárias para os casos de dano moral, e somente quando estes meios eram frustrados é que se aplicava a pena de talião.

No Direito Romano, a Lei das XII Tábuas previa penas patrimoniais para crimes de injúria. Ali, um júzo colegiado julgava o citado crime aplicando como pena uma multa equivalente ao dano sofrido, que nada mais é do que a indenização por danos morais que vimos nos dias de hoje.

O direito Canônico igualmente previa a reparação dos danos morais em determinadas situações, como no caso de rompimento de promessa de casamento.

Nos dias de hoje esta reconhecida a reparabilidade do dano moral, o que coloca fim a impunidade do ofensor consagrando os valores humanos como sendo os responsáveis pela verdadeira essência do ser humano.

4.3.2 A reparação do dano moral

A indenização tem caráter dúplice, de um lado tenta proporcionar que a vítima possa se restabelecer, compensando a dor, a humilhação, o vexame sofrido. Por outro lado tenta punir o ofensor de modo que desestimule ou iniba a ocorrência da repetição desta prática lesiva.

O Ministro Oscar Correa, em acórdão do Supremo Tribunal Federal, ao discorrer acerca do dano moral, salientou que:

“não se trata de pecúnia *doloris*, ou *pretium doloris*, que se não pode avaliar e pagar; mas satisfação de ordem moral, que não ressarce prejuízo e danos e abalos e tribulações irreversíveis, mas representa a consagração e o reconhecimento pelo direito, do valor da importância desse bem, que é a consagração moral, que se deve proteger tanto quanto, senão mais do que os bens materiais e interesses que a lei protege. (RTJ 108/287)

Disso resulta que a toda injusta ofensa ao patrimônio moral deve existir a devida reparação.

Assim, pode-se dizer que a indenização deve representar uma punição para o ofensor, capaz de desestimulá-lo a reincidir na prática do ato ilícito e deve ser capaz de proporcionar a vítima um bem estar psíquico compensatório do amargor da ofensa.

A ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz (2003, p.98) leciona que:

A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, tendo função: a) penal ou punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição do seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violada impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis, b) satisfatória ou compensatória, pois, o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não tem preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada. Não trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranquilidade ou prazer de viver, mas uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte, o seu sofrimento.

Portanto, o objetivo da indenização não é a de substituição do dano pelo equivalente em dinheiro, uma vez que possuem naturezas distintas, e não é com dinheiro que se fará a dor desaparecer. Entretanto, é indiscutível que o dinheiro traz um certo conforto e prazer e pode senão substituir, compensar um pouquinho o sofrimento, atenuando seus efeitos.

4.3.3 Mensuração do dano moral

A fixação do valor a ser indenizado não é uma tarefa fácil, uma vez que a nossa legislação a deixou ao arbítrio do magistrado, que analisando o caso concreto deverá ponderar de maneira justa e adequada um montante capaz de reparar um dano moral.

O Código Civil de 2002 não traz nenhum parâmetro objetivo que possa ser utilizado como base para os juristas. Assim o critério da razoabilidade tem sido o mais utilizado, observando a extensão do prejuízo, o grau de culpa do agente e a condição econômica da vítima e do ofensor, para que não aja enriquecimento sem causa por parte do primeiro tampouco leve o segundo a bancarrota.

Segundo a lição de Caio Mario Pereira:

A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial e efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes do seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo as circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.” (p.67)

Oportuna a transcrição jurisprudencial:

“Os danos morais indenizáveis devem assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de sopesar a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrável à luz da proporcionalidade da ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade.” (REsp 1124471/RJ. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. J. 17-06-2010).

Assim, a jurisprudência para minimizar a dificuldade em arbitrar o quantum indenizar, tem utilizado alguns critérios para definir um valor ao dano, uma vez cada pessoa é única, e ninguém reage e sente da mesma forma os acontecimentos da vida. Assim um dos principais critérios adotados é o compensatório, neste caso quanto maior a dor, o sofrimento, a humilhação, o abalo psíquico, maior será o valor arbitrado a título de indenização.

Ocorre que em determinadas situações este critério não atinge o objetivo da indenização e, sendo assim, a jurisprudência utiliza-se do critério punitivo, onde é observada a conduta do agente causador do dano. A reparação neste caso será uma punição para que o ofensor não cometa mais o ato danoso.

4.3.4 Medidas para tentar evitar a banalização do dano moral

Conforme já estudado para que esteja configurado o dano moral e, conseqüentemente, o pedido de indenização é necessário que estejam presentes todos os requisitos da responsabilidade civil, qual seja, a conduta do agente, um dano, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, e a culpa, no caso da responsabilidade subjetiva.

Entretanto o que vimos atualmente são inúmeras causas infundadas com pedidos absurdos de indenizações, fundados em supostos danos que não passam de dissabores cotidianos.

Isto tem dado causa a uma avalanche de ações, sobrecarregando o poder judiciário com causas infundadas, surgindo assim a chamada “indústria do dano moral” e

fazendo do processo um meio de se obter dinheiro fácil, substituindo os prêmios, loterias e “baús da felicidade” que campeiam em nosso País.

Por estes motivos e justamente por não ser um dano difícil de ser constatado e mensurado é que os pedidos de danos morais devem ser vistos com muita cautela. É fundamental que o dano tenha atingido profundamente o psíquico daquele que o pleiteia, causando-lhe angustia, dor, sofrimento. Não basta um mero aborrecimento, a que todos estão sujeitos, posto que isto traria ao Judiciário ações incalculáveis impossíveis de serem solucionadas, uma vez que aborrecimentos são comuns na vida de qualquer ser humano.

Deve-se observar o que realmente gera esta dor tendo como parâmetro um individuo normal. É muito diferente o sofrimento de uma mãe que perdeu o filho vítima de atropelamento, por exemplo, daquele caso em que a faculdade atrasa a entrega de um diploma. Será que em ambos os casos a vítima sofreu da mesma forma? Será que em ambos os casos a indenização é devida?

Infelizmente, no decorrer dos anos, tornou-se prática comum em nosso país, o pedido de indenização por danos morais. Está-se diante da criação de uma verdadeira indústria onde qualquer aborrecimento sofrido pelos indivíduos constitui motivo para pedido de indenização por danos morais.

