

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**AUSÊNCIA DO AFETO PATERNAI COMO FATO GERADOR DE  
INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL**

Luzinalva Gomes de Sousa Rodrigues

Presidente Prudente/SP

2007

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**AUSÊNCIA DO AFETO PATERNAL COMO FATO GERADOR DE  
INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL**

Luzinalva Gomes de Sousa Rodrigues

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Francisco José Dias Gomes.

Presidente Prudente/SP

2007

# **AUSÊNCIA DO AFETO PATERNAL COMO FATO GERADOR DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL**

Monografia aprovada como requisito  
parcial para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito.

---

Francisco José Dias Gomes  
Orientador

---

Vera Lúcia Toledo Pereira de Góis Campos  
Examinadora

---

Ademilson Cavalcante da Silva  
Examinador

Presidente Prudente/SP, \_\_\_\_ de novembro de 2007.

A criança não nasce psicologicamente pronta. Embora traga nos genes heranças das famílias paterna e materna, ela precisa de afeto e do carinho dos pais para se desenvolver.

**Içami Tiba**

Dedico este trabalho ao meu esposo Jorge, o qual nunca mediu esforços para que eu pudesse realizar mais esta etapa, e aos meus filhos Jorge Henrique e João Pedro, verdadeiros tesouros de Deus em minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, pois só com o amparo Dele alcancei vitórias e enfrentei da melhor forma possível os desafios que me foram apresentados nestes cinco anos de Faculdade.

Ao meu pai, que nos deixou para viver perto de Deus, mas em vida nos ensinou com o seu exemplo, a lutarmos pelos nossos sonhos com garra, humildade e honestidade, lições que se tornaram a melhor herança em vida..

A minha querida mãe Terezinha, mulher guerreira de força e fibra, que com seu infinito amor sempre me apoiou.

Ao meu orientador e amigo, Doutor Francisco José Dias Gomes, pois sem seu incentivo, compreensão e colaboração, este trabalho não se realizaria.

Ao meu amigo Ademilson Cavalcante, por me ajudar a crer que seria capaz.

A professora Vera Lúcia Campos, por ter me ensinado que devemos dar o melhor de nós em tudo que tivermos de realizar.

Ainda, um especialíssimo agradecimento ao meu esposo Jorge, que incansavelmente esteve ao meu lado nessa trajetória acadêmica, me apoiando em tudo que precisei.

Aos meus filhos Jorge Henrique e João Pedro, que embora crianças puderam compreender com paciência todas as minhas ausências.

Como não poderia ser diferente, agradeço aos meus irmãos César, Celso, Cirlene e Vilma que juntamente com suas famílias rezaram por mim em suas orações, me proporcionando motivação para que eu nunca desanimasse.

A minha amiga Mônica que nesses cinco anos com extrema dedicação, coordenou o trabalho de transcrições das aulas, tornando o nosso aprendizado menos árduo.

A minha amiga Josefa pela demonstração de carinho e apoio.

Aos colegas da sala pelo companheirismo.

A todos, minhas sinceras homenagens.

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho é discutir a existência de danos morais em decorrência da ausência do afeto materno e paterno-filial e a conseqüente possibilidade do filho buscar a via judicial a para obter uma justa indenização pelos danos sofridos. Nessa perspectiva, parte-se de um enfoque no Instituto da Responsabilidade Civil, discorrendo um breve histórico de sua evolução e dos elementos necessários para sua configuração, abordando com mais ênfase o dano moral. Na seqüência, procura conduzir-se-á o leitor pelo conteúdo do Direito de Família, sua evolução histórica, transformações e a sua atual concepção, com enfoque principal na relação materno e paterno-filial, discorrendo os principais dispositivos que determinam os deveres do pais, trazendo à tona a importância do afeto paterno-filial e os danos advindos de sua ausência. Associa o descumprimento do dever de afeto aos pressupostos qualificadores da responsabilidade civil, identificando que o dever de afeto está implícito no ordenamento jurídico e, por fim, conclui a pesquisa trazendo, inclusive, algumas decisões sobre o assunto. O tema da pesquisa está inserido no campo do Direito Civil, mas abrange, ainda, o Direito Constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Psicologia. Foi empregado método indutivo, e em menor escala o método histórico. A análise do tema demonstra o dever dos pais de indenizar, em decorrência de suas condutas impróprias, deixando de cumprir com os deveres que lhe são inerentes, ocasionado danos de ordem moral que afetam a dignidade humana do filho, prejudicando o seu desenvolvimento social.

**Palavras-chaves:** Família. Pai. Filho. Afeto. Dever. Indenização. Convivência. Dano Moral.

## ABSTRACT

The objective of the present work is to argue the existence of moral damages in result of the absence of the affection paternal-branch office and the consequent possibility of the son to search the way judicial to get a joust indemnity for the suffered damages. In this perspective, part of an approach of the Institute of the Civil liability, discoursing a historical briefing of its evolution and the necessary elements for its configuration, approaching with more emphasis the moral damage. In the sequence, search will conduct the reader for the content of the Family law, its historical evolution, transformations and its current conception, with main prominence of the relation paternal-branch office, treating to the main devices that determine the duties of the father, bringing to surface the importance of the affection paternal-branch office and the happened damages of its absence. The descompliance of the duty of affection to the qualifying estimated ones of the civil liability will associate, identifying that the affection duty is implicit in legal system and, finally, will conclude it research bringing, also, some decisions on the subject. The subject of the research is inserted in the field of the Civil law, but it encloses, still, the Constitutional law, the Statute of the Child and the Adolescent and Psychology. Inductive method was used, and in lesser the historical method scales. The analysis of the subject demonstrates the duty of the father to indemnify, in result of its improper behavior, leaving to fulfill with the duties that it are inherent, fact this that caused to order damages moral that they affect the dignity human being of the son, harming its social development.

**Keywords:** Family. Father. Son. Affection. To must. Indemnity. Living together. Moral damage.

# SUMÁRIO

|                                                                                                   |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>1 INTRODUÇÃO</b> .....                                                                         | 09 |
| <b>2 RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....                                                             | 11 |
| 2.1 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil.....                                             | 11 |
| 2.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil.....                                                   | 14 |
| 2.2.1 Ação.....                                                                                   | 14 |
| 2.2.2 Culpa como fundamento da responsabilidade civil.....                                        | 15 |
| 2.2.3 Do nexo de causalidade.....                                                                 | 18 |
| 2.2.4 Do dano.....                                                                                | 19 |
| <b>3 DO DANO MORAL</b> .....                                                                      | 21 |
| 3.1 Noções Preliminares.....                                                                      | 21 |
| 3.2 Da Evolução Histórica do Dano Moral.....                                                      | 23 |
| 3.3 Conceito.....                                                                                 | 24 |
| 3.4 Da Constatação do Dano Moral.....                                                             | 25 |
| <b>4 DO DIREITO DE FAMÍLIA</b> .....                                                              | 27 |
| 4.1 Considerações Preliminares.....                                                               | 27 |
| 4.2 Evolução Histórica.....                                                                       | 27 |
| 4.3 A Família na Idade Média.....                                                                 | 29 |
| 4.4 Família Originária no Código Civil Brasileiro.....                                            | 30 |
| 4.5 As Constituições Brasileiras e as Conseqüentes Repercussões na Família.....                   | 31 |
| 4.6 O Novo Modelo de Família Recepcionado pela Constituição Federal.....                          | 33 |
| 4.6 A Família Base da Sociedade: Família que se Alicerça no Afeto.....                            | 38 |
| 4.7 Conceito Contemporâneo de Família.....                                                        | 39 |
| <b>5 DA FILIAÇÃO NO DIREITO CIVIL</b> .....                                                       | 42 |
| 5.1 Noções Gerais de Filiação.....                                                                | 42 |
| 5.2 A filiação no Direito Civil Brasileiro.....                                                   | 43 |
| 5.3 A Filiação na Constituição Federal de 1988.....                                               | 45 |
| <b>6 DA IMPORTÂNCIA DO AFETO PATERNO-FILIAL E DOS DANOS<br/>DECORRENTES DE SUA AUSÊNCIA</b> ..... | 47 |
| 6.1 Considerações Iniciais.....                                                                   | 47 |
| 6.2 Antecedentes Históricos sobre a Figura Paterna.....                                           | 48 |
| 6.3 Da Importância do Afeto Paternal na Vida do Filho.....                                        | 50 |
| 6.4 As Conseqüências da Ausência do Afeto Paterno-Filial.....                                     | 53 |

|                                                                                                                                                      |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>7 A PROTEÇÃO DO AFETO PATERNO-FILIAL COMO VALOR JURÍDICO.....</b>                                                                                 | <b>55</b> |
| 7.1 Noções Gerais.....                                                                                                                               | 55        |
| 7.2 Do Poder Familiar.....                                                                                                                           | 56        |
| 7.2.1 Antecedentes históricos .....                                                                                                                  | 56        |
| 7.2.2 O poder familiar no direito brasileiro.....                                                                                                    | 58        |
| 7.2.3 Conceito.....                                                                                                                                  | 62        |
| 7.2.4 Conteúdo do poder familiar.....                                                                                                                | 64        |
| 7.2.5 Causas de suspensão, perda e extinção do poder familiar.....                                                                                   | 67        |
| 7.3 Da Dignidade da Pessoa Humana.....                                                                                                               | 70        |
| 7.3.1 Da Aplicação Concreta do Princípio Constitucional da Dignidade<br>da Pessoa Humana.....                                                        | 72        |
| 7.4 Demais Proteções Legais Relacionadas ao Afeto Paterno-Filial.....                                                                                | 74        |
| <br>                                                                                                                                                 |           |
| <b>8 A AUSÊNCIA DO AFETO PATERNO-FILIAL COMO FATO GERADOR<br/>DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.....</b>                                                 | <b>77</b> |
| 8.1 O Afeto como Novo Elo da Estrutura Familiar.....                                                                                                 | 77        |
| 8.2 Pressupostos do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo.....                                                                                     | 78        |
| <br>                                                                                                                                                 |           |
| <b>9 CONCLUSÃO.....</b>                                                                                                                              | <b>83</b> |
| <br>                                                                                                                                                 |           |
| <b>BIBLIOGRAFIA.....</b>                                                                                                                             | <b>88</b> |
| <br>                                                                                                                                                 |           |
| <b>ANEXOS.....</b>                                                                                                                                   | <b>96</b> |
| <b>ANEXO A</b> – Acórdão proferido pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 408.550-5, de 01/04/2004. |           |
| <b>ANEXO B</b> – Sentença proferida pela 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa/RS. Processo Cível nº 141/1030012032-0, de 15/09/2003.           |           |
| <b>ANEXO C</b> – Sentença proferida 31ª Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP. Processo Cível nº 01.36747-0.                                         |           |

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo a análise da possibilidade jurídica de se condenar um genitor à indenização por danos morais em face da ausência do afeto paterno-filial, em conformidade com as normas disciplinadas no Direito Civil, na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para melhor compreensão do tema, será relevante fazer uma abordagem histórica que permita ao leitor conhecer a evolução dos aspectos jurídicos, que envolvem as relações familiares.

Nesse sentido, a pesquisa busca demonstrar que a família contemporânea em consequência de sua instituição pelo legislador constituinte como base da sociedade, passou a ser regulamentada por meio de normas garantidoras de proteção aos direitos inerentes à pessoa humana.

Partindo da concepção da família atual, buscar-se-á analisar o instituto do poder familiar, a fim de conhecer os seus antecedentes históricos, sua finalidade e atuação no direito brasileiro, e demonstrar que o conteúdo desse instituto está mais atrelado a uma relação de dever do que de poder propriamente dito, especificando inclusive as situações que autorizam a suspensão, perda ou extinção do poder familiar.

Quer parecer, a princípio, que nos deveres instituídos no poder familiar não conste o dever de afeto, poderá verificar-se que, numa análise sistemática da Carta Magna, este dever está implicitamente contido nos princípios informadores do Estado Democrático de Direito em conformidade com o estabelecido na Constituição Federal.

Considerando que a Psicologia é uma ciência de extrema relevância quando cuidamos do Direito de Família, apresentamos os danos apontados por essa área, como consequência do descumprimento do dever do pai de prestar afeto ao filho.

Em particular, o tema central deste trabalho é afirmar o cabimento da indenização por danos morais, face à ausência do afeto paterno-filial, por acreditar

que as funções paternas só podem ser exercidas a partir do momento em que, aos filhos sejam propiciados proteção, segurança, amor e afeto. A criança precisa da demonstração desses sentimentos para seu desenvolvimento saudável, cuja falta irá lhe causar sérios danos psicológicos.

Expusemos ainda os fundamentos do dever de indenizar face à ausência do afeto paterno-filial, levando em consideração os pressupostos da responsabilidade civil.

Por fim, ainda trouxemos alguns julgados em que foi acolhido o pedido de indenização por danos morais decorrentes da ausência do afeto paterno-filial como forma de demonstrar os fundamentos justificadores dessas decisões.

O objeto deste trabalho foi essencialmente bibliográfico através de investigação doutrinária e jurisprudencial.

O método de pesquisa utilizado foi o indutivo e o método histórico.

Utilizamos ainda documentação indireta, consistindo na leitura de obras, artigos de jornais, revistas e publicações via internet, com o fim de ponderar os vários posicionamentos sobre o tema em questão.

Não obstante os posicionamentos contrários ao cabimento da indenização moral pela falta do afeto paterno-filial, procuramos demonstrar que tal pretensão deve ser acolhida, por entender que esta seja uma das melhores formas de chamar a atenção dos pais que se esqueceram de suas principais obrigações e ainda despertar a consciência de futuros homens que venham optar pela paternidade no sentido de que a paternidade deve ser exercida com responsabilidade.

## **2 RESPONSABILIDADE CIVIL**

A responsabilidade civil tem como fundamento a restauração de um equilíbrio moral e patrimonial aniquilado em virtude de um dano sofrido. Essa restauração significa o dever que alguém tem de reparar o dano, de forma a desfazer tanto quanto possível os seus efeitos, recompondo a vítima ao estado em que encontrava antes do dano, ou não sendo possível, ressarcir-lá pelo equivalente.

Em apropriada síntese, Maria Helena Diniz (2003, p. 7) define:

A responsabilidade civil pressupõe uma relação jurídica entre a pessoa que sofreu o prejuízo e a que deve repará-lo, deslocando o ônus do dano sofrido pelo lesado para outra pessoa que, por lei, deverá suportá-lo, atendendo assim à necessidade moral, social e jurídica de garantir a segurança da vítima violada pelo autor do prejuízo.

Destarte, a responsabilidade civil constitui uma relação obrigacional que tem por objeto o dever da reparação.

### **2.1 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil**

A responsabilidade civil, em sua evolução histórica, passou por várias transformações com relação aos seus fundamentos, à sua área de incidência e à sua forma de reparação.

Historicamente, nos primórdios da civilização a forma encontrada para responder uma ofensa dava-se através da vingança, a qual era exercida de maneira imediata, instintiva e brutal.

Inicialmente, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta de um grupo contra o agressor, pela ofensa a um de seus componentes.

Num segundo momento, essa reação passou a ser feita de forma individual, caracterizando-se numa vingança privada, que consistia em fazer justiça pelas próprias mãos.

A justiça pelas próprias mãos decorria da imposição da Lei de Talião, sintetizada na fórmula “olho por olho, dente por dente”, “quem com ferro fere, com ferro será ferido”, cuja tradução era a reparação do mal pelo mal.

Nesse tipo de reparação permitia-se à vítima o direito de produzir na pessoa do lesante, dano idêntico ao que experimentou. Contudo, o poder público, a fim de coibir abusos, intervinha para declarar como e quando a vítima teria o direito a retaliação.

Na seqüência, sob o argumento de ser mais conveniente para a vítima, surgiu a composição. Pela composição ficava estabelecido que o dano sofrido pela vítima poderia ser reparado, mediante o pagamento de uma certa quantia em dinheiro. Entretanto, a substituição da vingança privada pela composição ficava a critério da vítima: nesse momento ainda não se cogitava a culpa.

Nessa trilha a idéia de reparação pecuniária como fundamento da responsabilidade civil foi reforçada com a introdução da Lex Áquila, pela qual o agente suportaria os danos causados, respondendo com o seu patrimônio. Entretanto, para fins de responsabilidade o fundamento dessa lei baseava na noção de culpa, de maneira que o agente não estaria obrigado a nenhuma reparação se tivesse procedido sem culpa. Passou se atribuir o dano à conduta culposa do agente.

Pela Lex Áquila foram estabelecidas as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma de indenização com base no valor do prejuízo. Nesse estágio, o Estado passa a intervir nos conflitos particulares, fixando o valor dos prejuízos e obrigando a vítima a renunciar à vingança privada e aceitar a composição como forma de reparação do dano.

No direito romano tal composição guardava um caráter de pena privada e de reparação, visto que não havia uma nítida distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal.

A distinção, porém, foi tratada pelo direito português que aperfeiçoou a teoria da responsabilidade civil estabelecendo determinados princípios, que exerceram sensível influência em outros povos.

Dentre esses princípios destacava-se o direito à reparação sempre que houvesse culpa, separando a responsabilidade civil da responsabilidade penal. A previsão da culpa não guardava nenhuma relação com o crime ou delito, vinculada apenas a idéia de negligência ou imprudência.

A noção da responsabilidade baseada na culpa foi introduzida no Código de Napoleão, influenciando quase todas as legislações a estabelecerem a culpa como fundamento para a reparação do dano.

De outra parte, o surto do progresso, o desenvolvimento industrial, a multiplicação dos danos, trouxe reflexos no campo da responsabilidade civil, propiciando o surgimento de novas teorias, tendentes a prestar maior proteção às vítimas de dano.

Dentre essas novas teorias destaca-se a chamada “teoria do risco” que sem substituir a teoria da culpa, estabelecia uma responsabilidade objetiva, que consistia na reparação de dano independentemente de culpa.

A responsabilidade objetiva, fundava-se no princípio de equidade, sobre a idéia de que a atividade desenvolvida por uma pessoa não deveria estar voltada apenas à obtenção de lucro, mas também à responsabilização pelos riscos dela resultantes, porém prevalecia a idéia da culpa como pressuposto da responsabilidade civil.

Cumprir observar, que o legislador por considerar que em determinadas situações, a culpa mostrava-se insuficiente para atender as imposições do progresso, fixou os casos especiais em que deveria ocorrer a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa.

Constata-se a mesma situação no direito brasileiro, que se manteve fiel à teoria subjetiva ao mencionar no artigo 186 do Código Civil que não haverá obrigação de reparar o dano sem a comprovação da culpa.

Não obstante a disposição expressa no artigo 186, o ordenamento jurídico brasileiro, através de disposições expressa no Código Civil e também em

leis esparsas, adotou o princípio da responsabilidade objetiva, obrigando a reparação do dano independentemente da culpa.

O referido princípio encontra amparo no Código Civil através das disposições expressas nos artigos 927, parágrafo único, 933, 936, 937, 938 e 1299 do Código Civil.

## **2.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil**

Os pressupostos da responsabilidade civil têm como base a regra consagrada no artigo 186 do Código Civil que estabelece, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligencie ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

No aludido dispositivo estão presentes os quatro elementos indispensáveis para a configuração da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e dano experimentado pela vítima,

Observa-se que baseado na teoria objetiva, que prevê a atribuição da responsabilidade independentemente do fator culpa, a responsabilidade civil poderá ficar caracterizada com fundamento apenas nos outros três elementos.

### **2.2.1 Ação**

A ação, como elemento da responsabilidade civil, decorre de uma conduta praticada pelo homem mediante a infração de um dever preexistente. Essa proibição decorre geralmente de uma imposição legal, contratual e social, constituindo-se num ato ilícito.

Nessa linha de raciocínio, se a conduta infracional ocasionar dano a outrem, ficará o sujeito obrigado a repará-lo. Nisso consiste o princípio da responsabilidade civil, cujo fundamento encontra-se expresso no artigo 927 do

Código Civil: “aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”.

Demais disso, o comportamento humano como pressuposto da responsabilidade civil, não se configura apenas diante de um ato ilícito, mas também mediante um ato que, embora lícito, é capaz de ocasionar um dano a outrem, gerando, por conseguinte o dever de indenização.

Além, dessas características a ação humana pode ainda revestir-se de um ato comissivo, consistente na prática da conduta, ou ainda de um ato omissivo, cuja constatação verifica-se pela não observância do agente a um dever, que estaria obrigado a executar.

Em todas essas situações, para que fique configurada a responsabilidade civil, a ação ou omissão deverá ocorrer de forma voluntária, sem interferências que excluam o controle do ato por parte do homem.

Como fato gerador da responsabilidade civil, a ação não implica necessariamente numa conduta do próprio agente, podendo essa conduta decorrer de um terceiro.

Calha transcrever, nesse ponto, o conceito de ação definido por Maria Helena Diniz (2003, p.39):

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

### **2.2.2 Culpa como fundamento da responsabilidade civil**

Um dos pressupostos da responsabilidade civil se estabelece com base na culpa, cujo fundamento está previsto no artigo 186 do Código Civil brasileiro que determina, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito”.

Destarte, para que haja obrigação de indenização, não bastará apenas a violação, pelo autor, de um direito subjetivo de outrem ou a infração de uma norma jurídica, sendo necessário que o autor tenha agido com culpa.

Parte da doutrina avalia a culpa com fundamento numa conduta pessoal do agente que seja merecedora de censura ou reprovação do direito. Porém não será considerada como reprovada quando ficar demonstrado que o agente estava impedido de agir de outro modo.

O juízo de reprovação próprio da culpa pode revestir-se de uma intensidade variável, levando em conta a intenção do agente na obtenção de um resultado prejudicial a outrem.

O autor do dano, assim, agindo ou omitindo-se voluntariamente, de forma a buscar e obter um resultado que seja danoso ao interesse alheio, estará caracterizada a culpa *lato sensu* denominada “dolo”.

Já, com relação ao dano causado pela ação ou omissão do agente decorrente de uma negligência, imprudência ou imperícia, classifica a culpa em *stricto sensu*.

Em síntese, pode se concluir que o dolo é a vontade consciente de violar o direito objetivando a consecução do ato ilícito.

No tocante à culpa, essa abrange a imperícia, a negligência e a imprudência.

A caracterização da culpa, com base na imperícia decorre da falta de habilidade ou inaptidão para a prática de determinado ato.

Em se tratando da culpa decorrente da negligência, essa se baseia na inobservância de normas que ordenam a agir com atenção, capacidade, solícitude e discernimento.

Já a imprudência se denota pela falta de cautela exigida pelo ato.

A culpa, sob os aspectos consagrados da negligência, imprudência e imperícia, contém uma conduta voluntária, mas com resultado não desejado pelo autor.

O critério para que se possa aferir e, por conseguinte, definir a culpa na conduta do agente, deve ser realizado através de uma comparação de comportamento do agente com o do homem normal, que diligentemente prevê o mal e precavidamente evita o perigo.

Observa-se, que em qualquer de suas modalidades, a culpa resulta na violação do dever de previsibilidade de certos fatos ilícitos, bem na ausência de medidas capazes de evitá-los.

A doutrina tradicional triparte a culpa em três graus: grave, leve e levíssima, classificando como grave aquela decorrente da imprudência ou negligência extrema do agente, não prevendo aquilo que seria previsível a qualquer homem comum.

Já para a caracterização da culpa leve tem-se entendido que a lesão do direito poderia ser evitada mediante uma atenção ordinária do agente ou através da adoção de diligências próprias de um bom pai de família.

Com relação à culpa levíssima, será levada em conta uma atenção extraordinária por parte do autor, além de especial habilidade e conhecimento específico para evitar a ocorrência do dano.

Não obstante essas distinções, para a maioria dos juristas o grau de culpa não exerce qualquer influência na reparação do dano. Mas, o Código civil menciona no artigo 944, parágrafo único que o juiz estará autorizado a decidir equitativamente se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Nessa linha de raciocínio lhe restará autorizado reduzir, equitativamente, a indenização, caso constate excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Nas palavras do professor José Aguiar Dias (1979, p.136) entende-se como culpa:

A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude.

Outra circunstancia a ser considerada para a avaliação da culpa é a ocorrência do caso fortuito ou força maior, pois se estes tornarem imprevisíveis as conseqüências da conduta não haverá como configurar a culpa.

### **2.2.3 Do nexu de causalidade**

Um dos elementos necessários para configuração da responsabilidade civil é o nexu de causalidade, que se define como o vínculo entre o prejuízo e a ação danosa e caracteriza-se como uma relação indispensável entre o dano e a ação que o produziu, de forma que esta é considerada como sua causa.

Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar, conforme prevê expressamente no artigo 186 do Código Civil brasileiro. Atribuí expressamente o referido artigo a obrigação de reparar o dano àquele que, por ação ou omissão, negligência ou imperícia, causar prejuízo a outrem. Portanto, o dano só poderá gerar responsabilidade quando for possível identificar ente ele e seu autor um nexu causal.

De outro modo o evento danoso pode advir de vários comportamentos, os quais acabam de alguma forma contribuindo para o seu resultado, às vezes torna difícil identificar o elo de causalidade entre o ato de uma pessoa e o dano causado.

O aparecimento dessas várias condutas denomina-se “concausas”, as quais podem caracterizar-se como sucessivas ou simultâneas.

Nas causas simultâneas há ocorrência de um só dano cuja causa pode ser atribuída a várias pessoas. Nessa hipótese, o Código Civil brasileiro estabelece no artigo 942, parágrafo único que a responsabilidade é solidária. No entanto, com relação às causas simultâneas, em que se estabelece uma cadeia de causas e efeitos, torna-se difícil identificar a qual delas deverá ser atribuída a responsabilidade do dano.

Nesse diapasão destacam-se três principais teorias que orientam a respeito: a da equivalência das condições, a da causalidade adequada e a que exige que o dano seja conseqüência imediata do fato que a produziu.

Pela teoria da equivalência das condições, toda e qualquer circunstância que possa causar prejuízo é considerada como causa eficiente, que se suprimida alguma delas o resultado danoso não ocorreria. Tal teoria aplicada isoladamente levaria ao absurdo, pois nesta não seria possível estabelecer a responsabilidade de forma finita.

A segunda teoria, a da causalidade adequada, leva em conta que na ocorrência de determinado dano deverá obter como conclusão que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa.

A terceira teoria, a dos chamados danos diretos e imediatos, é denominada como teoria da interrupção do nexo causal. Por esta teoria, o resultado danoso estaria vinculado a uma causa que seria o elo entre a conduta e o dano, se não fosse o surgimento de uma outra circunstância que acabasse por responder pelo evento danoso. Essa circunstancia se constitui, segundo alguns doutrinadores na chamada “causa estranha”.

Com efeito, é indenizável todo dano que se vincule a uma causa, ainda que remota, desde que não exista outra que explique o mesmo dano.

É necessário destacar que, das várias teorias sobre o nexo causal, o Código Civil brasileiro adotou a do dano direto e imediato, conforme dispõe o artigo 403: “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

O legislador, ao adotar essa regra, impossibilitou a admissão da responsabilidade ilimitada, a fim de que o autor do dano não sofresse todas as nefastas conseqüências do seu ato, quando estas já não tivessem ligadas a ele diretamente.

#### **2.2.4 Do dano**

Somente haverá possibilidade de indenização se ficar constatado que do ato ilícito resultou um dano.

Dessa forma, como regra geral a inexistência de dano obsta a pretensão de uma reparação. Portanto, ainda que tenha ocorrido a violação de um bem jurídico em que se tenha definido a culpa e o nexo de causalidade, se não ficar constatado prejuízo nenhuma indenização será devida.

Além de se exigir o prejuízo, mister será, consideradas algumas exceções, que o dano aconteça no momento da ação e ainda que seja fundado em um fato preciso e não hipotético.

Define-se por dano a lesão de qualquer bem jurídico, incluindo nessa definição o dano moral.

A apreciação do dano é avaliada com base na diminuição sofrida pela vítima em seu patrimônio. Pode-se encontrar duas hipóteses de danos, cuja distinção se faz, levando-se em conta a esfera de interesses que é atingida pelo ato danoso. Quando o dano repercutir na esfera patrimonial da vítima, possibilitando avaliar o prejuízo de forma pecuniária, este recebe a definição de dano patrimonial.

Por outro lado, se o dano vier a lesionar interesses não patrimonial, estará configurado o dano moral, que se define por afetar o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima.

Em razão da relevância para o objetivo deste estudo, o dano moral será tratado de forma mais aprofundada no tópico a seguinte.

Uma vez a presente pesquisa pretende focar a omissão do afeto paterno-filial como fato gerador da indenização por dano moral, entende-se por bem examinar o dano moral, como elemento da responsabilidade civil, em capítulo próprio, por estar diretamente relacionado com o tema em comento.

## **3 DO DANO MORAL**

### **3.1 Noções Preliminares**

Na vida em sociedade as ações humanas individuais ou coletivas, além de se manifestarem por inúmeros e diversos atos também se caracterizam pelo modo como esses são realizados.

Isso quer sinalizar que, há condutas humanas que, na órbita do direito, configuram-se como lesivas aos interesses alheios, acarretando um dano, que aliado aos demais elementos da responsabilidade civil, geram a necessidade de reparação. Essa necessidade tem se manifestado na consciência dos povos desde os tempos imemoriais, como conseqüência das exigências que são naturais da própria vida em sociedade.

Cumprir, ao direito regular a defesa dos valores supremos da sociedade e da pessoa, e dessa forma garantir que as interações sociais se estabeleçam dentro de um conjunto harmônico e pacífico.

No que tange esse regulamento, o ordenamento jurídico de forma sistematizada, dita os comportamentos autorizados bem como os proibidos. Por outro lado, também estabelece um mecanismo que permite a submissão do agente, de forma patrimonial ou pessoal.

Destarte, quando a ação ou omissão do agente se revelar em conflito com o ordenamento jurídico e causar lesões aos interesses sociais ou individuais, ou em ambas as naturezas, estará configurada a sua submissão, e por conseguinte, a sua responsabilidade.

Admite-se, nesse plano, que as ações ou omissões lesivas rompem o equilíbrio existente no mundo real, acarretando ônus ao lesado na ordem física, moral ou pecuniária. Tal ônus, à luz do direito, confere ao lesado poderes para a defesa dos interesses violados.

Caberá ao direito preservar a integridade moral e patrimonial das pessoas, de forma a assegurar o equilíbrio não apenas no meio social, como também na vida individual de cada um de seus membros.

Dentre essa preservação patrimonial e moral distingue-se o campo de incidência do dano: material ou moral.

O entendimento com relação à caracterização do dano material revela-se num prejuízo de ordem pecuniária experimentado pelo indivíduo, em virtude de um ato lesivo sofrido.

Já, em sede de dano moral, os bens atingidos pelo ato ilícito recaem sobre o patrimônio ideal do indivíduo. Tem-se entendido por patrimônio ideal os bens não manifestáveis na esfera material e visual, mas sim representados por valores sentimentais, espirituais e emocionais, dentre outros de mesmas características.

Esses valores são intrínsecos ao homem e neles se assentam a sua vida como indivíduo e como ente social.

Nessa esteira de raciocínio, manifesta-se Rodrigo Mendes Delgado (2003, p. 231):

Assim, os danos morais concernem aos danos ocasionados à alma, aos sentimentos, numa visão romântica da realidade, são os danos ocasionados ao coração.

Logo, os danos morais são aquela categoria de danos que afetam o âmago do indivíduo, sua intimidade moral e espiritual, suas afeições, enfim, seus sentimentos, causando-lhe, por conseguinte, dor, sofrimento, angústia, menosprezo pelos que o cercam, sendo um forte fator de desequilíbrio mental, sendo ainda a gênese de vários distúrbios emocionais, como a depressão”.

Embora, haja essa distinção entre dano material e dano moral, há que se considerar que o conjunto de bens de um indivíduo é o somatório, tanto dos bens patrimoniais, como dos bens morais.

### 3.2 Da Evolução Histórica do Dano Moral

O instituto do dano moral passou por uma lenta evolução que, de início destacou-se pela sua total recusa.

A repulsa pela irreparabilidade do dano moral era fundamentada por defensores, sob o pretexto de que não se poderia atribuir um valor à dor. Tal valoração no entendimento dessa era algo inadmissível.

Outro argumento utilizado era pautado na impossibilidade de se atribuir um valor exato à reparação do dano sofrido, uma vez que os reflexos do dano moral não incidiam na esfera patrimonial do ofendido. Nessa ocasião, imperava a total negação da indenização por danos morais.

Num segundo momento passou-se a admitir a tese da indenização por danos morais. No entanto, era necessário que o dano tivesse repercussão na esfera patrimonial do ofendido.

Dessa forma, ainda que admitida a indenização por dano moral, este continuava irreparável, haja vista que o dano moral não guardava qualquer vinculação com o patrimônio material, mas sim com o patrimônio ideal do indivíduo.

Calha transcrever, nesse ponto, a seguinte manifestação do mestre Agostinho Alvin (1980, p. 221):

Dizer que, se o dano moral não repercutir no patrimônio, deixará de ser indenizável, é negar, pura e simplesmente, indenização por dano moral, porque somente o dano que não repercute no patrimônio é dano moral. O outro é patrimonial.

Nessa perspectiva, dar valor ao dano imaterial apenas se este estivesse vinculado ao dano material, ainda não traria a obtenção da melhor justiça.

Por conseguinte, à medida em que, foi sendo constatada a dimensão dos danos que afetavam de forma prejudicial a estrutura moral e íntima da pessoa, tornou-se insustentável os argumentos dos defensores da irreparabilidade do dano moral.

Com efeito, paulatinamente os tribunais foram aceitando a reparabilidade dos danos morais.

Mas, a consagração definitiva veio com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que fez expressa menção ao mesmo, em seu artigo 5º, V e X, nos seguintes termos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residente no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem?

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O que se observa é que com os conseqüentes desdobramentos na evolução histórica, ficou reconhecida de forma definitiva a reparabilidade do dano moral o que garantiu proteção às lesões que traziam repercussões na alma, no íntimo e no psique da vítima.