Todavia, os inconvenientes da vida moderna, os aborrecimentos decorrentes do dispêndio de tempo para a solução de problemas corriqueiros, não ascendem à esfera do dano moral, sendo completamente desprovido de fundamento o pedido por indenização desta natureza.

Assim, pode-se concluir que não é todo acontecimento desagradável que enseja o dano moral, entretanto, nos casos em que forem preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, caberá a devida indenização, levando-se em conta a título de mensuração, a gravidade do dano, o grau de culpa do ofensor e a situação econômica dos envolvidos.

5. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

5.1. Aspectos Preliminares

Na doutrina e na jurisprudência de nosso país ainda há uma grande divergência no tocante ao dever de indenizar nas relações familiares. Para alguns doutrinadores o instituto do dano moral deveria ficar restrito na esfera cível.

Tal restrição porém não possui uma fundamentação tão convincente, uma vez que os atos ilícitos provocados dentro da entidade familiar podem ocasionar danos, as vezes, muito maiores do que na esfera cível, pois afetam diretamente os direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

O professor Bernardo Castelo Branco, explica que o espanto e a aversão que as pessoas tem quando se fala em dano moral no direito de família é normal, porém não tem razão de ser, uma vez que a sua admissão somente contribuirá para o aperfeiçoamento das relações familiares. In verbis:

É natural porem, que a admissibilidade da reparação do dano moral nas relações de família cause espanto a alguns e até mesmo a repulsa de outros, porquanto elas sempre estiveram envolvidas sob um manto que as tornava impenetráveis as demais normas de direito. Entretanto tal repulsa mostra-se infundada, pois do mesmo modo que a *pacta sunt servanda* cedeu lugar a idéia de função social dos contratos de consumo, sem que por tal houvesse a desestruturação das relações comerciais, a admissão da reparação por dano moral ocorrido na família somente contribuirá para o seu aperfeiçoamento. (BRANCO, 2006, p.52)

Assim sendo, não há porque ir contra a responsabilização por danos morais nas relações familiares, sendo certo que devido a sua peculiaridade reclamam maior cautela ao serem analisadas no Poder Judiciário.

Não admitir a aplicação da reparação dos danos morais nas relações familiares é admitir a violação de um direito e permitir que determinados atos que deveriam ser repudiados sejam praticados.

Ademais, é inegável que a falta de afeto paterno-materno filial gera angústia e sofrimento na vida do filho. Imagine a dor de alguém que sabe que foi rejeitado por quem mais deveria amá-lo.

Entretanto, mesmo configurado o dano, uma parte da doutrina ainda tem dúvidas sobre o nexo de causalidade entre o abandono por um ou ambos os pais e o dano causado ao filho.

Isto porque o nosso ordenamento jurídico não prevê expressamente que os pais têm obrigação de dar afeto aos filhos, e, assim sendo não tem o dever legal de cumpri-lo, faltando assim um dos requisitos para configurar o dever de indenizar, qual seja, o nexo de causalidade.

Parte da doutrina entende que impor aos pais o dever de amar e dar afeto aos filhos estaria infringindo o disposto no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal que dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”

A partir dessa idéia, a conduta dos pais em não dar afeto ao filho não se enquadra nos requisitos da responsabilidade civil e, assim sendo, inexistente o dever de indenizar.

Contudo, a idéia defendida por Bernardo Castelo Branco é que a reparação atuaria como uma proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, e também como um fator preventivo, inibidor de determinados atos. Afirma que:

Havendo violação dos direitos da personalidade, mesmo no âmbito da família não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação por dano moral, não atuando esta como fator desagregador daquela instituição, mas de proteção da dignidade de seus membros. A reparação embora expressa em pecúnia, não busca nesse caso, qualquer vantagem patrimonial em benefício da vítima, revelando-se na verdade como forma de compensação diante da ofensa recebida, que em sua essência é de fato irreparável, atuando ao mesmo tempo em seu sentido educativo, na medida em que representa uma sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí seu efeito preventivo. (BRANCO, 2006, p.116)

Versando sobre relação materno-paterno filial tais casos merecem uma atenção especial, uma vez que em um dos lados está um sujeito reconhecidamente mais fraco, que reclama maior atenção e cuidado.

Conclui-se que a possibilidade de aplicação da reparação por danos morais na relações familiares é possível e não pode ser negada, sob pena de estar violando princípios e valores a muito tempo combatido, e não estar dando a devida atenção e cautela ao instituto fundamental da vida que é a família.

5.2. Teoria que Defende o Dever de Indenizar

O tema proposto tem sido objeto de muita discussão na doutrina e jurisprudência de nosso país. Sendo assim, neste momento, analisaremos as justificativas e os contornos jurídicos daqueles que entendem ser admissível a indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo paterno-materno filial.

Tais juristas e doutrinadores que defendem o dever de indenizar o filho abandonado afetivamente por seus pais entendem que o afeto enquanto liame entre a comunidade familiar possui valor jurídico, e, portanto reúne elementos que vão além do carinho e amor da relação pais e filhos, como a igualdade existente entre irmãos, e principalmente pelo sentimento de união e solidariedade, reconhecendo os filhos como indivíduos em formação que necessitam de atenção e cuidados especiais.

Paulo Luiz Netto Lobo destaca este caráter jurídico do afeto e a sua importância, *in verbis*:

O princípio jurídico da afetividade faz desapontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. É o salto a frente da pessoa humana nas relações familiares. (LÔBO *in* PEREIRA, Rodrigo, 2000, p.253).

Por este aspecto a reparação por danos morais é admitida pelo fato de não ser aceito que os filhos sejam desamparados emocional e moralmente por seus pais. Aqui, o dever de reparação não é consequência da falta de amor, mas sim por violação da amplitude do afeto com uma paternidade-maternidade responsável.

Se não admitirmos a reparação por danos morais estar-se-á reconhecendo que o nosso ordenamento jurídico autoriza pais e mães abandonarem afetivamente suas crias se elas forem empecilhos em sua vida.