Destaca-se que o reconhecimento de dano moral coloca fim à impunidade do ofensor e consagra os valores humanos como sendo os responsáveis pela verdadeira existência do homem enquanto ser humano.

### **3.3 Conceito**

Por muito tempo indagou-se qual seria a definição de dano moral. Em princípio, estabeleceu-se, pela prática, que o dano moral era representado pelas lesões que não atingiam o patrimônio material do indivíduo, mas perfeitamente detectável em muitos casos.

Parte da doutrina entendia o dano moral como somatória de todas as lesões sofridas pelo indivíduo em seu patrimônio ideal, de forma a lhe causar tristezas, angústias, reprovação social e até máculas em sua honra.

O professor Orlando Soares (1997, p. 74) menciona a definição do dano moral:

O conceito de dano moral diz respeito à ofensa ou violação que não fere propriamente os bens patrimoniais de uma pessoa – o ofendido, mas os seus bens de ordem moral, tais como os que se referem à sua liberdade, honra (à sua pessoa ou a sua família), compreendendo-se na idéia de honra o que concerne à fama, a reputação, conceito social, estima dos outros.

### **3.4 Da Constatação do Dano Moral**

Diante do conceito de que os danos morais não repercutem na esfera do patrimônio material do indivíduo, torna-se difícil especificar como o referido dano pode ser constatado.

Alguns doutrinadores manifestam entendimento no sentido de que o dano moral não precisa ser provado. Entretanto, apesar da dificuldade de se provar o dano moral essa exigência não está descartada.

Maria Isabel de Matos Rocha (1992, p. 100), assim se posiciona no tocante à constatação do dano moral: “o 1º argumento afirma que é difícil a prova do dano moral, da dor, porém, se poderá exigir a prova da dor e casos há em que perfeitamente se pode presumir a existência da dor, por ser patente (como no caso de morte)”.

Entretanto, há posicionamentos divergentes no sentido de que se fará necessário provar o prejuízo dentro da regra geral da responsabilidade civil, apenas se a vítima desejar ser reparada por danos materiais.

Corroborando esse entendimento, se manifesta o Professor João Castilho (1987, p.170):

(...) se a vítima pretender indenização por danos materiais, aí sim, deverá fazer prova dos prejuízos dentro da regra geral. Mas, havendo apenas o dano moral, a indenização é devida, sem qualquer prova de reflexo patrimonial negativo.

Para se identificar a existência do dano moral há que se verificar com precisão quais provas seriam realmente necessárias, para não se exigir da vítima um amontoado de provas relativas ao evento danoso.

Assim, em determinadas situações, exigir da vítima, além da narração de todas as circunstâncias, que já lhe acarretaram sofrimentos, angústias e humilhações, que apresente provas seria o mesmo que lhe causar os mesmos sofrimentos novamente.

## **4 DO DIREITO DE FAMÍLIA**

### **4.1 Considerações Preliminares**

A família é a instituição na qual, geralmente o ser humano é inserido quando do seu nascimento. É na família que se instala o dever de formação dos indivíduos que a integram, de modo a lhe conferir a devida proteção enquanto filhos e, por conseguinte uma vida digna como ser humano.

Portanto, é mister que a família seja capaz de suprir as diversas necessidades humanas e sociais de seus integrantes.

O suprimento de tais necessidades deve ser oportunizado na família por critérios de condutas baseados em princípios e valores que promovam, dentro de um contexto afetivo, o respeito e o diálogo entre seus membros.

Nessa perspectiva, o indivíduo poderá, de forma saudável, desenvolver suas potencialidades, estruturando-se em seus futuros relacionamentos com o mundo que o cerca.

Para compreender a concepção de família, é mister compreender as suas várias transformações no decorrer dos tempos.

### **4.2 Evolução Histórica**

Várias foram as influências sofridas pela família contemporânea, destacando-se como principais e fundamentais aquelas originadas da família românica e da família canônica.

A organização da família romana na antiga Roma era estabelecida com base na autoridade conferida ao ascendente mais velho, sendo este reconhecido como *pater famílias*.

O *pater famílias* detinha o poder político, religioso e de juiz sobre todos os seus descendentes. Essa autoridade transcendia os vínculos sanguíneos, pois também ficavam sob seu jugo, além de seus descendentes, sua esposa, as mulheres casadas com seus descendentes e os escravos, deles podendo dispor livremente, inclusive sob o direito de vida e morte.

Esse era o modelo clássico da família romana, denominado de “patriarcal e hierarquizado”, visto como uma unidade política, jurídica e religiosa. O sistema do patriarcado fundava-se numa família padrão sob a lei da desigualdade, onde todos que não serviam ao sistema eram excluídos.

Nesse sistema a mulher era reduzida a um ser juridicamente incapaz, e casando ficava também submetida ao poder do *pater famílias*. Essa submissão compreendia, além de seu corpo, também a de seus bens que incorporavam o patrimônio do *pater famílias* a título de dote.

Destarte, tornava-se indiscutível que o domínio da família romana era exercido pelo homem com a expressa finalidade de procriar filhos com o objetivo de os tornarem sucessores da fortuna.

Essa foi a primeira forma de família conhecida, cujo fundamento era sustentado pelos valores econômicos. Embora o afeto natural pudesse existir, esse não era o elo entre os membros da família, prevalecendo os vínculos jurídicos e os laços de sangue sobre os vínculos do amor.

Esse modelo sofreu uma evolução cuja maior repercussão foi no sentido de restringir progressivamente a autoridade do *pater*, dando maior autoridade à mulher e aos filhos.

Também se operou com essa evolução a perda do poder de vida e morte do *pater* sobre a mulher e seus filhos. Nesse estágio os filhos passaram até a administrar suas próprias rendas.

Já no tempo do Império, o casamento ficava condicionado ao afeto marital, o qual deveria fazer parte não só da celebração, mas como também ao longo da vida conjugal.

Nesse período o parentesco passa a ter como fundamento a vinculação do sangue, o que trouxe modificações importantes, que amenizaram o rígido poder do *pater*.

Em conseqüência dessas modificações, os filhos tornaram-se mais independentes, o mesmo acontecendo com relação à mulher, que passou a participar de atividades anteriormente permitidas.

### **4.3 A Família na Idade Média**

Embora na Idade Média ainda houvesse a presença de muitos institutos do direito romano antigo, esse período destacou-se pelo regramento exclusivo do direito canônico sobre as famílias.

Operou-se, assim, nos séculos X e XV o reconhecimento tão somente do casamento religioso, tendo esse sido consagrado como um vínculo indissolúvel entre o homem e a mulher.

Nessa fase a família foi transformada pela igreja numa verdadeira instituição religiosa, pois nela se estabelecia um verdadeiro local para os cultos que eram dirigidos pela figura paterna, onde cada um dos componentes da família assumia funções determinadas, com objetivo de proporcionar mútua assistência entre seus integrantes.

Nesse modelo de família o matrimônio era considerado um sacramento e só através deste, se reconhecia à prole legítima, apenas essa abençoada pela igreja.

Desse modo ficou caracterizada a primeira distinção entre os filhos provindos do casamento e fora do casamento, sendo estes desabrigados de qualquer proteção legal.

Essa tipologia familiar, com algumas alterações, perdurou por longo período e influenciou a evolução do direito de família em todos os países com seguimento católico.

Mas, em 1804 passou a ser conhecido um sistema de regras redigidas em códigos, cujos precursores formam os franceses com o Código Napoleônico. É o início da era codificada.

A regra do código Napoleônico nas questões referentes ao direito de família tratou de reafirmar o modelo clássico romano da grande família patriarcal e hierarquizada sobre a autoridade do marido e do pai.

Cabe, nesse ponto, transcrever as palavras do mestre Luiz Edson Fachin (1999, p. 27):

A interpretação tradicional no direito ocidental é das fontes romanas. A família que se inseria nesse modelo é aquela que já havia superado o matriarcado, e que passa a ser unidade política, jurídica e religiosa. Atravessa a idade média e se projeta para o Código Civil Francês, que acaba adaptando este modelo, incorporando o individualismo e o voluntarismo jurídicos, repercutindo no Código Civil brasileiro.

#### **4.4 Família Originária no Código Civil Brasileiro**

O Código Civil brasileiro de 1916 regulamentou inteiramente as relações jurídicas atinentes à família, seguindo o modelo codificado francês. Essas regras tornaram-se lei fundamental, pois a Constituição Republicana, de 1891, vigente na época, nada falava sobre a matéria, fazendo apenas uma breve referência ao casamento civil.

O modelo de família que repousou no Código Civil de 1916 inspirava-se numa família patriarcal, funcional e hierarquizada, vinculadas aos laços sanguíneos, fundados no casamento. Demais disso, toda a união ocorrida sem a realização do casamento era tida como ilegítima.

Por conseguinte, era quase impossível o reconhecimento dos filhos extramatrimoniais, chamados de ilegítimos, tudo em prol dos valores morais e éticos vigentes na época.

Nesse modelo de família, o pai detinha amplos poderes, inclusive sobre a disposição de bens que a integravam, sua vontade imperava sobre a vontade familiar e sua única preocupação era dar continuidade à unidade familiar sem se preocupar com os desejos e sentimentos de seus membros, relegado esses a segundo plano.

A posição ocupada pela mulher restringia-se tão somente ao papel de esposa submissa e obediente de mãe, competindo-lhe a organização das tarefas de casa e educação dos filhos que ocupavam apenas um papel de submissão, não lhes sendo cabível protestar qualquer idéia imposta pela autoridade paterna.

As idéias contrárias que porventura surgissem eram sufocadas além de acarretar-lhes punições severas executadas pelo seu chefe de família, na maioria das vezes, por atos violentos. Demais disso não cabia aos filhos nenhuma espécie de vontade ou sentimento, sendo-lhes negado, inclusive, o direito de escolher o cônjuge e também de optar por sua carreira profissional.

Cabe ainda ressaltar que o poder do pai era limitado aos componentes da sociedade conjugal, haja vista que o ordenamento jurídico mantinha-se em silêncio nas questões atinentes às relações ilegítimas.

#### **4.5 As Constituições Brasileiras e as Conseqüentes Repercussões na Família**

As constituições brasileiras projetaram as fases históricas que o país viveu, em relação à família, no percurso do Estado Liberal para o Estado Social.

As constituições de 1824 e de 1891 foram puramente liberais e não fizeram nenhuma referência à família. A Constituição de 1824, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, dispôs apenas sobre a família imperial; a Constituição de 1891 fez referência apenas sobre o reconhecimento do casamento civil e a gratuidade de sua celebração.

As Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967-1969 e 1988, são constituições que originaram de um Estado Social brasileiro, e são marcadas por momentos que vão do autoritarismo à democracia formal.

Nessa trajetória a Constituição de 1934 dedicou um capítulo à família, mas não trouxe nenhuma forma de reconhecimento à família ilegítima.

A Constituição de 1937 definiu como família tão somente aquela constituída pelo casamento indissolúvel. No entanto, nesta há um reconhecimento da igualdade entre os filhos adquiridos antes da celebração do casamento, assim chamados de “filhos naturais”, com os filhos adquiridos na constância do casamento, definidos como “legítimos”.

Nessa fase o Estado, como poder autoritário, coloca-se como tutor da infância e juventude, em substituição aos pais em caso de abandono.

A Constituição de 1946 também reforçava a indissolubilidade do casamento referenciando-se à família legítima sem fazer qualquer menção no tocante à igualdade entre filhos e cônjuges. Ainda nessa constituição, o Estado mantém-se como tutor assistencial, motivando o aumento da prole, prestando assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

A Constituição de 1967 não trouxe nenhuma alteração significativa nesse aspecto, mantendo o que já dispunha Constituição de 1946, exceto algumas modificações de ordem insignificante.

A Constituição de 1969 também mantinha a referência apenas com relação à família constituída pelo casamento. No entanto, esta Constituição, através da emenda número 9/77, tornou o casamento dissolúvel, através da instituição do divórcio no Brasil.

## 4.6 O Novo Modelo de Família Recepcionado pela Constituição Federal Brasileira

A família atual muito se difere do modelo da família primitiva, a qual foi marcada pelo domínio patriarcal, tendo como base de seu fundamento uma relação mais propriamente de cunho patrimonial do que familiar.

Observa-se, que em decorrência das necessidades surgidas nesse organismo social, dada à dinâmica e inovação dos valores e tendências, grandes transformações foram sofridas na forma familiar de viver.

Nessa trilha, posiciona-se José Lamartini Oliveira (2003, p.10):

Os sociólogos, historiadores, antropólogos e juristas têm revelado o processo de passagem da família patriarcal à família nuclear. Este processo de desintegração da família é o resultado de profundas modificações das estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais (evolução industrial, grandes concentrações urbanas, inserção da mulher no processo de produção e emancipação feminina).

Nesse diapasão, deixou a família há muito tempo de ser sinônimo de unidade produtiva, para se revelar como entidade familiar, com base numa série de acontecimentos.

Dentre esses acontecimentos destaca-se o processo de urbanização que representou uma mudança no local de produção, sendo esta deslocada do lar para o local de trabalho. Além dessa alteração, alguns costumes também foram modificados, incluindo dessa ocorrência, uma diminuição em relação ao número de filhos.

Destaca-se, ainda o ingresso da mulher no mercado de trabalho, a qual passou a contribuir no orçamento doméstico, conferindo-lhe uma maior independência e autonomia.

Nesse quadro é indiscutível uma nova valorização da mulher, que passa agora a ser considerada também responsável pelas despesas e tarefas domésticas.

Também na esfera filial houve uma significativa mudança nas funções desempenhadas pelos filhos, que já não eram mais distribuídas levando em conta a idade e o sexo, mas, sim de acordo com suas aptidões.

Nessa evolução há uma redução do grupo familiar. Surge então como reconhecimento de família como aquela formada pelos pais e filhos, a qual ganhou status de família nuclear, ganhando uma nova dimensão, no convívio entre pais e filhos.

Por conseguinte, os sentimentos entre os membros da família tornam-se mais acentuado, alargando a preocupação e a colaboração de uns para com os outros, surgindo uma nova noção de família, a família alicerçada no afeto e na ajuda entre seus membros.

No mesmo caminho, evidencia Jose Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 22-23):

A família ao transformar-se, valoriza as relações de sentimentos entre seus membros, numa comunhão de afetividade recíproca no seu interior. Assim sob uma concepção eudomonista, a família e o casamento passa a existir para o desenvolvimento da pessoa, realizando os seus interesses afetivos e existenciais, como apóio indispensável para a sua formação e estabilidade na vida em sociedade.

Na família baseada nesse novo modelo o que prevalece não são mais os vínculos de sangue e o patrimônio, que passaram a ocupar uma posição secundária, dando lugar ao vínculo afetivo entre seus membros.

Sustenta Luiz Edson Fachin (1992, p. 25): “sob a concepção eudemonista de família, não é o individuo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca da sua aspiração à felicidade”.

Diferentemente, do que ocorria na família patriarcal, onde o afeto era presumido, na família atual este é à base de sua sustentação, cujo fundamento parte de dois princípios básicos: a liberdade e a igualdade.

Dentre as diferentes relações familiares, ainda se constituía a margem do direito as chamadas “relações informais”, que eram totalmente ignoradas pelo Código Civil.

Já as uniões estáveis passaram a receber proteção através de leis esparsas, mas apenas em determinadas situações. As relações informais continuavam a se estabelecer independentemente do reconhecimento jurídico.

Em linhas gerais, o desenvolvimento da família já não se adequava ao modelo legal, principalmente porque passou a ser parte integrante da família, um elemento que revolucionou as relações familiares: o afeto.

O afeto, nesse aspecto, demonstrava a necessidade do indivíduo de estar junto a outra pessoa, repercutindo na indissolubilidade do vínculo matrimonial, pois esse já não era impedimento para que as pessoas formassem novas comunidades familiares ignorando assim, a imposição legal.

A família construída sob esses novos parâmetros impôs ao legislador uma reflexão e uma conseqüente mudança no direito, que embora tenha ocorrido de forma lenta, demonstrou a preocupação do legislador na elaboração de normas em conformidade com a realidade social.

Embora essa mudança se manifestasse de forma um tanto quanto lenta, era visível a preocupação do legislador na elaboração de regras que estivessem de acordo com a verdade social.

Nessa perspectiva, foi promulgada várias leis expressivas, visando amenizar discriminações e injustiças decorrentes da desigualdade de tratamento que o ordenamento impunha às diferentes relações familiares.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, uma nova tábua de valores é promovida. Tal valoração pode ser constatada com uma maior intervenção do Estado nas questões sociais.

Nesses novos valores é que estão disciplinadas as questões sociais, as quais foram objeto de preocupação do legislador, que buscou solucioná-las a fim de promover a justiça social., ocasião em que as questões atinentes à esfera familiar sofreram profundas transformações.

Na Constituição atual ficaram reconhecidas realidades sociais fáticas da família, desabrigadas até então pelo mundo jurídico, com propostas que alteraram a concepção jurídica de família.

Dentre tais propostas duas revolucionaram o aspecto familiar: a primeira com a inclusão do conceito de entidade familiar no texto constitucional, através do artigo 226, sendo a segunda proposta à idéia que redimensionou a filiação.

Porém, o fundamento maior dessas propostas alicerça-se no preceito constitucional estabelecido no artigo 1º, inciso III, que consagrou a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República.

De acordo com essa tendência, a realização do indivíduo como pessoa em qualquer agrupamento social, independentemente da posição ocupada ou do cargo exercido, goza de supremacia.

Nessa perspectiva, ficou conferida a devida proteção ao indivíduo de forma igualitária, já que qualquer desigualdade atinge diretamente a sua dignidade. Essa proteção constitucional não se limitou apenas ao indivíduo isoladamente, estendendo-se também a família, instituindo-a como base da sociedade, conforme disposto expressamente no artigo 226.

A família, instituída como base da sociedade, colocou fim àquela comunidade hierarquizada, transformando-a em uma sociedade democrática, cujo fundamento encontra-se disposto no parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, que revela o princípio da igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher no casamento e na família.

Notável também a disposição contida no artigo 227, parágrafo 6º que, também com base também no princípio da igualdade, pôs fim ao tratamento desigual que era dado aos filhos por ocasião do vínculo familiar do qual faziam parte.

Outra característica atribuída a família com ao advento da Constituição Federal de 1988 foi o reconhecimento de sua pluralidade, consistente nas diversas formas pelas quais poderia ser constituída, mas independentemente dessa constituição, deve prevalecer como fundamento central o afeto e o desejo de estarem juntas.

Defende Luiz Edson Fachin: (1992, p.25): “uma das características da família moderna é sua dimensão reduzida a um núcleo fundamental: pai, mãe e filhos. Nessa moldura conforma-se, assim a família nuclear”.

Seguindo uma definição doutrinária, a família nuclear é aquela restrita a um grupo formado pelo casal e pelos filhos, excluídos, portanto, os ascendentes (avós) e os colaterais (tios e sobrinhos).

A redução do número de integrantes da família representou um ganho na qualidade de vida de seus membros, que estreitaram em suas relações os laços de sentimentos, de compreensão, de companheirismo e cumplicidade, tornando-se suporte emocionais uns dos outros.

Nesta linha de raciocínio, ensina Alvin (1993) apud Filgueras (2001, p.49):

A cara da família moderna mudou. O seu principal papel, ao que nos parece, é o de suporte emocional do indivíduo. A família de hoje, que não mais se consubstancia num grão de areia, praticamente carente de identidade própria, que vai juntar-se ao grupo familiar mais extenso (tios, avós, primos etc.) foi substituída por um grupo menor, em que há flexibilidade e eventual intercambialidade de papéis e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito aos laços afetivos.

É no reconhecimento dessa família nuclear que a Carta Magna oferece especial proteção, conforme previsão estabelecida no artigo 226 e seus parágrafos.

São essas previsões que se deduz que a Constituição da nova família deve promover a dignidade e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Outra característica atribuída à família, com ao advento da Constituição Federal de 1988, foi o reconhecimento de sua pluralidade, consistente nas diversas formas pelas quais poderia ser constituída.

Embora a proteção constitucional tenha abrangido todos os modelos de família, o legislador adotou como modelo ideal aquela constituída pelo matrimônio. As demais formas de instituição, assim denominadas de entidade familiar ou família monoparental, também são merecedoras da proteção estatal de acordo com o mandamento constitucional.

Destarte, compreende-se como entidade familiar àquela que abrange a união estável, reconhecida pela Constituição ao lado da família conjugal, para efeito de proteção do Estado.

Também estão tuteladas pela Carta Magna as famílias monoparentais, disposição expressa no artigo 226, parágrafo 4º. A constituição dessas famílias são compreendidas como sendo aquelas formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.

Destarte, impõe-se reconhecer que a norma constitucional decorre da realidade social onde pessoas solteiras, viúvas ou separadas que moram sozinhas com seus filhos, situação que pode ter sido determinada por diversos fatos.

Esses fatos podem configurar-se pela separação legal ou de fato, pelo fim da união estável, pelo abandono, por morte, ou ainda pela vontade das partes como opção de vida.

#### **4.6 A Família Base da Sociedade: Família que se Alicerça no Afeto**

Em todos os processos de mudança vividos pela família o afeto tem um papel importantíssimo.

É a presença do afeto que os indivíduos levam em consideração para se unirem. Mas é também pela sua falta que a pessoa rompe uma união.

Nessa trilha de raciocínio o direito de família evoluiu para um estágio em que as relações familiares se impregnam de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão e diálogo, tentando afastar a falsidade, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais.

A família que servirá de base para a sociedade, não poderá ser cultivada senão em razão do entendimento recíproco, cooperação, companheirismo e cumplicidade. São estes os alicerces que dão sustento aos pilares desta instituição, os quais existem porque nela se faz presente o afeto.

Sustenta Pietro Perlingieri, ao abordar a formação dos laços familiares contemporâneos (1997, pg. 244)

O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a affectio constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar.

Nessa trilha de raciocínio a real família é aquela onde os princípios constitucionais de liberdade, igualdade e dignidade se tornam pressupostos necessários para sua constituição.

A visão de família com base nesses princípios constitucionais é a tradução da compreensão e do amor mútuo entre seus membros, preservando assim o sentimento de união e verdadeira comunhão de vida na família.

Por conseguinte, pode se dizer que a afetividade é o elemento que vai tornar possível a união familiar, embora a sua realização deva primeiramente se concretizar na pessoa do grupo familiar.

A atual família retrata-se num espaço em que cada membro busca realizar-se, alcançando a felicidade com o apoio do outro.

Assim, definiu Caio Mario da Silva (1986, p. 93) quanto a organização da família: “substituiu-se a organização autocrática uma orientação democrática afetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor.”

É só através do afeto que se torna possível a qualquer integrante da família dispor muitas vezes de algo que lhe restringe a sua esfera de liberdade em prol do crescimento e desenvolvimento do outro, produzindo, assim, efeitos que beneficiarão todo o grupo. É esta a família que se define como eudemonista cujo fundamento principal é a busca da felicidade.

#### **4.7 Conceito Contemporâneo de Família**

Em sentido genérico e biológico considera-se família o conjunto de pessoa que descendem de tronco ancestral comum. Em linhas gerais a família

abrange o cônjuge, os filhos do cônjuge, ou enteados, os cônjuges dos filhos, os cônjuges dos irmãos e os irmãos dos cônjuges.

Nessa ampliação de família os civilistas visualizam mais o modelo da família romana do que a família propriamente dita.

A família assim conceituada está na verdade longe de ser considerada como um importante organismo jurídico, pois embora conserve sentido sentimental e goze de prestígio, não sofre os efeitos imediatos que decorres das relações familiares reguladas pelo ordenamento jurídico.

Durante séculos a família poderia ser conceituada como um organismo extenso e hierarquizado, entretanto, face às evoluções que sempre se fizeram presentes neste organismo social, limitou-se a denominação de família, aquela compreendida entre os pais e filhos.

Nessa evolução, a família reduzida numericamente passa a ser considerada em relação ao princípio da autoridade, aos efeitos sucessórios e alimentares e às implicações fiscais e previdenciárias.

Depreende-se, em sentido estrito, a família que se restringe ao grupo formado pelos pais e pelos filhos. É nessa família que se concretiza a autoridade paterna e materna a qual tem como fundamento a criação e educação dos filhos, orientando-os no caminho da disciplina, bem como na aquisição dos bons costumes, lançando-os também em sua vida profissional.

Já em se tratando de efeitos sucessórios há uma ampliação desse conceito de família, pois nesta hipótese são consideradas como família todas as pessoas chamadas por lei a herdar umas das outras.

Conclui-se que dependendo das disposições mandamentais jurídicas esse conceito ora pode se restringir, ora poderá se ampliar.

Na elaboração do conceito de família não se permite mais classificar como sendo ilegítima a família oriunda das relações extramatrimoniais, bem como as formadas pelo processo tradicional de adoção.

Essa proibição é fruto da Carta Magna de 1988 a qual colocou fim a qualquer designação discriminatória relativas à constituição da família.

Apesar dessa proibição muitos ainda renegam o conceito de família natural, denominação surgida em substituição a família ilegítima, sob o fundamento de dar proteção a família legítima, classificando a família natural como “família de segunda zona”.

Nesse impasse vale ressaltar o conceito de família natural expresso pelo artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente que identifica como “família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”.

Faz-se mister ressaltar que no intuito de se conceituar a família, não se pode perder de vista que sendo esta um organismo social, suas normas não se limitam nas regras positivadas.

Destarte, a família também se define como sendo aquela normalizada pela religião, pela moral e pelos bons costumes.

Ainda com a finalidade de se conceituar a família mais uma observação deve ser mencionada no sentido de tornar claro que a família, como conjunto, não recebe tratamento uniforme e pacífico.

Essa conclusão se baseia no fato de que a ordem jurídica se enfoca em razão de seus membros e de suas relações recíprocas, de sorte que estas são casuísticas apresentando-se sob os mais diversos tipos comportamentais.

Já com relação a família sócio-afetiva, identificadas por alguns autores como família sociológica, o conceito tem sido estabelecido sob uma nova estrutura jurídica.

Com base nessa nova estrutura jurídica os membros componentes desta família alicerçam-se sobre os laços afetivos de solidariedade, sendo integral a participação dos pais na educação e proteção da criança, independente de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles.

Cumprido, cumpre observar que atualmente a concepção de família está alicerçada no afeto entre seus membros. Demais disso, em virtude de ter sido consagrada pelo legislador constituinte como base da sociedade, exige-se que na família haja total implementação dos princípios constitucionais.

Por derradeiro, o afeto familiar deve ser protegido como forma de assegurar a construção de uma sociedade justa, livre e fraterna.

## 5 DA FILIAÇÃO NO DIREITO CIVIL

### 5.1 Noções Gerais de Filiação

A noção de filiação apóia-se na relação de parentesco, uma vez que se deve ao fato de representar a união de uma pessoa aos indivíduos que a geraram.

A procriação é um fato natural, mas o resultado dela é a filiação que é um fato jurídico com diversas conseqüências sobre o aspecto do direito, “sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que tem como sujeitos os pais com relação aos filhos” (Venosa, 2003, p.264).

Prosseguindo do entendimento de um passado não longínquo, a maternidade era sempre certa – *mater semper certa est* – o que não acontecia com a paternidade, que era sempre incerta – *pater semper incertus est*. Entretanto, dado os avanços tecnológicos e científicos, é possível afirmar com quase absoluta certeza a paternidade de determinado indivíduo.

Embora se possa ter uma afirmação quanto a paternidade e maternidade de um indivíduo, esta não é a única verdade que impera no cenário jurídico, uma vez que há que ser considerada as implicações de ordem afetiva e sociológica da filiação.

O Código Civil de 1916 trazia em seu ordenamento a expressão “família legítima” como sendo aquela oriunda do casamento e das justas núpcias. Tendo em vista que o contexto social da época se traduzia em repletos valores e dogmas patriarcais, a promulgação do Código Civil Brasileiro resultou em normas que não reconheciam os filhos advindos de uma relação espúria, ignorando o legislador uma situação social existente.

Com a promulgação da Carta Magna de 1988 o direito de família brasileiro sofreu grandes transformações nos seus aspectos jurídicos, destacando-

se dentre eles a instituição do princípio da liberdade e igualdade. Com fundamento no princípio da igualdade os filhos advindos fora do casamento passaram a receber o mesmo tratamento jurídico dos filhos oriundo das relações matrimoniais.

Por conseguinte, a Carta Magna da Republica retirou da legislação as terminologias “filiação legítima”, “ilegítima” ou adotiva, estabelecendo a igualdade entre os filhos.

## **5.2 A filiação no Direito Civil Brasileiro**

O Código Civil de 1916 foi concebido através da idéia classificatória de filiação legítima, ilegítima ou ainda adotiva conforme as legislações vigentes na época em vários outros países.

Com relação à filiação legítima, o Código Civil de 1916, em sua redação explicitava que os filhos ilegítimos seriam aqueles concebidos na constância do casamento, mesmo que anulado ou nulo, se foi contraído de boa-fé. Ainda mencionava os casos em que haveria a legitimação do filho que seria equiparado aos filhos legítimos.

A legitimação é decorrente do casamento dos pais, tornando-se, desse modo, legítimos os filhos havidos antes do matrimônio podendo beneficiar os filhos ilegítimos naturais.

Agora, ao tratar-se de filhos ilegítimos, dizia o mesmo ordenamento que esses eram os filhos que não possuíam os pais unidos através de laços matrimoniais distinguindo-se dentre os ilegítimos como os naturais e os espúrios.

Os filhos ilegítimos naturais eram aqueles advindos de uma relação entre os seus genitores não impedidos de contrair núpcias, ou seja, configura esse tipo de filiação a idéia de que aquele filho concebido em momento posterior ao casamento seria, portanto, filho ilegítimo natural.

Já os filhos ilegítimos espúrios seriam incestuosos ou adulterinos. Filhos incestuosos caracterizavam-se pela procriação através de genitores que

possuíam algum grau de parentesco proibido para o casamento, na maioria das vezes isso ocorria quando havia o advento de um filho da relação entre dois irmãos. E filhos adulterinos eram aqueles havidos de uma relação fora do casamento. Dessa forma, entendiam os legisladores que a prole resultante de uma relação adulterina onde um homem casado ou um mulher casada obtivesse um filho com uma pessoa que não o seu cônjuge seria esse filho ilegítimo perante a lei e a sociedade da época.

A adoção para o ordenamento jurídica anterior e para o vigente é uma forma artificial de filiação que tem intenção de igualar a filiação natural, sendo também conhecida como filiação civil, nisso o seu resultado não é de uma relação biológica, mas de uma exteriorização de vontade.

No entanto, deve-se chamar atenção para o fato de que todas essas terminologias acerca da filiação encontram-se abolidas por força do parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal que dispõe:

Art. 227, parágrafo 6º:

Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Em verdade, todas essas classificações com relação à filiação foram retiradas do ordenamento jurídico brasileiro em virtude do princípio da igualdade consagrado no art. 5º da Carta Magna de 1988.

Avançando no direito civil brasileiro depara-se com o Novo Código Civil de 2003 que, em seus primeiros artigos relativos à filiação, já demonstra claramente a impossibilidade de distinção de direitos ou de qualificações entre as várias espécies de filiações, em conformidade com o dispositivo constitucional do artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal.

O Novo Código Civil, em seu artigo 1597, fez surgir inovações correlatas aos avanços científicos, já que ao fazer uma cópia do artigo 338 do Código Civil de 1916 inovou, ao acrescentar nesse rol três incisos que tratam de filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de

concepção artificial homóloga e havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido.

Como pode de notar, o Novo Código Civil é inovador em questões relativas à filiação e não se pode deixar de mencionar que possui uma das mais modernas legislações a respeito do direito de filiação.

### **5.3A Filiação na Constituição Federal de 1988**

No que tange à filiação, a Carta Magna de 1988 realizou profundas mudanças e aboliu a incomoda distinção que existia em relação à filiação.

Portanto, com o advento desse preceito constitucional, ficaram revogadas todas as normas jurídicas que estabeleciam distinção entre as origens dos filhos e entre as relações conjugais como núcleo familiar. E tal revogação deve-se à incompatibilidade radical entre essas normas e o princípio da igualdade que deve vigorar entre os membros das famílias.

Nos ensinamentos de Zeno Veloso (1997, p.87)

A lei maior não tem preferidos, não elegeu prediletos, não admite distinção e razão de sexo, aboliu por completo a velha ditadura dos varões e acabou, definitivamente, com a disparidade entre filhos, determinando a absoluta igualdade entre eles, proibindo inclusive os designativos que funcionavam como autêntica maldição.

Em verdade, a lei não tem o poder de apagar a realidade social, pois mesmo que legalmente não haja discriminação entre os filhos, ainda há filhos que nascem de uma relação extraconjugal e são acolhidos de modo diferenciado pela sociedade e, dependendo do grupo social ao qual pertencem em muitos casos são marginalizados.

Portanto, embora a lei rejeite a discriminação quanto à origem dos filhos, devem ser dados ao filho procriado fora do casamento instrumentos legais

que o ajudem a alicerçar os mesmos direitos do filho originado de uma relação conjugal legalmente constituída.]

O disposto no artigo 227, parágrafo 6º da Carta Magna é norma de eficácia plena e auto-aplicável, portanto, recepciona o direito de qualquer filho ser reconhecido voluntária ou judicialmente.

O sistema jurídico brasileiro não possui qualquer limitação relativa ao reconhecimento voluntário ou judicial, sendo facultado a qualquer filho a propositura de ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar a filiação não ocorrendo nenhuma restrição como antes existia na lei.

A filiação, com relação à Carta Magna de 1988, sofreu alterações profundas e necessárias que refletem a implementação do princípio constitucional da igualdade.

Deve-se salientar que o princípio da igualdade, assegurado pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988, garante a todos iguais direitos e deveres perante a lei. Então constituir-se-ia uma discriminação e um preconceito do legislador tachar os filhos, havidos fora do casamento como sendo adulterinos ou ilegítimos.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 foi um grande avanço ao se tratar de questões relativas ao direito de família, pois, de modo justo, igualou os filhos, impedindo que houvesse alguma discriminação relativa à filiação.