Certamente, não existe meio de obrigar uma pessoa a amar outra, entretanto a escolha da paternidade-maternidade é livre e, portanto, deve ser responsável, uma vez que se trata de uma vida em formação e por isso necessita de subsídios necessários para um crescimento saudável. Assim leciona a ilustre professora Giselda Maria Fernandes Hironaka:

O sistema jurídico não pode exigir de ninguém demonstrações de amor e carinho, porquanto não seja disso que se trata, mas sim, de uma situação em que o que se cobra dos pais é o correto desempenho de suas funções para o pleno desenvolvimento dos seus filhos. Até porque durante muito tempo, muitos pais deixaram de demonstrar afeto, amor e carinho para com seus filhos, mas cumpriram a função de autoridade (com ou sem autoritarismo) que lhes cabia e que permitiu que os filhos se adequassem socialmente. (HIRONAKA, 2008)

Portanto, o que se pleiteia é uma paternidade-maternidade responsável, sob pena de colocar em risco a saúde mental daquele filho, o que seria considerado o abandono afetivo, que nas palavras de Giselda é “a omissão dos pais ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção e desvelo”. (HIRONAKA, 2008).

Outro argumento utilizado é de que o abandono afetivo geralmente é constatado com mais facilidade nas famílias onde ocorreu a separação do casal e a guarda do filhos ficou apenas com um deles com o direito de visita do outro. Ressalta-se que geralmente ocorre com a separação, mas este não é um pressuposto essencial, tendo em vista que há abandono afetivo também mesmo com pais morando na mesma casa, ou com pais que sequer foram casados.

Assim, as vezes o pai que saiu ofendido da relação utiliza o filho como um instrumento para punir outro genitor, e como forma de vingança dificulta o seu convívio com o filho.

E é neste ponto que um dos pais acaba por se afastar de seus filhos e automaticamente se desincumbem da sua função de amar, educar e principalmente, dar afeto.

Entretanto devemos colocar em mente que a separação, o sentimento de frustração e vingança não deve abranger os filhos que sempre serão a parte fraca e mais afetada.

Claudia Stein Vieira discorrendo sobre este assunto traz que:

Há que se desvincular a imagem do outro genitor, por vezes fonte de dissabores, e ter ciência de que as crianças e adolescentes não podem padecer em virtude de sentimentos menores de adultos que tem a obrigação de estarem preparados para exercer a paternidade/maternidade ou de encontrar meios para fazê-lo. (VIEIRA in HIRONAKA, 2002, p. 48).

O direito a visita deve ser tida com um direito-dever de convivência, sendo não só um benefício para os pais que não detêm a guarda física do filho, mas principalmente para o filho de poder conviver com aquele genitor.

Sobre este assunto, a desembargadora Maria Berenice Dias já decidiu que:

Escassa para não dizer inexistente, é a regulamentação do direito de visita (1.598). É assegurado ao pai, em cuja a guarda não esta o filho, o direito de visitá-lo e de tê-lo em sua companhia. Também lhe é concedido o direito de fiscalizar sua manutenção e educação. Nada mais. Alias, a própria expressão de direito de visita é inadequada, pois os encargos inerentes do poder familiar não se limitam a assegurar ao genitor o direito de ter o filho em sua companhia em determinados períodos de tempo. Há reservas no próprio vocabulário de visitas, por evocar uma relação de índole protocolar, mecânica, como uma tarefa a ser executada entre ascendente e filho, com as limitações de um encontro de horários rígidos e de tenaz fiscalização.

Ouvidou-se o legislador de atender às necessidades psíquicas do filho de pais separados. Consagrado o principio da proteção integral em vez de regulamentar as visitas, é necessário estabelecer formas de convivência, pois não há proteção possível com a exclusão do outro genitor.

A visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é um direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno-materno filial. Trata-se de um direito de personalidade, na categoria do direito à liberdade, onde o indivíduo, no seu exercício, recebe as visitas. O interesse a ser resguardado, prioritariamente, é o do filho e objetiva atenuar a perda da convivência diuturna na relação parental, pessoas com quem quer conviver. Funda-se em elementares princípios de direito natural, na necessidade de cultivar o afeto, de firmar os vínculos familiares à subsistência real, efetiva e eficaz. É direito da criança manter contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, havendo o dever do pai de concretizar esse direito. É totalmente irrelevante a causa da ruptura da sociedade conjugal para a fixação das visitas. (grifo nosso).

O genitor que não detém a guarda do filho precisa se conscientizar que seu papel é fundamental para o desenvolvimento de uma criança, ele continua com o poder familiar, devendo criar e educar o filho, participando ativamente da sua formação e da construção da sua personalidade, não devendo desistir dele por motivo algum, e é esta a finalidade do direito de visita assegurado no Código Civil

O abandono, portanto, ocorre por descumprimento do dever de educar; é ilícito civil e deve ser indenizado. O dever de afeto esta inserido na parcela de educação que esta inserida em lei, no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

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

Educar é dar condições para que a criança viva em um ambiente tranqüilo e produtivo. Dessa obrigação os pais não podem se eximir, devendo indenizar quando o faça uma vez que fere os 03 deveres previstos no artigo supracitado (sustento, guarda e educação).

Tudo bem que o Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai, mas existem inúmeras formas de se evitar uma paternidade e, se o pai ou a mãe optou em sê-lo deve assumir as suas responsabilidades, sob pena de ressarcimento por danos que poderão ocasionar devido a sua ausência. Explica Claudete Carvalho Canezin:

O Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai – vale salientar que há inúmeros recursos para se evitar a paternidade – deve encarregar-se de sua função sob pena de reparar os danos causados ao desenvolvimento de seus filhos. (CANEZIN, 2006, p. 86)

Mas o que se vê, com as raras exceções, são pais que depois que se separam refazem suas vidas, com nova família, novos filhos e se esquecem daquela criança que ficou sob a guarda de outrem.

Dizemos “esquecer” no sentido de dar carinho, atenção, assistência moral, uma vez que parte destes pais continuam a prestar alimentos aos filhos até que estes completem a maioridade.

Mas o filho não necessita somente de alimento para o seu corpo, ele também precisa alimentar a sua alma, ter conhecimento de que o pai ou a mãe lhe quer bem e se preocupa com ele.