Dessa feita o legislador agiu em consonância com o princípio da igualdade, retirando da nossa legislação qualquer resquício de discriminação ou preconceito restante de leis anteriores à Carta Magna de 1988, e assim, com a revogação de alguns artigos do Código Civil de 1916 pela lei 10.106/02, acompanha as evoluções constantes da legislação constitucional.

## **6. DA IMPORTÂNCIA DO AFETO PATERNO–FILIAL E DOS DANOS DECORRENTES DE SUA AUSÊNCIA**

### **6.1 Considerações Iniciais**

Primeiramente para que possa se analisar a importância do afeto paterno na vida do filho é mister destacarmos algumas considerações do que pode ser traduzido como afeto, e a amplitude desse na vida das pessoas de uma forma geral.

O afeto é a manifestação de amor concretizadas por gestos que alimentam as necessidades de carinho das pessoas. Tais gestos podem ser demonstrados desde um abraço, de um estímulo tátil, os quais são capazes de propiciar proteção e segurança à pessoa.

Portanto, é relevante se conscientizar que qualquer forma de estímulo leva o indivíduo sentir-se valorizado como pessoa.

O afeto é indispensável em qualquer fase da vida humana e a sua ausência pode levar o indivíduo a distúrbios mentais e em casos extremos até morte.

Alguns estudos sobre o comportamento de crianças deixadas em instituições no seu primeiro ano de vida, revelaram que apesar dessas crianças receberem o alimento e remédios quando doentes, não tinham grande oportunidade de interagir com os adultos.

Essas crianças depois de seis meses começavam a apresentar um quadro de retardo grande de linguagem. Nesse sentido é importante destacar que a fome das pessoas não se limita ao alimento e ao contrário do que possa aparecer a felicidade dessas não podem ser supridas apenas com alimento, roupa e casa.

O ser humano também tem fome de estímulos que pode ser suprida pelas sensações físicas, olfato, tato, paladar, visão e audição.

A pessoa também tem fome de contato com o próximo, pois precisam abraçar e sentir-se abraçadas, além da necessidade de ser reconhecidos, valorizados, pois não sobrevive à indiferença.

A figura do homem, como condição indispensável à concepção de um outro ser, pode em apenas alguns segundos lhe tornar genitor, no entanto tais segundos já não lhe serão mais suficiente, diante do nascimento de um novo ser - seu filho - para dar início a grande e nova aventura de ser pai.

## **6.2 Antecedentes Históricos sobre a Figura Paterna**

O papel de pai pode não ser uma das tarefas mais fáceis, no entanto, muito mais relevante do que reconhecê-la, é se conscientizar que será com base no desempenho desse papel que surgirá ou não, ao novo ser, a oportunidade de uma vida digna, não só enquanto filho, mas também e principalmente enquanto ser humano.

Entretanto, o pai, no desempenho de sua figura paterna, coloca em concorrência outros interesses e ocupações, sendo por estes absorvidos de tal forma que se afasta do filho, ignorando que este não tem apenas o direito, mas também a necessidade de ter um pai.

Esse afastamento conduz a situações desastrosas, as quais só podem ser evitadas se os pais assumirem sua função, de forma a garantir que na formação da personalidade de seus filhos estejam compreendidas tarefas que permitam assegurar a estes, de forma plena, a educação intelectual, física, moral, cívica e, também, religiosa.

Portanto, a paternidade deve ser exercida de maneira a contribuir para a felicidade do filho. Esse reconhecimento implica numa relação pautada no afeto paterno-filial, que embora não encontre o fundamento em uma norma expressa, dispõe de argumentos decorrentes do próprio exercício do poder familiar.

O conceito de paternidade em sua evolução histórica tem passado por diversas mudanças, registradas em virtude das modificações econômicas, sociais e culturais vivenciadas pela família ao longo do tempo.

Discorrendo em breve apanhado, nos séculos VXII e XVIII cabia à figura paterna a manutenção das necessidades materiais e a prestação da assistência educacional, moral e religiosa aos filhos.

Nesse período os pais mantinham um contato freqüente com a família, posto que desempenhavam seu trabalho em zonas rurais, próximo às suas residências.

No entanto, a partir do século XIX, devido a ocorrência da industrialização e da urbanização, os pais passaram a trabalhar em indústrias, submetendo-se a uma carga horária excessiva, reduzindo dessa maneira o convívio com sua família, gerando conseqüentemente maior responsabilidade às mães nos cuidados com os filhos.

Pesquisas revelavam que nos anos de 1950 e 1960, o pai possuía uma participação muito restrita no desenvolvimento da criança. Por volta de 1960 e 1976, demonstravam que o papel do pai era de brincar com seus filhos, incluindo ainda a “promoção do desenvolvimento social das meninas e a formação de identidade sexual dos meninos” Fabiana Cia (2005) apud Coley (2001, p.2).

A partir da revolução feminista ocorrida em 1970, um grande número de mulheres passaram a exercer atividades remuneradas, e por conseguinte começaram a contribuir no pagamento de despesas da família.

Essa ajuda econômica contribuiu para a transformação do papel atribuído aos pais. Dessa forma, até a década de 1970, o homem ocupava na estrutura familiar a posição de maior status no grupo familiar, situação que foi modificada com o crescente poder das mulheres que passaram a exigir para si as mesmas prerrogativas reservadas aos homens, deixando assim de assumir a totalidade da responsabilidade em relação aos filhos.

Nesse contexto, homens e mulheres passaram a ser provedores de seus lares, surgindo por conseguinte a necessidade de ambos conciliarem os cuidados com os filhos e promoverem a reformulação de suas funções.

Surge daí uma nova concepção da paternidade, que traz como característica uma valorização da presença do pai na vida do filho, incorporando valores distintos dos das gerações anteriores.

De acordo com esse direcionamento, cumpre destacar a importância do afeto paternal na vida do filho.

### **6.3 Da Importância do Afeto Paternal na Vida do Filho**

A função paterna sempre esteve vinculada a idéia de sustento, de autoridade sobre os demais componentes da família, situação que perdurou até o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres. Mas, apesar dessa igualdade é a figura que ainda traduz a sensação de segurança, proteção, e acolhimento.

Na identificação de tais elementos se tem presente a afetividade, consagrada indispensável para o desenvolvimento saudável dos filhos, desde o início de sua existência.

Ao assumir a paternidade o pai deve se responsabilizar pela vida do filho desempenhando seu papel de maneira a transmitir toda a segurança que o filho requer.

Nesse ponto, Pereira e Silva, (2006) apud Alves (2002, p.37) destaca:

É fácil pensar na imagem de um pai conduzindo seu filho à escola, segurando-o pela mão. O filho, confiante, irradia segurança ao ser conduzido seguramente pelo pai, certo de que nada de mau lhe poderá acontecer. Fundem-se nessa imagem e segurança, a direção e o acompanhamento do pai, para o filho que o observa no dia a dia, referência e exemplo.

Em síntese, importa destacar que o afeto paternal é o maior bem que um filho pode receber de seu pai, o qual se traduz em compreensão, carinho, respeito, capaz de propiciar ao filho o direito de conhecer, conviver, amar e ser

amado, de ser cuidado, alimentado, e de aprender no colo do pai, lições de vida, sob as quais poderá alicerçar o seu futuro.

O afeto, assim praticado pelo pai é capaz de contribuir para o desenvolvimento do ser humano, o respeitando em sua dignidade.

Várias podem ser as demonstrações do afeto paternal, que na maioria das vezes podem estar representadas por pequenos gestos, mas de significativa importância.

Em apropriada síntese, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2005, p.16) declara que a questão do afeto é compreendida em muitas vezes através de letras anônimas que tratam do tema, assinalando em sua transcrição o texto simploriamente denominado Nó de Afeto:

Em uma reunião de pais numa escola da periferia, a diretora ressaltava o apoio que os pais devem dar aos filhos. Pedia-lhes, também, que se fizessem presentes o máximo de tempo possível. Ela entendia que, embora a maioria dos pais e mães daquela comunidade trabalhasse fora, deveria achar um tempinho para se dedicar e entender as crianças. Mas a diretora ficou muito surpresa quando um pai se levantou e explicou, com seu jeito humilde, que ele não tinha tempo de falar com o filho, nem de vê-lo durante a semana. Quando ele saía para trabalhar era muito cedo e o filho ainda estava dormindo. Quando voltava do serviço era muito tarde e o garoto não estava mais acordado. Explicou, ainda, que tinha de trabalhar assim para prover o sustento da família. Mas ele contou, também, que isso o deixava angustiado por não ter tempo para o filho e que tentava se redimir indo beijá-lo todas as noites quando chegava em casa. E, para que o filho soubesse da sua presença, ele dava um nó na ponta do lençol que o cobria. Isso acontecia religiosamente todas as noites quando ia beijá-lo. Quando o filho acordava e via o nó, sabia, através dele, que o pai tinha estado ali e o havia beijado. O nó era o meio de comunicação entre eles. A diretora ficou emocionada com aquela singela história. E ficou surpresa quando constatou que o filho desse pai era um dos melhores alunos da escola. O fato nos faz refletir sobre as muitas maneiras das pessoas se fazerem presentes, de se comunicarem com os outros. Aquele pai encontrou a sua, que era simples, mas eficiente. E o mais importante é que o filho percebia através do nó afetivo, o que o pai estava lhe dizendo. Por vezes, nos importamos tanto com a forma de dizer as coisas e esquecemos o principal, que é a comunicação através do sentimento. Simples gestos como um beijo e um nó na ponta do lençol, valiam, para aquele filho, muito mais que presentes ou desculpas vazias. É válido que nos preocupemos com as pessoas, mas é importante que elas saibam que elas sintam isso. Para que haja a comunicação é preciso que as pessoas "ouçam" a linguagem do nosso coração, pois, em matéria de afeto, os sentimentos sempre falam mais alto que as palavras. É por essa razão que um beijo, revestido do mais puro afeto, cura a dor de cabeça, o arranhão no joelho, o medo do escuro. As pessoas podem não entender o significado de muitas palavras, mas sabem registrar um gesto de amor. Mesmo que esse gesto seja apenas um nó. Um nó cheio de afeto e carinho.

Com efeito, cumpre ressaltar que o afeto paternal tem fundamental importância nas relações familiares, posto que conforme já dito, com a nova ordem constitucional o legislador consagrou a família como base da sociedade.

Portanto, a figura paterna ao desempenhar o seu papel tendo como alicerce o princípio da afetividade no seu relacionamento paterno – filial, estará contribuindo para que se tenha uma sociedade fortalecida.

Tal conclusão advém do fato de que o homem ao nascer tem seu primeiro contato com a família, na qual irá desenvolver a sua vida, a sua auto estima, ocasiões em que será imprescindível a demonstração pelos seus pais de quanto é amada e querida.

No início da vida humana o filho descobrirá o seu valor a partir do valor que os outros lhe atribuírem. Se o pai negar afeto àquele que representa a sua própria continuação, tratando o como um ser insignificante, isso certamente o fará sentir-se desvalorizado e desmotivado para a vida.

Com efeito, a função de pai é algo que não termina com a geração da vida humana, ao contrário deve se iniciar a partir daí, com um projeto alicerçado nos laços do afeto.

Nessa trilha, cabe salientar a importância do pai no desenvolvimento social dos filhos, Cia, Williams, Aiello, (2005) apud Feldman e Klein (2003):

Em relação à importância do pai para o desenvolvimento social dos filhos, Feldman e Klein (2003) estudaram a relação pai/mãe-bebê, no momento em que as crianças estavam aprendendo a andar [...]. Os objetivos desse estudo foram os de verificar o grau de segurança que as crianças tinham em ambos os pais ao apreender a andar, sendo que as informações foram obtidas por meio da observação de situações entre ambos os pais e a criança. Os resultados mostram que o pai foi significamente mais sensível (mais caloroso e disciplinado) na interação quando a criança era do sexo feminino e, o pai oferecia maior liberdade para a criança andar do que a mãe. As crianças mostraram-se mais seguras e envolvidas mais emocionalmente com o pai do que com a mãe. Esses pesquisadores concluíram que o pai foi um importante agente.

Destarte, passamos em linhas gerais examinar os danos conseqüentes da ausência em razão da ausência do afeto paterno – filial.

#### 6.4 As Conseqüências da Ausência do Afeto Paterno-Filial

Com o rompimento da estrutura patriarcal, a definição dos papéis dos membros de uma família, que claramente demarcava o lugares de pai, mãe e filhos, sofreram profundas mudanças, que culminaram em graves conseqüências na formação das famílias atuais.

Dentre essas conseqüências se destaca a reestruturação da pessoa masculina, pelo provável declínio em sua vinculação com a paternidade, configurando dessa maneira, uma crise na relação paterno – filial.

Analisando a figura paterna, salienta Rodrigo da Cunha Pereira (1999, p.1):

Sua função básica, estruturadora e estruturante do filho como sujeito, está passando por um momento histórico de transição, onde os varões não assumem ou reconhecem para si o direito/dever de participar da formação, convivência afetiva e desenvolvimento de seus filhos. Por ex: o pai solteiro, ou separado, que só é pai em fins de semana, ou nem isso, mesmo casado, que não tem tempo para seus filhos; o pai que não paga ou boicota pensão alimentícia e nem se preocupa ou deseja ocupar-se com isto; o pai que não reconhece seu filho e não lhe dá o seu sobrenome na certidão de nascimento.

Evidencia-se que a ausência do pai tem ocasionado graves conseqüências na estruturação psíquica dos filhos, repercutindo por conseguinte, nas relações sociais, o que pode ser constatado com o aumento da delinqüência infantil, dos menores de rua, etc.

Calha transcrever, nesse ponto, a seguinte manifestação de Giselda Maria Fernandes Novaes Hinoraka (2005, p. 5):

A ausência injustificada do pai, como se observa, origina evidentemente dor psíquica e conseqüentemente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção – função psicopedagógica – que presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.

Cumpra salientar, que o abandono material não é o pior, pois encontra tutela no Direito que tipifica como crime o abandono material e intelectual, além de estabelecer prisão para os devedores de pensão alimentícia.

Portanto, a situação mais grave gira em torno do abandono psíquico e afetivo do pai, que com essa conduta imprópria ao invés de proteger o filho colocando-o a salvo de situações que lhe possam ser danosas, acabam sendo os próprios causadores desses danos.

Como efeito da ausência paterna, na fase infantil, identificou-se o seguinte resultado, transcrito por Fabiana Cia<sup>5</sup> Lúcia Cavalcante de Albuquerque Williams<sup>6</sup>, Ana Lúcia Rossito Aiello<sup>7</sup>, (2005) apud Blak, Mangelsdorf (1999; 2001):

Os problemas comportamentais apresentados na pré-escola, decorrentes da ausência paterna, podem acarretar em uma variedade de resultados negativos na idade escolar e na adolescência, incluindo baixo rendimento acadêmico, aumento de ausência nas aulas, aumento do risco de envolvimento com drogas, pouco relacionamento com os pares, depressão, ansiedade, labilidade emocional e a externalização de comportamentos problemáticos. Quando não corrigidos esses problemas continuarão exercendo uma influência negativa na fase adulta. ( Cia, Williams, Aiello, 2005, p.7)

Do exposto, pode se concluir que a ausência do afeto paternal implica na desestrutura do próprio Estado, posto que a família quando fortalecida o Estado prospera, quando fragilizada, ocorre a decadência.

---

<sup>5</sup> Fabiana Cia é psicóloga e Mestranda no Programa de Pós - Graduação em Educação Especial da Universidade Federal de São Carlos/UFSCar.

<sup>6</sup> Lúcia Cavalcante de Albuquerque Williams é professora adjunta do Programa de Pós - Graduação em Educação Especial e do Departamento de Psicologia da Universidade Federal de São Carlos/UFSCar.

<sup>7</sup> Ana Lúcia Rossito Aiello é professora adjunta do programa de Pós – Graduação Especial e do departamento de psicologia da Universidade Federal de São Carlos/UFSCar. Apoio CNPq.

## **7 A PROTEÇÃO DO AFETO PATERNO-FILIAL COMO VALOR JURÍDICO**

### **7.1 Noções Gerais**

A família é a primeira comunidade na qual o ser humano é inserido, quando do seu nascimento. Nela deverá, portanto ser atendidas as mais diversas necessidades humanas e sociais.

É a família que torna possível ao indivíduo a efetivação de valores, critérios de conduta, respeito e diálogo de forma afetiva, capaz de lhe proporcionar um desenvolvimento saudável, o que irá refletir em seus futuros relacionamentos com o mundo que o rodeia.

Embora, a família tenha passado por várias transformações ao longo dos tempos, ainda é um instituto universal indispensável a formação do ser humano.

Observa-se que o direito tem acompanhado as relevantes transformações ocorridas na estrutura familiar com a finalidade de prestar a devida tutela nessas relações.

Entretanto, observa-se a necessidade de definições mais claras e coerentes, quanto a responsabilidade nas relações paterno-filiais, bem como a ampliação das obrigações da paternidade, de forma expressa e positivada ordenamento jurídico, além do estabelecimento da obrigação de uma compensação financeira, quando constatada a ausência injustificada da figura paterna na educação plena do filho.