Devido ao principio da igualdade entre os filhos é necessário entender que não poderá haver nenhuma forma de distinção entre eles, razão pela qual deverão ser dadas as mesmas oportunidades para todos, e isso não inclui somente bens materiais mas principalmente a convivência familiar, educação, afeto, lazer.

No trecho extraído do processo nº 1.030.012.032-0, proveniente da Comarca de Capão da Canoa – RS, neste mesmo sentido o juiz Mario Romano Maggioni, fundamentou sua decisão:

A educação não abrange tão somente a escolaridade mas também a convivência familiar, 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-se 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 do SPC da margem a indenização por danos morais, pois viola a honra e a imagem, quanto mais a rejeição do pai. (TJRS, 2003).

Acrescenta ainda que:

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 e educação). Quando o legislador atribui aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe o dever de amar os filhos. Pai que não ama o filho não esta apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não esta bem educando o seu filho. (TJRS, 2003)

Para muitos homens ser pai ou mãe se restringe apenas ao fato de registrar a criança em seu nome e pagar-lhe as prestações alimentícias devidas, não havendo mais nenhuma espécie de dever. Isso porque os filhos foram gerados acidentalmente, ou porque os pais não mantêm um bom relacionamento entre si, ou simplesmente porque acham que apenas essas são as suas obrigações, estando isentos de qualquer vínculo afetivo com sua prole.

Entretanto, tal posicionamento não é adequado. A presença dos pais na vida do filho é fundamental, para o seu desenvolvimento físico e moral.

Ademais ao se omitir dos deveres do poder familiar os pais estão sendo negligentes, além de estarem infringindo o dever de assistência, e portanto, estão cometendo ato ilícito, o que enseja o dever de indenizar, pois presente o pressuposto da responsabilidade civil.

Ana Carolina Brochado Teixeira explica que:

A conduta de um genitor ausente, que não cumpre as responsabilidades intrínsecas ao poder familiar, enquadra-se perfeitamente entre os atos ilícitos, tendo eles descumpridos seus deveres parentais perante o filho inerentes ao poder familiar, esculpidos nos artigos 22 do Estatuto da Criança e do adolescente – ECA, 1.566, IV, I e II, do CCB/02. (TEIXEIRA, 2005, p. 163).

Os pais devem ter ciência de que suas atitudes impensada, na maioria das vezes como tentativa de punir o outro genitor acaba refletindo diretamente na vida dos filhos, causando inúmeras seqüelas que configuram o ato ilícito e, portanto, a responsabilidade civil.

Deve-se ressaltar que o dano moral nestes casos de abandono afetivo, não ocorre em um único momento, mas sim durante a vida inteira, em reiteradas sensações de descaso, dor e constrangimentos públicos, se manifestando cotidianamente nos eventos sociais, reunião de pais, festas comemorativas, passeios e varias outras ocasiões que necessitam da presença dos pais ao lado dos filhos.

Além do mais, a violação do direito de convivência familiar e a violação do principio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 5º, X, da CR/88, caracteriza o dano moral passível de reparação.

Logo, pode-se constatar que estão presentes os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam: conduta do agente (omissão), nexó de causalidade e dano, conforme estudado anteriormente.

A conduta esta presente na omissão dos pais que deliberadamente abandonam os filhos, descumprindo os deveres inerentes do poder familiar, negligenciando no seu desenvolvimento e na sua criação.

Verifica-se facilmente o nexó de causalidade na relação de parentesco que une as partes.

Por sua vez, o dano é evidente, e pode ser constatado através de um estudo psicológico, que poderá documentar e comprovar a extensão comprometimento que a ausência de um dos pais causou na vida do filho. O chamado desamor gera abalo psíquico, e por conseguinte direito a indenização.

Sendo assim, presentes os pressupostos da responsabilidade civil e não estando nas exceções previstas no artigo 188 do Código Civil: legítima defesa, exercício regular do direito e deterioração ou destruição de coisa para remover perigo iminente, conclui-se que o fato de abandonar o filho, desamparando-lhe moralmente, lhe retirando o direito de convivência familiar, infringindo o principio da igualdade entre os irmãos, além de afetar a sua formação e ocasionar danos irreparáveis é ato ilícito e portanto passível de indenização.

O estudo da responsabilidade civil e relações familiares mostrou evidentemente possível a reparação por danos morais decorrente do abandono afetivo, podendo ser colocado

no mínimo quatro elementos que lhe dão sustentação quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito a convivência familiar, a paternidade-maternidade responsável e o afeto enquanto valor jurídico.

Por fim, insta salientar que nas concepções mais recentes de família, os pais possuem certos deveres que não dependem da sua vontade porque quem os determina é o Estado. Desta forma a família não pode mais ser entendida como uma ralação de poder, ou de dominação, mas sim como uma ralação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestadas pelos filhos em termos justamente de afeto e proteção. Os laços de afeto derivam principalmente da convivência e não somente do sangue.

5.3 Argumentos Contrários Quanto ao Dever de indenizar

Para aqueles que entendem não ser possível o pedido de indenização com fundamento no abandono afetivo materno-filial funda a sua tese no fato de não se vislumbrar como alguém pode atribuir a outrem a afetividade, mesmo porque, o sentimento surge naturalmente e leva em consideração a espontaneidade, assim as manifestações de amor não podem ser impostas, pois nada há que dê suporte para que uma pessoa seja compelida a amar outra.

Deste modo, afirmam que é inviável ao Judiciário obrigar alguém a amar outrem ou manter relacionamento afetivo mais constante, sob pena de pagamento de alguma indenização, pois isso só contribuiria para comportamentos *artificiais* em que o eventual encontro manteria apenas as aparências, ou seja, prevaleceria a hipocrisia, o que não tem respaldo no direito, sobretudo porque deve sobressair a autenticidade, logo, não se verifica a ocorrência de dano moral.

De acordo com o entendimento jurisprudencial:

"Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido." (REsp 757411/MG. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Quarta Turma. J. 29-11-2005).

E mais:

"Dano moral por abandono afetivo. Teoria de responsabilidade civil que se afasta do fato concreto de que não há obrigação legal de o pai amar o filho, de onde advém o carinho e o afeto naturais. Inexistência de ato ilícito porque não se pode obrigar a amar ou manter relacionamento afetivo. Jurisprudência do STJ. Hipótese em que a paternidade só foi reconhecida judicialmente e quando o autor já contava com quase 50 anos. Dano psíquico que, se existente, não acarreta indenização daquele que poderia e não deu afeto e amor Ausência de dano moral indenizável. Correta a improcedência da ação. Recurso improvido, por maioria de votos." (Apelação Cível n.º 994.08.050.543-8. Relator Desembargador Maia da Cunha. Quarta Câmara de Direito Privado. J. 26-11-2009).

O argumento mais forte desta corrente é que não se pode dar preço ao amor, muito menos impor a alguém que ame outra pessoa.

Tal corrente também argumenta que para o caso de abandono ou de descumprimento injustificado dos 03 deveres (guarda, sustento e educação) a legislação já prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 24, quanto no Código Civil, no artigo 1.638, inciso II. Desta forma, o ordenamento jurídico já pune com a perda do poder familiar o pai ou a mãe que abandona o filho afetivamente, mostrando aos indivíduos e a sociedade que o Direito não compadece com a conduta de abandono.

Argumentam ainda que o pai, após condenado a pagar uma indenização ao filho por não ter-lhe atendido as necessidades de afeto não conseguira reconstruir o relacionamento e assim a esperança de um dia haver uma reconciliação seria completamente afastada, enterrando definitivamente a possibilidade de um pai, buscar o amor do seu filho.

Neste diapasão o deferimento do pedido de indenização, não atenderia o objetivo da reparação financeira, uma vez que o amparo material já é alcançado pelo pagamento da pensão alimentícia, nem outros meios previstos na legislação civil, como visto acima, escapando do Poder Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, já que nenhuma finalidade positiva poderia ser alcançada com esta indenização.

A sentença pecuniária só geraria um enorme ressentimento e, até mesmo um rancor do progenitor para o filho, ocasionando um sentimento de repulsa que dificilmente será esquecida.

Além do mais, argumentam que deve-se levar em conta que muitas vezes o progenitor que fica com a guarda do filho pode passar para a criança o sentimento de raiva e vingança nutridos com o fim do relacionamento, sem olvidar que a indenização não atenderia

somente o sofrimento do menor, mas também como ambição financeira daquele que só quer se vingar do ex companheiro.

Neste caso ficaríamos diante de uma enxurrada de ações indenizatórias com interesse meramente mercenários, impossibilitando o magistrado em discernir a angustia, dor, sofrimento verdadeiro decorrente do abandono e a ganância inescrupulosa que gerará o enriquecimento ilícito tão repudiado pelo Direito.

Outra tese levantada como argumento contra o dever de indenizar foi citada pelo sr. Ministro Cesar Asfor Rocha no Resp 757.411/MG, diante do qual entende que o Direito de Família tem regras próprias e para o caso de abandono já prevê a destituição do pátrio poder, não sendo cabível a tese da responsabilidade civil, *in verbis*, o seu voto:

Sr. Presidente, é certo que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais pontificou que o recorrido teria sofrido em virtude do abandono paterno; são fatos que não podem ser desconstituídos. E é justamente com base nesses fatos que aprecio o que está ora posto. Penso que o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo – mais fortemente - a outras ramificações do Direito. Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares, sobretudo aquelas atinentes a pai e filho, mesmo aquelas referentes a patrimônio, a bens e responsabilidades materiais, a ressarcimento, a tudo quanto disser respeito a pecúnia, sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações. Destarte, tudo quanto disser respeito às relações patrimoniais e aos efeitos patrimoniais das relações existentes entre parentes e entre os cônjuges só podem ser analisadas e apreciadas à luz do que está posto no próprio Direito de Família. Essa compreensão decorre da importância que tem a família, que é alçada à elevada proteção constitucional como nenhuma outra entidade vem a receber, dada a importância que tem a família na formação do próprio Estado. Os seus valores são e devem receber proteção muito além da que o Direito oferece a qualquer bem material. Por isso é que, por mais sofrida que tenha sido a dor suportada pelo filho, por mais reprovável que possa ser o abandono praticado pelo pai – o que, diga-se de passagem, o caso não configura - a repercussão que o pai possa vir a sofrer, na área do Direito Civil, no campo material, há de ser unicamente referente a alimentos; e, no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder, no máximo isso. Com a devida vênia, não posso, até repudio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor. Ao ser permitido isso, com o devido respeito, iremos estabelecer gradações para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandono por uma semana, o valor da indenização seria "x"; se abandono por um mês, o valor da indenização seria "y", e assim por diante. Com esses fundamentos, e acostando-me ao que foi posto pelo eminente Ministro Fernando Gonçalves, Relator deste feito, e pelos Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezzinni, peço vênia ao eminente Sr. Ministro Barros Monteiro para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

Quanto a tese do dever de visita, de convivência, para esta corrente a mesma não deve prevalecer, já que uma criança pode viver de forma mais feliz e saudável em uma família sob a guarda e a proteção de apenas um dos progenitores ou na ausência de ambos com os avós ou outros parentes, sem qualquer prejuízo para o seu desenvolvimento. Há casos

ainda em que o desenvolvimento saudável da criança só ocorreu por estarem longe de um ambiente desregrado que talvez os pais iriam proporcionar. Por exemplo: filhos de pais drogados.

Ademais, o Código Civil, em seu artigo 1.589, prevê a companhia de forma facultativa, sempre observados os interesses da criança, sendo um retrocesso a consideração da companhia indispensável do pai, pois remete-nos ao retorno do extinto pátrio poder.

Com relação ao desregramento da personalidade utilizada pelo magistrado Mario Romano Maggioni, na sentença proferida em agosto de 2003 na cidade de Capão de Canoa, seria insensato vincular a propensão a vida criminosa ao abandono afetivo paterno, ao fazer isto o nobre magistrado, não propositalmente, estereotipou o criminoso, dando possível margem ao preconceito. Não que tenha dito algo inverídico, já que a maioria da população carcerária é parda, pobre e originária de famílias destruídas. Também não é segredo que essas pessoas são vítimas de problemas sociais graves e não apenas familiares. Entretanto não se pode dizer que uma criança foi prejudicada por possuir um perfil parecido com a de algum criminoso. Caso tal raciocínio prosperasse estaríamos diante de uma legião de pessoas discriminadas pelo suposto potencial de perigo que poderiam oferecer.