Na atualidade, os deveres dos pais são independentes de sua escolha, determinados pelo Estado, que direciona essa relação, levando em consideração o resguardo do interesse dos filhos.

Isso pode ser observado com base em algumas decisões judiciais julgando procedente a pretensão da indenização por danos morais, em decorrência

da ausência do afeto paterno-filial, as quais poderão ser conferidas pelos anexos apresentados no final do presente trabalho.

Para uma melhor compreensão do papel a ser desempenhado pela figura paterna, se faz mister uma análise do instituto do poder familiar, haja vista que neste estão presentes, de forma geral, os deveres da figura paterna.

## **7.2 Do Poder Familiar**

### **7.2.1 Antecedentes históricos**

O instituto do poder familiar, assim denominado no Código Civil de 2002, substituiu a antiga expressão pátrio poder, vigente no Código Civil de 1916.

Essa substituição tem como conseqüência a própria evolução das relações familiares, que a princípio eram regidas sob o poder autoritário de apenas um membro da família, em virtude da forte influência sofrida pelo direito romano.

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

Nos primórdios do direito brasileiro, o pai exercia de forma inquestionável o papel de chefe da família. Por meio da figura do pátrio poder, cabia ao pai regular a vida do filho independente de sua idade.

Antes de serem disciplinadas pelo Código Civil de 1916, as relações de família no direito brasileiro eram regidas pelo Direito Civil Pátrio, que tinha como fonte inspiradora o Direito Romano o qual apresentava como característica: formalismo, severidade, solenidade e primatidade.

Cabia ao Estado, de forma limitada, às questões essenciais vinculadas à sobrevivência: guerra, punição dos delitos mais graves e, naturalmente a observância da regras religiosas.

O Instituto do pátrio poder era um invento dos romanos, que demonstrava vantagens apenas ao pai, sem atribuir qualquer benefício ao filho, ficando este sob o poder de seu pai até mesmo depois de completar a maioridade.

Melina Sanches Silveira (2005, p. 47), interpretando as palavras Coulanges (1987) enumera as atribuições do *pater familias*, as quais se traz à colação:

- a) direito de reconhecer o filho ao nascer, ou de rejeitar. Sem o consentimento do chefe e iniciação ao culto doméstico, o filho nada representava para o seu pai;
- b) direito de repudiar a mulher, quer em caso de esterilidade, quer em caso de adultério;
- c) direito de ceder a outro o poder que tem sobre a filha, casando-a, ou de casar o filho;
- d) direito de excluir um filho da família e do culto (emancipação);
- e) direito de introduzir um estranho no lar doméstico (adoção);
- f) direito de designar tutor para a mulher e os filhos ao morrer;
- g) direito aos frutos do trabalho dos filhos;
- h) direito de vender os filhos, que eram encarados como propriedade;
- i) direito de atuar como juiz de sua família, podendo até condenar um membro à morte.

Do rol apresentado, a título exemplificativo, demonstra-se o incontestável poder paterno na concepção romana.

Entretanto, com o decorrer do tempo essa autoridade paterna vai se abrandando, e o poder do exercício paternal ganha um novo contorno em seus limites, que passa a ser exercido não só oferecendo vantagens ao pai, mas também permitindo alguns direitos ao filho.

Passou-se a permitir, por exemplo, que o filho adquirisse o pecúlio castrense, propriedade de bens adquiridos e decorrentes da atividade militar. Outros pecúlios também foram sendo gradativamente concedidos ao filho.

Ainda que de forma mitigada, a noção romana do pátrio poder chega até a idade média, sofrendo nesse período forte influência do direito costumeiro dos povos da Europa.

Decorrente dessa influência, já não persistia mais dentro do exercício do pátrio poder o supracitado direito de morte e vida sobre os filhos, tendo este sido substituído pela punição física desde que o castigo físico não resultasse em morte.

Dentre outros fatores que contribuíram para a mitigação do pátrio poder, merece relevância a atuação da mulher, que na falta do marido, passou a exercer o pátrio poder e ainda a emancipação do filho, a qual se concretizava com o casamento, ou ainda quando estivesse no exercício de altos cargos.

Essas formas de emancipação faziam cessar o pátrio poder. Em alguns casos a idade também se constituía como causa de emancipação.

Por fim, a natureza desse instituto não prevaleceu, revestindo-se o pátrio poder de novas características que serviram de instrumentos para que se alcançasse no seio familiar o respeito e dignidade entre seus membros.

Esta evolução também foi acompanhada pelo Direito brasileiro conforme será demonstrado no tópico a seguir.

### **7.2.2 O Poder familiar no direito brasileiro**

Anterior ao Código Civil de 1916, vigora no Brasil o direito civil português cuja sistematização era fundada nas Ordenações Filipinas.

Sob a influência do direito romano, vigia nas ordenações, de uma forma mais branda, o pátrio poder fundado no autoritarismo patriarcal.

No exercício do pátrio poder o pai detinha um poder além de exclusivo, também vitalício do filho, permitindo que sua autoridade não se limitasse à menoridade, tal qual ocorria no direito romano. Também, como resquício do direito romano, negava-se à mulher qualquer forma de exercício do pátrio poder.

Ficavam sujeitos ao pátrio poder os filhos que tivessem nascidos de “justas núpcias”, sendo portanto, excluídos todos os demais, então denominados de ilegítimos (naturais ou espúrios), mesmo os reconhecidos e os adotivos.

Paulatinamente, o Instituto do pátrio poder sofreu importantes mudanças, dentre elas a fixação da maioridade e por conseguinte da capacidade civil plena a partir da idade de 21 anos, em conformidade com o decreto de 31 de outubro de 1831. Também chegara ao fim o exercício vitalício do pátrio poder.

Na seqüência dessas grandes mudanças, merece também destaque o decreto de 24 de janeiro de 1890, que concedeu à mulher viúva o direito ao exercício do pátrio poder, enquanto esta não contraísse novas núpcias, deixando o instituto de ser uma prerrogativa exclusiva do homem.

Em conformidade ao artigo 380 do Código Civil de 1916, o exercício do pátrio poder ainda era privilégio do marido, só sendo atribuído à mulher de modo subsidiário, como se depreende da redação original do referido artigo: “durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher”.

O artigo 379 do referenciado diploma legal relacionava como sujeitos do pátrio poder apenas os filhos concebidos na constância do casamento, os legalmente reconhecidos e os adotivos, excluindo aqueles advindos de relações incestuosas e adulterinas. Os filhos ilegítimos, assim entendidos aqueles nascidos de família não matrimonial, os quais não podiam ser reconhecidos, ficavam quando possível, sob o pátrio poder da mãe, nos termos do artigo 383 do Código, mas se legitimados, essa mãe perderia o pátrio poder para o homem.

Entretanto, com a promulgação da Lei nº 4.121 de 27/08/1962 (Estatuto da Mulher Casada), houve uma alteração na redação do artigo 380 do Código Civil de 1916, elevando a mulher ao patamar de colaboradora do homem nas questões relativas aos filhos menores. Dispõe o mencionado artigo: “Art. 380. Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará a outro a exercê-lo com exclusividade”.

Portanto, o pátrio poder continuava sendo reconhecido primeiramente ao marido, ficando a mulher em segundo plano. Mas o direito continuou a acompanhar as evoluções nas relações familiares, garantindo a figura materna mais uma importante conquista, introduzida com a alteração do artigo 393 do Código Civil de 1916, a qual conferiu à mulher viúva a continuidade do pátrio poder relativamente aos filhos do casamento anterior, ainda que contraísse novas núpcias.

Todavia, cumpre destacar que com o advento da Constituição Federal de 1988, a mulher não obteve apenas mais um tipo de conquista, mas obteve, de

forma definitiva, o direito de exercer, em condições de igualdade o poder familiar, em conformidade ao estabelecido pelo artigo 226, § 5º da Constituição Federal de 1988: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Percebe-se que com a redação do referido artigo, o legislador apenas positivou uma situação que de fato já era uma realidade na relação familiar, pois a mulher já vinha assumindo o exercício desse poder na vida cotidiana.

É a igualdade absoluta entre os cônjuges. Homens e mulheres (pais e mães) passam a ter os mesmos direitos e obrigações na criação dos filhos.

Com base nesse preceito constitucional, acentua o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) :

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

O referido dispositivo reafirmou o que foi estabelecido pela Constituição Federal de 1988, no entanto, perdeu a oportunidade de preencher algumas lacunas no que se refere ao instituto do pátrio poder, conforme se afere nas palavras de Combel (2003, p.47):

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

As referidas lacunas apenas foram preenchidas após o advento da Lei 10.406, sancionada em 10/01/2002, que instituiu o novo Código Civil.

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

A mudança da nomenclatura, nada mais significou do que uma adaptação ao que já havia sido expresso pela Constituição Federal de 1988, em seu

artigo 226, § 5º (igualdade entre os cônjuges). Nas palavras de Comel (2003, p. 53-54) encontramos uma justificativa para a alteração da nomenclatura.

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

A igualdade de condições entre pai e mãe no exercício do poder familiar encontra-se expressa no artigo 1631 do Código Civil, o qual menciona que na falta de impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. No aludido dispositivo diz-se, referenciando ao poder familiar, que “durante o casamento e a união estável compete os pais o poder familiar”, no entanto, é cediço que por força do artigo 227, § 6º da Constituição Federal, qualquer filho, independente da origem de seu nascimento está sujeito ao poder familiar.

Havendo divergência quanto ao exercício do poder familiar, a solução será dada pelo Estado juiz, conforme disposição do parágrafo único do mesmo dispositivo.

Em sintonia com as necessidades de regras de regulamentação das relações familiares, o legislador constituinte tratou de conferir proteção jurídica aos filhos, deixando estes de serem considerados como objeto de direito, passando a assumir a posição de sujeitos de direito. perante a família, a sociedade e o Estado, como pode se depreender da redação do artigo 227:

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

Outro aspecto importante ditado pelo legislador constituinte foi o reconhecimento de todos os filhos, independentes da família em que estivessem

constituídos, como se observa na redação do parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal: “os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

### 7.2.3 Conceito

A lei não traz nenhum conceito com referência ao instituo e apenas o regulamentou. Contudo, a doutrina moderna tem conceituado o referido instituto, como se observa nas palavras de Maria Helena Diniz (2005, p. 518):

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

No dizer de Pereira (2004, p. 421), poder familiar é o “complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições segundo o artigo 226 § 5º, da Constituição”.

Ainda na doutrina tem-se a definição de poder familiar, no entendimento de Comel (2003, p. 65), como sendo:

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

Em observância a esses conceitos e a elaboração do capítulo referente ao poder familiar, disposto nos artigos 1630 a 1638 do Código Civil, há por parte da doutrina uma crítica no sentido de que o legislador infraconstitucional manteve como

base do referido instituto a mesma estrutura patriarcal do Código Civil de 1916, na qual o pai figurava como chefe da família.

A notada crítica encontra fundamento pelos partidários desse pensamento, baseado no fato de que o referenciado capítulo, apesar de prever grande quantidade de deveres, obrigações, sanções, respeito e obediência, características típicas do autoritarismo patriarcal, não se ateve ao novo modelo familiar, o qual deve ser sustentado na solidariedade, na ternura e no amor.

Contudo, a doutrina reconhece a evolução gradativa do instituto, que embora não tenha trazido expressamente o conceito do poder familiar, sua natureza é compreendida como sendo a transformação de um poder sobre os outros como uma autoridade natural em relação aos filhos, como pessoas dotadas de dignidade, no interesse deles e da convivência familiar.

Conclui-se que o poder familiar se traduz num encargo legalmente atribuído à alguém em conformidade as regras de uma sociedade que se organiza para resguardar o melhor interesse dos filhos.

Com efeito, o chamado “poder familiar” se caracteriza num poder-dever, o qual deve ser efetivado por quem exerce a parentalidade no comando da família, e em contrapartida como um direito dos filhos, os quais figuram como destinatários desse comando.

Portanto, competem aos membros detentores do poder familiar exercê-lo, como leciona Cleber Affonso Angeluci (2006, p. 2):

Compete aos membros capazes da família (na tradicional família, o pai e a mãe), o exercício do poder familiar, dirigindo e comandando a estrutura coletiva, com a possibilidade de garantir aos seus integrantes o acesso e a possibilidade de aperfeiçoamento e desenvolvimento, par alcançar a ampla e irrestrita dignidade.

Associando-se ao posicionamento doutrinário conclui-se que é imprescindível a interpretação do referenciado instituto, sob a nova ótica jurídico social.

Destarte, o Código Civil deve ser lido à luz dos princípios e regras estabelecidos na Constituição Federal, que dentre outros, trata com prioridade a

proteção integral da criança e do adolescente, a igualdade jurídica entre os cônjuges e principalmente a igualdade jurídica de todos os filhos.

Agindo desta maneira, é possível admitir que os responsáveis pela família estarão contribuindo para o desenvolvimento da pessoa e, em última instância, colaborando para edificar a dignidade humana, na criança, ou no adolescente, que se encontra em desenvolvimento, permitindo-lhes que possam chegar na fase adulta, prontos a se relacionarem com a sociedade, enfrentando e superando desafios como consequência do papel desempenhado pelo poder familiar.

#### **7.2.4 Conteúdo do poder familiar**

As vicissitudes por que passou a família repercutiram no conteúdo do poder familiar, como sendo menos poder e mais dever.

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

Dispõe o artigo 229 da Magna Carta, que “os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”.

Não deixa dúvida o dispositivo ao mencionar o dever dos pais de estarem presentes na vida do filho prestando-lhes a assistência de que necessitam.

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

Decorre desse posicionamento, que o relacionamento entre pais e filhos deverá ser construído com base na afetividade, pois apenas esta assegura a preservação do ser humano em seu aspecto psíquico e social.

Com respeito à denominada ordem constitucional, o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente traz aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo em relação à guarda também os deveres de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente.

Em apropriada síntese, Nehemias Domingos de Melo<sup>8</sup> (2005, p. 2) traz à colação a primeira decisão sobre abandono moral, a qual foi fundamentada no artigo 22 da Lei 8.069/90, nessa trilha, elucida o autor:

A primeira decisão sobre a matéria vem do Rio Grande do Sul, e foi proferida na comarca de Capão de Canoas, pelo juiz Mário Romano Maggione, que condenou um pai, por abandono moral e afetivo de sua filha, hoje com nove anos, a pagar uma indenização por danos morais, correspondente a duzentos salários mínimos, em sentença datada de agosto de 2003, transitada em julgado e, atualmente, em fase de execução. Ao fundamentar sua decisão o magistrado considerou que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art.22, da Lei nº 82069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência família, o afeto, o amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições pra que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança.” Concluindo que “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.”

O Código Civil através do artigo 1634 fixa em sete incisos os deveres/direitos dos pais assim especificados:

Art. 1634. Compete aos pais , quanto à pessoa dos filhos menores:  
I - dirigir-lhes a criação e a educação;  
II - tê-los em sua companhia e guarda;  
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;  
IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobreveio não puder exercer o poder familiar;  
V - representá-los, até aos 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprimindo-lhes o consentimento;  
VI - reclamá-los de que ilegalmente os detenha;  
VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito os serviços próprios de sua idade ou condição.

---

<sup>8</sup> Nehemias Domingos de Melo é advogado em São Paulo, professor de Direito Civil na Universidade Paulista (UNIP), pós-graduado em Direito Civil pela UniFMU/SP, é autor do livro “Dano Moral – do cabimento à fixação do *quantum*.”

Na assunção de seus papéis deve o genitor interpretar o dever de criação de forma a abranger este encargo não apenas no plano material, limitando-se apenas a cuidar do sustento alimentar do filho, “alimentar o corpo sim, mas também cuidar da alma, da moral, da psique. Essas são prerrogativas do “poder familiar” e, principalmente, da delegação do amparo aos filhos”. (PEREIRA e SILVA, 2006, p. 2)<sup>9 10</sup>

O dever de educação da prole incumbe aos pais como meio de se garantir aos filhos um perfeito desenvolvimento moral e intelectual. Portanto os pais devem, assim, desempenhar a função de educadores e de líderes familiares para que a criança possa se formar enquanto pessoa humana.

Com efeito, a educação ao contrário do que geralmente se imagina não se restringe apenas à escolaridade. Comel (2003, p. 103) trata a respeito da educação informal, que segundo ela é mais determinante ao desenvolvimento da personalidade do filho do que a educação formal (escolarização em estabelecimento oficial de ensino). Aludi que educação é aquela passada na convivência diária do pai com o filho, portanto, repleta de riqueza em seu conteúdo afetivo e emocional.

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

Quanto ao dever de guarda, diz ele respeito à manutenção dos filhos em companhia dos pais, ou de pelo menos um deles, salvo se algum fato indicar que, no melhor interesse das crianças, devam ser elas afastadas da convivência diuturna com seus genitores, entregando-as à custódia de um terceiro que seja efetivamente próximo das crianças, guardando para com elas uma relação prévia de afinidade. O dever de guarda, não obstante, é uma decorrência natural do poder familiar, daí porque incumbia aos pais, primordialmente, esse direito-dever.