Assim para que se possa obter um relacionamento saudável entre pais e filhos é necessário que haja uma aproximação espontânea, verdadeira, cultivada reciprocamente, e não através de imposição judicial.

5.4 As Recentes Decisões Judiciais Acerca da Caracterização do Dano Moral nos Casos De Abandono Afetivo dos Pais para com seus Filhos

De forma inédita o primeiro julgado no ordenamento jurídico brasileiro que tratou sobre o abandono afetivo surgiu no Rio Grande do Sul, na comarca de Capão da Canoa, nos autos de nº 141/1030012032-0, no dia 15 de setembro de 2003.

O pedido de reparação por danos morais decorrente do abandono afetivo do pai foi feito por uma menina de nove anos. O pleito em primeira instância foi julgado procedente, fixando a indenização em 200 salários mínimos.

O MM juiz Mario Romano Maggioni fundamentou sua decisão com fulcro no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal e artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme transcrito abaixo:

Aos pais incube o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art.22 da Lei n.º 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, o carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude 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 lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos.

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 réu- deve desincumbir-se 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 precaver-se. Não se pode atribuir a terceiros a paternidade. Aquele, desprecaído, 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.

Dr. Juiz de Direito Mário Romano Maggioni

Esse caso, correu à revelia, e, portanto, não subiu para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já tendo a sentença transitado em julgado (não cabendo mais recurso).

O segundo julgado ocorreu na Comarca de São Paulo, nos autos nº 01.036747-0, no dia 05 de junho de 2004.

A ação foi julgada procedente e condenou o pai ao pagamento da importância de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em favor da filha (autora), já citando no início de sua fundamentação que: “efetivamente em princípio não se afigura razoável de que um filho pleiteie em juízo indenização por dano moral porque não teria recebido afeto de seu pai, de quem sua mãe se separou ainda na infância do autor.”(TJSP,2004).

O nobre magistrado afirmou ainda:

Não se pode rejeitar a possibilidade de pagamento de indenização decorrente da falta de afeto simplesmente p[ela consideração de que o verdadeiro afeto não tem preço, porque também não tem sentindo sustentar que a vida de um ente querido, a honra a

imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito a obtenção de um benefício econômico em contraposição a ofensa praticada contra esses bens. (TJSP,2004)

Entretanto a decisão de maior repercussão no nosso ordenamento jurídico provém do Estado de Minas Gerais onde um rapaz de vinte e quatro anos alega que foi rejeitado pelo pai e abandonado afetivamente. Aduz o rapaz que conviveu com o pai até os seis anos de idade, momento em que nasceu uma filha do seu genitor com outra mulher.

Em primeira instância a ação foi julgada improcedente diante da falta de comprovação do dano. Contudo a 7ª Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, através do voto proferido pelo relator Unias Silva, nos autos da apelação nº 408.550-5, no dia 01 de abril de 2004, reconheceu o abandono afetivo e a ocorrência do dano moral, condenando o pai ao pagamento de 200 (duzentos) salários mínimos a título de indenização.

Referido acórdão fundou-se no princípio da dignidade da pessoa humana para a aplicação dos danos morais:

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito a convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TAMG, 2004).

Do acórdão supracitado foi interposto recurso pelo pai do menor ao STJ, Resp. nº 757.411/MG. A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a ausência de afeto dos pais não caracteriza dano moral, e, portanto não pode ser indenizável.

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1.A indenização por dano moral pressupõe a prática de um ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do artigo 159 do Código Civil de 1.916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

2.Recurso especial conhecido e provido

(REsp. 757.411/MG, Rel.Ministro Fernando Gonçalves, 4ª turma, julgado em 29.11.2005, DJ 27.03.2006, p. 299)

A turma por maioria conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro. Os ministros

Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezinni e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Os ministros que optaram pela reforma da sentença proferida que condenava o pai a pagar indenização para o filho decorrente do abandono afetivo, fundamentaram que não se pode dar preço ao amor nem tampouco obrigar o pai a amar o filho e que a união entre eles nunca seria alcançada pela indenização. Afirmaram ainda que o Direito de Família já aplica uma sanção como punição ao pais que abandonam os filhos afetivamente.

O voto vencido foi do Ministro Barros Monteiro que discordou dos demais posicionando-se a favor da indenização e pelo não provimento do recurso. Fundamentou seu voto alegando que o dano moral sofrido pelo filho é evidente e deve ser indenizado uma vez que estão presentes os requisitos que configuram a responsabilidade civil.

Assim fundamentou:

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou o réu a pagar 44 mil reais por entender configurados nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como por reconhecer a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seus laços de paternidade. Esses fatos são incontroversos. Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto.

Como se sabe, na norma do artigo 159 do Código Civil de 1916, esta subentendido o prejuízo de cunho moral, que agora esta explícito no Código novo. Leio o artigo 186:

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

Creio que é esta a hipótese dos autos. Haveria sim uma excludente de responsabilidade se o réu fosse, no caso o progenitor, demonstrasse a ocorrência de força maior, o que me parece não ter sequer sido cogitado no acórdão recorrido. De maneira que, no caso, ocorreram a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade. O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo.

Considero, pois, ser devida a indenização por dano moral no caso, sem cogitar de eventualmente, ajustar ou não o quantum devido, porque me parece que esse aspecto não é objeto do recurso.

Penso também que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e no atual.

Por essas razões, rogando vênias mais uma vez, não conheço do recurso especial.

Porém o recurso foi conhecido e provido, exonerando o pai ao pagamento da indenização anteriormente fixada. Concluiu-se que o STJ esta na corrente daqueles que são contrários a fixação de indenização decorrente do abandono afetivo paterno filial.

Desta decisão do Recurso Especial foi interposto Recurso Extraordinário, sob o nº 567.164, no Supremo Tribunal Federal, na qual a ministra Ellen Gracie negou seguimento ao recurso, entendendo que para análise do pedido deveriam re-analisar os fatos e as provas contidas nos autos como também a legislação infraconstitucional (Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil), o que não é admitido em sede de Recurso Extraordinário.

Nas palavras da Ministra Ellen Gracie, este processo “não tem lugar nesta via recursal considerados, respectivamente, o óbice da Súmula 279, do STF, e a natureza reflexa ou indireta de eventual ofensa ao texto constitucional”.

Não obstante o julgamento da Ministra Ellen Gracie que atentou somente para o cabimento ou não do Recurso Extraordinário, sem analisar o mérito da questão, entendo exatamente como o Ministro Barros Monteiro e posiciono-me contra à decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, encontrando embasamento jurídico para fundamentar meu entendimento.

A responsabilidade civil, prevista em nosso ordenamento jurídico, tem como objetivo a reparação dos danos causados a outrem. No passar dos anos tais danos passíveis de indenização estenderam-se ao âmbito moral, admitindo, inclusive, a cumulação no pedido de ambos, dano material e dano moral.

O presente trabalho demonstrou que um filho ao ser abandonado afetivamente por um de seus pais sofre inúmeros danos que atingem a sua moral. Estes danos são iguais a qualquer outro tipo de dano moral passível de indenização.

Assim, se presentes os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil e, conseqüentemente, configurado o prejuízo sofrido, o filho deverá receber uma indenização decorrente do abandono que sofreu por parte dos pais, da mesma forma que ocorre nas ações cíveis.

6. CONCLUSÃO

No transcorrer dos anos as famílias passaram por mudanças significativas na sociedade. Atualmente as famílias monoparentais aumentaram demasiadamente se tornando incontestável na sociedade. Uma consequência negativa disso é que cada vez mais os pais estão se distanciando de seus filhos, seja por meio do fim do casamento ou da união estável, ou pelo não planejamento dos filhos, gerando a falta de amor e de atenção que merecem.

A ausência da figura materna ou paterna durante o desenvolvimento do filho pode, em alguns casos, repercutir de forma drástica, provocando danos psíquicos irreversíveis e que como todo o dano moral deverão ser reparados.

Neste trabalho não se busca generalizar a situação meramente do abandono como fato ensejador de ressarcimento, lembrando sempre que todo o ser humano sente e reage a situações de formas diferentes, devendo analisar caso a caso se estão presentes os requisitos que configuram a responsabilidade civil.

Assim, o que se defende neste estudo é que os casos concretos sejam analisados minuciosamente, de modo que não se possa dizer taxativamente que o abandono afetivo deve ou não ser indenizado.

Existem crianças que recebem muito mais amor e carinho dos pais substitutos, aqueles que os criaram como se filhos fossem, e por esta razão, não sofrem com a ausência do verdadeiro pai, agindo normalmente diante dessa situação.

Nestes casos não há porque buscar uma indenização por danos morais, já que a ausência de um dos pais não ocasionou nenhum prejuízo, não estando caracterizada a responsabilidade civil.

No entanto, analisando o caso concreto, se ficar comprovado a existência do dano em virtude do abandono afetivo sofrido deve ser plenamente possível o pedido de indenização por danos morais.

Ao contrario do que dispôs o Superior Tribunal de Justiça, o abandono afetivo é ato ilícito pois fere pelo menos quatro elementos previstos no nosso ordenamento jurídico que são: o principio da dignidade da pessoa humana, o direito a convivência familiar, a maternidade-paternidade responsável e o afeto enquanto valor jurídico.

Dessa forma, se houver a violação destes direitos, que são direitos da personalidade, é inteiramente justo que haja a devida reparação se preenchidos os demais requisitos da responsabilidade civil.

Estudos já comprovaram que crianças e adolescentes que crescem longe da presença paterna tendem a sofrer abalos psíquicos por toda a sua vida, sendo sempre uma lacuna impreenchível que ocasiona mágoa, dor e o pior dos sentimentos, o de rejeição.

Por óbvio que a reparação pecuniária não cessará o sofrimento dos filhos, nem tampouco preencherá a lacuna que a ausência dos pais gerou, mas funcionará nesses casos como uma punição e uma advertência de que o Poder Judiciário não pactua com esta atitude, e tentar evitar ou pelo menos diminuir o descaso e o desrespeito que os pais vem tendo perante seus filhos.

Isto porque se o pai ou a mãe não quisesse ter filhos, deveriam ter tomado as precauções necessárias para evitá-los, uma vez que atualmente são vários os meios de se evitar uma gravidez indesejada, e se assim não agiram deverão atuar como pais, não só lhe prestando assistência material, mas educando-os, amando-os e dedicando-lhes o mínimo de respeito. Se assim não fizerem, que sejam então compelidos a reparar eventuais danos decorrentes da falta de afeto como forma de punição e advertência.

O abandono afetivo é algo que está crescendo demasiadamente na sociedade que não pode compactuar com tal ato devendo ser combatida. Não podemos aceitar que criança deixe de conviver com os pais por caprichos, mágoas ou qualquer outro sentimento que não provocou.

É inadmissível, para não falar desumano, aceitarmos que um indivíduo possa pleitear no Poder Judiciário uma indenização por danos morais pelo fato do seu nome ter sido inserido indevidamente no cadastro de inadimplentes e não possuir o mesmo direito no caso de ter sofrido durante a vida inteira por conta do abandono dos seus pais.

Evidente que no último caso, a dor, o sofrimento, o constrangimento foram muito maiores e, portanto, lógico que devem ser ressarcidos.

Por fim, penso que se um pai demorou a vida inteira para dar amor e carinho ao filho não vai ser a ação judicial que vai acabar com todas as chances de uma reconciliação, uma vez que o tempo não volta atrás, como os vários momentos que poderiam ter passados juntos. A criança frágil e desprotegida cresceu. E na maioria das vezes cheia de culpa, transtornos que eventual reconciliação jamais vai suprimir.