---

<sup>9</sup> Rodrigo da Cunha Pereira é Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), doutor em Direito Civil (UFPR), advogado em Belo Horizonte, especialista em Direito de Família, professor da PUC/MG, autor de vários livros.

<sup>10</sup> Cláudia Maria Silva é advogada em Belo Horizonte, especialista em Direito de Família e membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Nesse ponto, calha transcrever a interpretação do inciso II nas palavras de Denise Damo Comel (2003, p.111):

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

Do exposto resulta, portanto, o entendimento de que as funções atribuídas aos pais possuem mais fundamentos morais do que jurídicos. Trata-se de relações interpessoais, vinculadas por um sentimento de amor que deve unir pai e filho.

É baseado nessa comunhão de afeto que a obediência aos deveres paterno-filial, torna-se antes de tudo em dever moral imposto pela consciência e pelo sentimento íntimo, que antes mesmo de ser acolhido pelo legislador, já podia ser naturalmente vivenciado.

Nessa perspectiva é relevante destacar que o desempenho desses deveres não deve ficar ao livre arbítrio dos pais competindo ao Estado intervir sempre que necessário nas relações paterno-filiais, de forma a assegurar todos os direitos reconhecidos à criança e ao adolescente em obediência ao comando da norma maior.

#### **7.2.5 Causas de suspensão, perda e extinção do poder familiar**

Em decorrência da intervenção do Estado como fundamento da proteção integral do filho menor, a lei disciplina situações em que ficará o titular privado, temporária ou definitivamente, de seu exercício.

As causas de suspensão do poder familiar estão descritas no artigo 1637 do Código Civil, o qual menciona que os pais poderão ser suspensos do poder familiar quando agindo com abuso, faltarem com os deveres inerentes ou arruinarem os bens dos filhos.

Também prevê o parágrafo único do referido artigo que será suspenso o pátrio poder se o pai ou a mãe forem condenados em razão de crimes apenados com prisão privativa de liberdade cuja pena exceda a dois anos de prisão.

A suspensão do poder familiar implica na perda temporária, por parte dos genitores, de todos os seus direitos em relação ao filho. Com o desaparecimento do motivo que originou a suspensão, o pai/mãe retornará ao exercício do poder familiar.

Em relação à perda ou destituição do poder familiar, por sua vez, é a mais grave sanção imposta aos pais.. Além disso, “a perda do poder familiar, em regra, é permanente (CC, art. 1.635, V), embora o seu exercício possa ser, excepcionalmente, restabelecido, se provada a regeneração do genitor ou se desaparecida a causa que a determinou [...]” (DINIZ, 2005, p. 525)

Segundo o artigo 1.638 do Código Civil, será destituído do poder familiar, por ato judicial, o pai ou a mãe que:

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

Dentre os casos de perda do poder familiar merece especial atenção à causa mencionada no inciso II, devendo ser considerados tanto o abandono material quanto moral.

O abandono material é a privação do filho “de condições imprescindíveis a sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em virtude de falta, ação ou omissão (Lei nº 8069/90, arts. 4º, 7º, 22, 23, 53, 55, 87, III e IV, 98, II 130)”. (DINIZ, 2002, p.460).

De acordo com esse direcionamento, assevera Comel (2003, p. 288), para definir o abandono dos filhos pelos seus respectivos pais:

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

A propósito da matéria, o que se observa por parte da doutrina é que a idéia da perda do “poder familiar” é medida sancionatória e tem por finalidade o afastamento do pai/mãe faltoso das funções inerentes ao poder familiar, visando sempre proteger o melhor interesse do filho.

Demais disso, para os que defendem essa dupla finalidade, o pai/mãe, apenas será privado do exercício do poder familiar, quando além da ocorrência do descumprimento imputável, também ficar demonstrado que se trata de medida necessária para atender o melhor interesse da criança.

É preciso ressaltar que a perda ou suspensão somente poderão ser decretadas por intermédio de decisões judiciais, na qual deverá ser necessariamente observado o princípio do contraditório e ampla defesa.

O ECA também disciplinou os casos de suspensão ou perda do poder familiar, dispondo que além do previsto no Código Civil também caberá aos pais tais sanções, quando do descumprimento injustificado dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos.

Ademais, o Estatuto prevê ainda sanção de natureza administrativa, com a aplicação de multa aos pais que descuidarem, por culpa ou dolo, de suas responsabilidades na criação, educação, e assistência aos filhos, e no dever de guarda, além da obrigação de conservação de seus bens, conforme disposição expressa em seu artigo 249.

Em síntese, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, “mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente de afeto e proteção.” (ANGELUCI, 2006, p. 5).

Conclui-se, que o instituto do “poder familiar, entendido pacificamente pela doutrina, muito mais como uma relação de dever do que poder, ao relacionar

os deveres dos pais, não mencionou de forma expressa o afeto paternal como um dever.

No entanto, é cediço diante do exposto no presente capítulo, que os deveres a serem desempenhados pelos pais, devem estar em consonância com a nova ótica da família, a qual foi instituída pelo legislador como base da sociedade, conforme previsão expressa no artigo 227 da Carta Magna.

Destarte, para o cumprimento de determinada ordem, os deveres paterno-filial não devem se restringir a uma interpretação literal, mas uma interpretação a luz dos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Dentre o rol dos princípios fundamentais cumpre destacar, para uma perfeita análise do presente trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de toda e qualquer relação jurídica.

### **7.3 Da Dignidade da Pessoa Humana**

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais cuja normatização tem previsão no artigo 1º, inciso III da Carta Magna.

Afirma-se na doutrina que por se tratar de um princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana se constitui em base a toda interpretação do ordenamento jurídico.

De primeiro, é preciso esclarecer que se tem como idéia de princípio a estrutura de um sistema de ideais, pensamentos ou normas, os quais estão sempre subordinados a uma idéia mestra, devendo por esta sempre serem conduzidos.

No âmbito da ciência jurídica, Nunes (2002, p.37) explica com clareza o significado do termo “princípio”.

[...] princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos horizontes do

sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Assim, o princípio tem a função de conduzir as normas jurídicas significando dizer que nenhuma interpretação será havida por jurídica se atritar com um princípio constitucional.

Por conseguinte, os princípios são as regras mestras dentro do sistema positivo, cabendo ao interprete identificar as estruturas básicas, os fundamentos, os alicerces desse sistema.

Partindo desse entendimento, passa-se a análise do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio maior para interpretação de todos os direitos e garantias conferidas às pessoas no Texto Constitucional.

A doutrina moderna tem apontado a dignidade da pessoa humana como fundamento de todo o sistema constitucional. No entanto, ao procurar definir o conceito de dignidade, de forma geral entende tratar-se de uma tarefa difícil, afirmando ser relevante apontar o conteúdo semântico, sem que faça dele um conceito variável em função de momentos históricos.

Destarte, cumpre para um melhor entendimento mencionar as atrocidades já vivenciadas e sofridas pelo ser humano no decorrer da história, como forma de se chegar a um entendimento do que venha a ser dignidade.

Segundo a doutrina em vários períodos da história, em nome de um bem maior, pessoas de várias classes e estamentos foram queimados na fogueira. Em favor da existência de uma única religião, torturas e mais mortes foram praticadas.

A dignidade é uma característica inata e inerente à pessoa e deve respeitada por todos que a cercam. O respeito à dignidade da pessoa humana significa respeitar a sua liberdade, sua imagem sua intimidade, sua consciência religiosa, científica e espiritual.

Assim, a dignidade da pessoa humana reside em sua superioridade racional, portanto, o simples fato de existir confere ao indivíduo o direito à sua dignidade como pessoa.

Em decorrência disso, é vedado a utilização de qualquer discriminação contra o ser humano, seja de ordem social, intelectual, saúde mental ou crença religiosa.

Do exposto, chega-se a conclusão que o desrespeito a vida e a integridade física e moral do ser humano, onde não se observa as condições mínimas para uma existência digna, de forma a assegurar-lhe o direito à liberdade, a igualdade, enfim os direitos fundamentais, não haverá dignidade humana.

Dada a relevância do princípio aqui analisado, cabe conhecer a concepção da dignidade humana também nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2002, pg. 62):

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

Cumpra a seguir demonstrar a aplicação desse princípio no ordenamento jurídico.

### **7.3.1 Da aplicação concreta do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana é um verdadeiro supraprincípio que norteia todos os demais princípios constitucionais e infraconstitucionais, motivo pelo qual não pode sob qualquer pretexto ser ignorado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação das normas jurídicas.

Tal esforço mostra-se necessário a fim de que a dignidade não se torne um valor abstrato de difícil aplicação, posto que se trata de um princípio pleno e em vigor, devendo ser levado em conta, em toda e qualquer situação.

Com efeito, constata-se que a dignidade da pessoa humana encontra previsão expressa no texto constitucional vigente, podendo ser encontrada nos artigos, 1º, inciso II e 227, caput, bem como em outros capítulos da lei fundamental, artigo 170 caput.

Esta previsão também encontra amparo no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), que nos termos do artigo 15 assevera o direito à dignidade do menor, e faz especial menção à condição de pessoas humanas em processo de desenvolvimento.

Reza o artigo 227 da Constituição Federal:

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

Diante do exposto, pode se concluir que os deveres paternos associados ao princípio da dignidade da pessoa humana são alicerces indispensáveis à edificação da família, de maneira a torná-la efetivamente como “base da sociedade” em consonância ao definido no texto constitucional, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” (Art. 226 da Constituição Federal).

Entretanto, ressalte-se que promover a dignidade humana é antes de qualquer coisa acolher o filho no seio da família envolvendo-o com carinho, afeto, e amor, sentimentos indispensáveis a vida humana.

É nesse espírito de afeto tão necessário ao filho que se deve sustentar a relação paterno-filial. Privar a pessoa dessa necessidade, é reduzi-la à condição de objeto de direito, e privar-lhe de uma condição digna, violando assim o princípio da dignidade da pessoa humana.

Compartilhando desse ponto de vista, é a lição de Cleber Affonso Angeluci (2006, p. 3):

É na família, como esteio desse despertar, onde o encontro consigo e com o outro ocorre primeiramente, que se pode plantar as esperanças para a implementação de melhor aplicação do direito e da justiça. Daí a relevância desse primeiro grupo coletivo na vida de toda pessoa. Na família o encontro social surge mesclado, desde os primeiros dias de vida, pelo sentimento do amor. O combustível de ligação e união que ampara, protege e mantém agrupados os membros da instituição familiar e auxilia no aperfeiçoamento humano e construção da gênese da dignidade individual e do outro, por isso, seu valor, inclusive para os agentes do direito que estudam as relações da família.

A propósito da matéria, e de certo modo conforme o aqui sustentado, há que se considerar ainda como norma regulamentadora dos princípios fundamentais a previsão contida no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal que assim estabelece: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Com base nesta regra torna-se inquestionável o desdobramento do princípio da dignidade humana, presentes em outros dispositivos como pode ser avaliado no tópico a seguir.

#### **7.4 Demais Proteções Legais Relacionadas ao Afeto Paterno-Filial**

Associando-se ao princípio da dignidade humana e aos deveres que compõem o poder familiar, identificam-se outros artigos que fixam o direito do filho ao afeto.

Nesse enfoque a própria Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990, inserida no ordenamento brasileiro por conta do art. 5º, § 2º da Constituição Federal, dispõe em seu preâmbulo o seguinte enunciado: “reconhecendo que a criança para o seu desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade, deve crescer em um ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão.” (grifo nosso)

Outra forma de proteção pode ser verificada com a leitura do artigo 71 da referida convenção: “a criança será registrada imediatamente após o seu

nascimento e terá, desde o seu nascimento, direito a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, direito de conhecer seus pais e ser cuidada por eles.” (grifo nosso)

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

Seguindo essa mesma linha, o ECA garantiu a toda criança e a todo adolescente o direito a convivência familiar, ou seja, ser criado e educado no seio da família.

No que tange ao direito da criança, verifica-se que para o seu desenvolvimento não basta apenas suprir as suas necessidades materiais e sim cercá-la também de amparo afetivo, de cuidados paternos que lhe proporcione o seu perfeito desenvolvimento mental, espiritual, social e moral.

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

Segundo o disposto em seu artigo 3º, ao proclamar a abrangência dos direitos fundamentais da pessoa humana à criança e ao adolescente, em conformidade ao já disposto na Constituição Federal reafirma os direitos e cuida de que tenham, no caso da criança e do adolescente, uma aplicação amoldada à condição da pessoa em desenvolvimento.

É incontestável que a grande meta do legislador foi propiciar ao menor ser entendido como pessoa humana composto de desenvolvimento mental, espiritual e social. Demais disso, “uma sociedade será justa no momento em que oportunizar a todas as suas crianças e aos seus adolescentes essas condições de desenvolvimento íntegro, nas diferentes dimensões fundamentais do ser humano.” (ECA, 2002, p.21).

Por último, cabe transcrever a disposição normativa prevista no artigo 98 do ECA, por implicar também na responsabilidade paterna, quando do descumprimento dos deveres relativos à filiação:

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

[...]

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

Calha transcrever, nesse ponto, a seguinte manifestação de Silva (2004, p.140):

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

Assim, constata-se que a Constituição Federal de 1988 assevera que a base da família deve centrar-se na dignidade da pessoa humana, na solidariedade social, assumindo destaque a relação paterno-filial, que dentro da doutrina de proteção integral à criança e ao adolescente, proibiu qualquer discriminação entre os filhos.

A legislação, tal como a sociedade é conhecedora de que o papel do pai não deve se limitar ao de reprodutor de filho, mas sim ao compromisso de uma paternidade responsável, permitindo ao filho o direito de conhecer, amar e ser amado, de ser instruído, de aprender valores morais, sociais, e tantas outras tarefas que só um pai pode executar .

De acordo com esse pensamento, salienta Nelsina Elizena Damo Comel (2000, 85): “o exercício e o reconhecimento da autoridade paterna tem um caminho, a comunicação, que não é outra coisa senão a participação de uma vida em comum: tratar-se, compreender-se, querer-se.”

Feitas essas breves considerações sobre outros dispositivos legais relacionados ao tema, passa-se a examinar.

## **8 A AUSÊNCIA DO AFETO PATERNO-FILIAL COMO FATO GERADOR DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL**

### **8.1 O Afeto como Novo Elo da Estrutura Familiar**

Por razões de ordem cultural, social, política e ideológica, a família mudou e em acompanhamento a essas mudanças, o ordenamento jurídico, com fundamento no artigo 226 da Constituição Federal conferiu proteção especial à família instituindo-a como base da sociedade.

De primeiro, cumpre salientar que a sustentação da base familiar não se limita apenas ao elo biológico, mas também ao afeto. A afetividade, traduzida no respeito, na solidariedade, no tratamento igualitário, tem sido uma das maiores características da família atual.

Conforme se depreende da Constituição Federal de 1988, a família deve alicerçar-se com base na dignidade da pessoa humana e dessa forma, tem se destacado especial proteção às relações materno e paterno-filiais, como a proibição da discriminação entre os filhos, a previsão da paternidade sócio-afetiva, conferindo aos filhos a condição de sujeitos de direito.

Associado a essa concepção, cabe tanto a mãe como ao pai cuidar do filho não apenas com alimentos que sustentam o corpo, mas cuidar também da alma, da moral e da psique. Nisto reside às prerrogativas do poder familiar e principalmente o amparo aos filhos.

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

Nesse contexto surge uma questão que, provavelmente no passado não havia sido motivo de discussão, mas que atualmente não pode ficar restrito à

esfera familiar, posto parecer que a solução só será possível com a intervenção do Poder Judiciário.

Tal questão tratada no presente tema coloca em análise o cabimento de indenização por danos morais pela ausência do afeto materno e paterno-filial, e por conta disso se instalou no meio jurídico e social a discussão acerca das obrigações e deveres dos pais com relação aos filhos, tanto no âmbito da sociedade conjugal, quanto após seu desfazimento.

Prosseguindo então, no percurso de tal reflexão, é mister, primeiramente, registrar que a obrigação de indenizar pela ausência do afeto dos pais, encontram seus elementos de configuração na funcionalização das entidades familiares, que devem estar direcionada à dignidade de seus membros e em especial a pessoa dos filhos.

Nessa perspectiva cabe analisar os elementos clássicos da responsabilidade civil no tocante à relação materna e paterno-filial.

## **8.2 Pressupostos do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo**

Primeiramente, é inegável que a ausência do afeto materno e paterno-filial pode causar um dano de ordem moral na vida do filho, dano esse que macula o ser humano enquanto pessoa dotada de personalidade, sendo certo que essa personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar.

Embora parte da doutrina reconheça a inquestionável concretização do dano, face à ausência do afeto paternal, ainda lhe causa interrogação o pressuposto do nexo de causalidade entre a conduta do pai e o conseqüente dano ao filho.

Para esses doutrinadores não estaria presente o nexo de causalidade, justamente pelo fato de que o afeto não está disposto expressamente no ordenamento jurídico, como um dever do pai, razão pela qual não assistiria a este o dever legal de cumpri-lo, sob alegação de falta de um dos pressupostos da responsabilidade civil, ou seja, do nexo de causalidade.