BIBLIOGRAFIA

- AUGUSTIN, Sérgio (coord.). et al. **Dano moral e sua quantificação**. Porto Alegre: Plenum, 2004.
- BARROS, Sérgio Resende de. **O direito ao afeto**. Revista Jurídica. Ano IV, v. 8. Belo Horizonte: Del Rey. Maio 2002.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus. Rio de Janeiro, 1992.
- BOWLBY, John. **Formação e rompimento dos laços afetivos**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Método, 2006.
- BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998.
- BRASIL. Código Civil (2002). NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira (Org.). **Código Civil e Legislação Civil em vigor**. 25.ed. atual. até 6 de janeiro de 2006. São Paulo: Saraiva, 2006. 1855p.
- BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.757.411/MG. Responsabilidade civil, abandono moral, reparação, danos morais, impossibilidade. Revista IOB de Direito de Família, Porto Alegre, v.9, n.46, p.22-31, fev./mar. 2008.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EMENTA: Responsabilidade Civil. Abandono Moral. Reparação. Danos Morais. Impossibilidade. REsp 757.411/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves: São Paulo, 29 nov. 2005, DJ 27.03.2006 p. 299. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em 21 de dezembro de 2007.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
- BRASIL. **Vademecum Saraiva**. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

CAMPANHOLE, Hélton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. **Constituições do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.8, n.36, p.71-87, jun./jul. 2006.

CARBONE, Ângelo. Abandono afetivo: Justiça não pode obrigar o pai a amar o filho. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 de dezembro de 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/40508,1>>. Acesso em 13 de outubro de 2007.

CARÊNCIA afetiva: Pai tem de pagar indenização por abandono de filha. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 de junho de 2004. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/25257,1>>. Acesso em 13 de outubro de 2007.

CARVALHO NETO, Inácio e. Responsabilidade Civil no direito de família com referencias ao novo Código Civil. Curitiba: Juruá, 2002.

CASSETTARI, Christiano. **Responsabilidade Civil dos Pais por Abandono Afetivo de seus Filhos – Dos Deveres Constitucionais**. Artigo Jurídico. Material fornecido pelo professor Christiano aos alunos do curso de especialização em Direito Civil e Processo Civil das Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – SP. www.unitoledo.br. Site do professor: www.professorchristiano.com.br.

CAVALCANTE, Ana Elizabeth Lapa. Wanderley. **Casamento e união estável**: requisitos e efeitos pessoais. São Paulo: Manole, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

COMEL, Nelsina Elizena Damo. **Paternidade responsável**: o papel do pai na sociedade brasileira e na educação familiar. Curitiba: Juruá, 2000.

DEL CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo código civil*. 4.ed. 2. tir. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DICIONÁRIO eletrônico Aurélio. 1 CD ROM.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 7.

ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Global, 1986.

FASE de execução: Pai é obrigado a indenizar filha por abandono afetivo no RS. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 de março de 2005. Disponível em:

<<http://conjur.estadao.com.br/static/text/33506,1>>. Acesso em 13 de outubro de 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. 3v.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ANDRIOTTI, Carolina Dias. Breves Notas históricas da função social no Direito Civil. *In*: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função Social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. GUERRA, Leandro dos Santos. Função Social da Família. *In*: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.) **Função Social no Direito Civil**. São Paulo, Atlas, 2007.

GONZÁLES, Matilde Zavala de. **Resarcimiento de daños - cuánto por daño moral** (la indemnización en desequilibrios existenciales). Tomo 5a. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Orient.); ARAÚJO, Vaneska Donato de (Coord.). **Responsabilidade civil**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008a.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Orient.); BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Cláudia Stein (Coord.). **Direito de família**. v.7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008b.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em:

http://www.jusnews.com.br/ortal/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=40. Acesso em: 10 mai. 2008c

LAÇOS de família: Pai é condenado a indenizar filho por abandono afetivo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 de dezembro de 2006. Disponível em:

<http://conjur.estadao.com.br/static/text/51425,1>>. Acesso em 13 de outubro de 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: RT, 1997.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **A Família na Travessia do Milênio – Anais do II Congresso Brasileiro do Direito de Família**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (organizador). Belo Horizonte: IBDFAM, 2000.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. 7. C. Cível. Apelação cível n.408.550-5. Indenização danos morais, relação paterno-filial, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da afetividade. Relator: Juiz Unias Silva. j. 01-04-2004.

MULHOLAND, Caitlin Sampaio. **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro. Renovar. 2006.

NÃO mais que pensão: não cabe indenização por abandono afetivo, decide STJ. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/39828,1>>. Acesso em 13 de outubro de 2007.

PENSÃO não basta: STJ decide se abandono afetivo do pai gera indenização. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/39518,1>>. Acesso em 13 de outubro de 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. **Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis :anais do III congresso brasileiro de direito de família**. Belo Horizonte. IBDFAM2002.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PIZZOLANTE, Albuquerque; PIRES, Francisco Eduardo Ocioli. **União estável no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999.

PRADO, Danda. **O que é família**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983.

PREÇO da desatenção: Filho abandonado por pai aos seis anos consegue indenização. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 de junho de 2004. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/24922,1>>. Acesso em 13 de outubro de 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Comarca de Capão da Canoa. Processo n.141/1030012032-0. Danos psicológicos por abandono. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.6, n.25, p.148-150, ago./set. 2004

RODRIGUES, Rafael Cano. **O afeto como liame essencial da filiação e a responsabilização civil pela sua omissão**. 2007. 82 fls. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2005.

Ropelli, Luciana d’Arce. **O direito ao afeto nas relações paterno-materno filiais**. 2005. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas Antonio Eufrasio de Toledo”, Presidente Prudente, 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Comarca de São Paulo. Processo n.01.036747-0.

Ofensa à dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.6, n.25, ago./set. 2004.

SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao filho: descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.6, n.25, ago./set. 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. v. II, IV. Rio de Janeiro: Forense, 1973

SILVEIRA, Melina Sanches. **O direito ao afeto na relação entre pai e filho e o dano moral**. 2005. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas Antonio Eufrasio de Toledo”, Presidente Prudente, 2005.

SHINYASHIKI, Roberto. **A carícia essencial**: uma psicologia do afeto. 50. ed. São Paulo: Gente, 1991.

SILVA, Américo Luís Martins. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: RT, 1999.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 24 de outubro de 2007.

TARTUCE, Flavio. **Novos Principios do Direito de Família Brasileiro**. Disponível em: -- <http://WWW.flavioartuce.adv.br/secoes/verjur.asp?art=161>. Acesso em 10 de jul. 2010

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.7, n.32, p.138- 158, out./nov. 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: RT, 2003.