Segundo parte da doutrina, impor aos pais o dever de afeto infringiria o princípio da legalidade estabelecida no artigo 5º, inciso 2º da Constituição Federal que dispôs que ninguém estará obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

Partindo dessa concepção, a conduta do pai, como um dos pressupostos da responsabilidade civil estaria ausente e, conseqüentemente inexistiria o dever de indenizar.

Embora exista esse posicionamento, o que se propõe como suporte de sustentação jurídica à referida questão, é um exame dos princípios constitucionais contidos na Carta Magna de 1988.

Cabe de primeiro mencionar que o Estado, avocando para si a tutela dos bens de valor jurídico, cuidou de regular a vida em sociedade por meio de regras, cujo cumprimento a todos estaria obrigado, como pressuposto necessário para a convivência em sociedade.

A obrigação dessas regras deve ter como base os princípios fundamentais que regem um Estado Democrático de Direito, em obediência ao preceito contido no artigo 1º da Constituição Federal a que dispõe “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”.

Ressalta-se, ainda, que o artigo supracitado estabelece como um dos princípios fundamentais o da dignidade da pessoa humana, conforme disposto no seu inciso III.

Analisando o dispositivo e o referido inciso, depreende-se que toda e qualquer regra deve obediência a esse princípio, que tem por finalidade garantir a devida proteção à pessoa humana, centro de referência da ordem jurídica, e, por conseguinte, valorar atributos que lhes são inerentes e refletem em sua vida espiritual e moral.

Tais atributos referem-se à integridade física, moral, intelectual, do ser humano, sua liberdade, bem como tudo aquilo que lhe é necessário para se auto realizar como pessoa.

Portanto, é em prol da dignidade da pessoa humana, base de sustentação dos direitos humanos, que se pode conferir a afetividade como um novo valor jurídico e, por conseguinte, o afeto materno e paterno como bem jurídico a ser tutelado, posto que tem se reconhecido que a ausência deste pode acarretar danos que lesionam a sua integridade psíquica das pessoas causando-lhes constante sofrimento .

Calha, nesse ponto, transcrever a repercussão da ausência do afeto dos pais na manifestação do psicanalista Sérgio Nick: (2005, p1):

Os filhos abandonados total ou parcialmente pelo pai tem dificuldade de lidar com sentimentos gerados por este abandono, o que vai trazer conseqüências imprevisíveis. Estas crianças apresentam um núcleo depressivo que pode leva-las a sentimentos de baixa auto- estima, de não serem merecedoras de amor. Além de gerar sentimentos de ódio e de inveja.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal, ao conferir determinada proteção ao individuo, o coloca em condições de sujeito de direitos, assegurando-lhe inclusive, a apreciação do Poder Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça a esses direitos, conforme previsão expressa no artigo 5º, inciso XXXV mencionado na referida Carta. Daí, porque, os direitos da personalidade, enquanto atributos jurídicos estão devidamente protegidos.

Destarte, embora o afeto materno e paterno-filial não esteja expressamente estabelecido dentre as obrigações da figura materna e paterna, conclui-se do aqui exposto, que implicitamente é possível reconhecer sua obrigação em corolário ao princípio da dignidade da pessoa humana, tornando, portanto um dever a ser cumprido em obediência a um preceito constitucional.

Nessa linha de raciocínio o fundamento da responsabilidade civil com base na conduta, se assenta na omissão dos pais que privam os filhos de afeto, acarretando-lhe danos de difícil reparação, violando, em conseqüência, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O retrato dessa violação pode ainda estar presente na vida de milhões de crianças espalhadas pelo Brasil que se tivessem recebido o afeto de seus pais,

certamente não estariam na prostituição, nas drogas, ora sendo vítimas da violência, ora sendo sujeito ativos dessa.

Com base nessas conseqüências nefastas e prejudiciais instala-se o nexo de causalidade.

Já, para a configuração do elemento “culpa” como pressuposto de indenizar, se faz necessária a comprovação de que o agente, de forma culposa tenha se omitido em seu dever de prestar afeto ao filho, se negado a participar do desenvolvimento de sua personalidade.

Nessa vertente da relação materno e paterno-filial em conjugação com a responsabilidade civil, há o viés naturalmente jurídico de buscar-se indenização por danos morais em face dos prejuízos causados pelos pais, por força da conduta imprópria quando nega ao filho o amparo afetivo.

O fundamento dessa interpretação reside no fato de que o Código Civil estabelece que, aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo, conforme disposição expressa no artigo 927 que deve ser conjugado em consonância com o artigo 186 do mesmo diploma legal.

Por seu turno, o artigo 168 do Código Civil estabelece que; “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito a outrem ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Conclui-se que, presentes os pressupostos estabelecidos nos referidos artigos assiste ao prejudicado o direito a ser indenizados pelos danos sofridos.

Outro fundamento para o dever de indenizar pela ausência do afeto materno e paterno-filial, baseado na violação à dignidade da pessoa humana, encontra-se presente no artigo 227 da Carta Magna de 1988, ao dispor o legislador constituinte que:

Art.227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar às crianças e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à saúde, á educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-las a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso).

Da interpretação desse dispositivo é incontestável o dever de proteção à criança, não só pela família, pela sociedade, como também pelo Estado. Dentre as formas de proteção estabelecida no referido artigo, destaca-se a obrigatoriedade de resguardar a criança da violência.

É pacífico que na doutrina moderna o termo violência não se restringe apenas a lesões que causem a dor física do indivíduo, mas abrangem também e principalmente aquela que lesiona o íntimo das pessoas, causando-lhe sentimentos de profunda tristeza, magoando seus mais sublimes valores como ser humano, conseqüentemente violando a sua própria dignidade.

Destarte, “o mais grave é mesmo o abandono psíquico e afetivo, a não presença do pai no exercício de suas funções paternas” ( CUNHA, 1999, p.1).

Nessa linha de raciocínio, ganha relevância a ausência do afeto materno e paterno-filial como fato gerador da indenização por dano moral, posto que assegurado o direito constitucional à dignidade, implicitamente está assegurada a proteção aos valores íntimos que integram o campo psíquico da pessoa, que em sendo violados, não se são reparados pela via da indenização por danos morais.

A pretensão da indenização por danos que violam a dignidade pode ainda encontrar fundamento no disposto no § 4º do artigo 227 da Constituição Federal ao dispor que: “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” (grifo nosso).

Como mencionado anteriormente, a interpretação do termo “violência”, no referido dispositivo, deve abranger, tanto o aspecto físico, como moral, pois nisto reside a proteção integral destinada à criança, em conformidade a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Considerando que a ausência de afeto materno e paterno-filial implica numa forma de violência moral à criança, entende-se cabível, como forma de punição, a indenização pela reparação dos danos decorrentes da omissão do afeto materno e paterno.

## 9 CONCLUSÃO

A contextualização da família contemporânea mostra-se com uma nova concepção, pois deixou de ser edificada numa família hierarquizada, onde o pai acumulava a função de sacerdote, juiz e chefe político.

Embora a família tenha passado por essas transformações no decorrer da história, permanece como condição de humanização e socialização das pessoas.

Nas relações familiares reguladas pelo Código Civil de 1916, era notável a preocupação do legislador com os aspectos patrimoniais que envolviam essa relação, sem demonstrar maior interesse no tocante aos direitos inerentes às pessoas enquanto seres humanos.

Entretanto, as evoluções ocorridas na sociedade retratavam que os regramentos do Código Civil de 1916 já não condiziam com a realidade social.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, dentre as diversas novidades trazidas pelo constituinte, pode-se destacar o nítido interesse do legislador em estabelecer regras garantidoras de proteção à pessoa humana e em especial aos integrantes da família, objetivando o bem-estar de seus membros.

Como mais uma forma de proteção às relações familiares a Carta Magna reconheceu que família não é apenas aquela fundada no matrimônio, mas também aquela constituída pela união estável ou ainda pela união de entes familiares com o fim de formar uma família monoparental, eudomonista, nuclear ou pós nuclear ou unilinear, assim pautando sua formação na idéia de felicidade, amor, carinho e solidariedade, reconhecimento que há muito já era esperado pela sociedade.

Outra regra inovadora consagrada pela Constituição Federal revelou-se através do reconhecimento do tratamento igualitário dos filhos, ficando vedada qualquer discriminação que pudesse ser feita em função de sua origem, o que lhes garantiu proteção jurídica, independente da família em que sejam concebidos.

Decorrentes dessas transformações, a família assumiu um novo papel dentro da sociedade, circunstância em que seus membros deixaram de ser tratados com desigualdade e passaram a ser considerados o centro dessa relação.

Além disso, a família foi instituída pelo legislador constituinte como base da sociedade, podendo se afirmar que aquela deverá figurar como o alicerce de sustentação desta.

Com fundamento nessas proteções, o Código Civil de 2002 também disciplinou as relações familiares conferindo aos pais direitos e deveres com relação aos seus filhos, através do instituto do Poder Familiar que, ao contrário do que possa parecer, traduz-se muito mais em deveres do que poderes.

Nessa perspectiva, o pai não é mais visto como mero mantenedor do lar, mas, como um indivíduo que possui uma função de extrema relevância dentro da família, a qual deve se pautada no afeto para permitir que os filhos desenvolvam-se num lar em que o amor e o respeito entre pais e filhos sejam recíprocos.

Nessa ótica, o cumprimento dos deveres materno e paterno ganha uma nova dimensão, e o afeto dos pais passa a ser reconhecido com um elemento necessário e indispensável para o desenvolvimento saudável do filho, e sua ausência pode inclusive ocasionar danos irreparáveis na vida do filho.

É com fundamento nos danos decorrentes da ausência do afeto paterno-filial que tem chegado ao judiciário demandas pleiteando a indenização por dano moral, gerando assim polêmicas em torno da questão.

Uma das principais polêmicas reside na afirmação de que o afeto não é um dever, uma vez que nem o legislador constituinte, nem o legislador infraconstitucional o estabeleceram expressamente como tal.

Porém, para uma parte da doutrina esse argumento cai por terra, levando em consideração que o direito ao afeto paterno-filial está implícito no ordenamento jurídico, cuja leitura deve ser feita em consonância com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, especificamente com relação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Esses doutrinadores entendem que indubitavelmente o Princípio da Dignidade Humana alterou os valores pregados pelo direito, posto que a Carta

Magna além de consagrar a dignidade como um direito inerente a todos os seres humanos e especialmente às crianças, ainda o instituiu como um dos princípios fundamentais da República.

Decorrente desse princípio constitucional a doutrina é categórica em afirmar que a dignidade passou a ser considerada como fundamento maior e dela devem decorrer todas as normas que disciplinam o ordenamento jurídico.

É a partir desse entendimento que deverá o interprete do direito buscar solucionar os conflitos sociais colocados sob a análise do Poder Judiciário, de maneira a assegurar ao ser humano, o seu mais importante e absoluto direito: sua dignidade.

Nessa trilha de raciocínio, poderá o operador do direito fundamentar o acolhimento do pedido de indenização por dano moral face à ausência do afeto paterno-filial com base no artigo 5º, inciso X da CF que estabelece que são invioláveis a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Essa forma de tutela revela que o estabelecimento do instituto do dano moral adotado pelo ordenamento jurídico mostra-se como um dos instrumentos capazes de tornar efetivo uma gama de direitos tutelados à pessoa humana, a ponto de se considerar que sem a sanção cominada pelo dano moral, a garantia de tais direitos estariam prejudicados.

A doutrina trouxe nova fundamentação para o cabimento da indenização por dano moral decorrente da ausência do afeto paterno-filial, ao entender que os danos advindos dessa ausência demonstram uma conduta culposa do pai, que se configura num ato ilícito, com fulcro no artigo 186 do Código Civil, o que autoriza o dever de indenizar.

Embora parte da doutrina reconheça que este seja um dos fundamentos para o cabimento da indenização por dano moral, ainda questiona-se a falta de previsão expressa para que afeto seja considerado um dever legal.

Diante desse fato indaga-se como proteger esse tipo de relação mediante a falta de lei específica. Tal indagação, no entanto, encontra resposta numa cláusula geral de proteção à tutela da pessoa humana, denominado de

princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente no texto constitucional.

Com fundamento nesse princípio pode se dizer que nenhuma forma de ofensa à pessoa humana deixará de ser amparada, uma vez que é por essa norma maior que deverá se assentar toda e qualquer regra prevista no ordenamento jurídico.

Assim, pode se afirmar que o cabimento da indenização por dano moral decorrente da ausência do afeto paterno-filial, apesar de não encontrar norma expressa sobre o assunto, está devidamente fundamentado no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que nessa situação os danos advindos da falta de afeto paterno-filial demonstra que foi violado o direito à dignidade do menor.

Cumprido ressaltar que a dignidade do menor além de encontrar fundamento no texto constitucional, também foi tutelada por normas infraconstitucionais que também adotaram a doutrina integral de proteção à criança, cuja finalidade consiste em salvaguardar o melhor interesse da criança.

Do exposto, é possível tecer as seguintes considerações:

- Podemos observar que desde os primórdios da civilização, busca-se solucionar os conflitos referentes ao relacionamento humano, objetivando uma convivência pacífica entre os indivíduos.

No entanto, para o alcance desse objetivo é mister que nas transformações e na conseqüente evolução da sociedade o direito seja capaz de identificar e prestar a devida tutela às necessidades de seus indivíduos, que se manifestam de acordo com a realidade vivida por cada um.

Atualmente, não há como desconsiderar que o afeto seja uma necessidade indispensável na vida do ser humano, posto que este tem o poder de estabelecer nas relações pessoais, vínculos de solidariedade, respeito, compreensão e amor acima de tudo.

E não é diferente quando pensamos no afeto paterno-filial, ao sabermos que a ausência desse afeto pode trazer danos irreparáveis na vida de uma criança.

O que podemos observar na atitude dos pais que, pouco se importam em oferecer carinho e amor aos seus filhos, é que estes, independentes do motivo que os levam a agir dessa forma, não passam de meros reprodutores que exercem sua liberdade sem nenhuma responsabilidade.

Nesse contexto, considero ser cabível a indenização por danos morais face à ausência do afeto paterno-filial, levando em consideração que o grande número de regras previstas no ordenamento jurídico, expressas ou implícitas, tem como finalidade tornar possível não apenas viver, mas também conviver em sociedade.

O direito deve ainda, acolher o pedido de indenização por dano moral face à ausência do afeto paterno-filial, com o intuito de não se permitir que os pais continuem a colocar filhos no mundo, sem sequer refletirem sobre os seus principais deveres.

Portanto, o acolhimento de tais indenizações pode se mostrar como uma oportunidade para as pessoas refletirem sobre a importância da paternidade, da maternidade, do amor e principalmente do sexo responsável.

Por fim, cumpre ressaltar que a escolha do presente tema recaiu sobre a figura paterna, devido a pouca exploração dada ao estudo dessa função no desenvolvimento da criança e do adolescente, talvez até em virtude a um legado histórico marcado pela distância afetiva que separava pais e filhos, onde se acreditava que ao pai caberia apenas o papel de provedor do lar.

Portanto, embora não tenha sido mencionado a questão da ausência do afeto materno-filial, as mesmas considerações feitas com relação à ausência do afeto paterno-filial também devem ser levadas em conta, quando a ausência do afeto recair sobre a figura materna, haja vista que a responsabilidade na criação e educação dos filhos são deveres impostos tanto ao pai quanto a mãe, sem qualquer distinção.

## BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Dano moral à pessoa e sua valoração**. 1.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Amor tem preço?. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 4, n. 178. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1283>> Acesso em 23 jul. 2007.

BAHENA, Marcos. **Investigação de paternidade**. Leme: Imperium, 2006.

BARROS, Fernanda Otoni de. **Do direito do pai**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**: posse de estado de filho: paternidade sócioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOSCARO, Marcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 1 v.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. Curitiba: Juruá, 2003.

CARBONE, Angelo. Abandono afetivo: Justiça não pode obrigar o pai a amar o filho. **Revista Consultor Jurídico**, s.l., 25 dez. 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/40508,1>>. Acesso em 24 jul. 2007.

CEMIR, Campêlo. Pai que conheceu a filha com 15 anos quer indenização. **Pailegal.net**, s.l., 2001. Disponível em: <<http://www.pailegal.com.br/chicus.asp?rvtextoid=-2026183408>>. Acesso em 24 jul. 2007.

CEMIR, Campêlo. Alegação de abandono afetivo não enseja indenização por dano moral. **Pailegal.net**, s.l., [2003]. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvtextoid=1134265357>>. Acesso em 24 jul. 2007.

CEMIR, Campêlo. Pai é condenado a indenizar filho por abandono. **Pailegal.net**, s.l., 11 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvtextoid=901029589>>. Acesso em 23 jul. 2007.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CIA, Fabiana; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque; AIELLO, Ana Lúcia Rossito. Influências paternas no desenvolvimento infantil : revisão da literatura. **Psicologia Escolar e Educacional**, Campinas, v. 9, n. 2, 2005. Disponível em: <[http://pepsic.bvs-psi.org.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-85572005000200005&lng=es&nrm=iso](http://pepsic.bvs-psi.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-85572005000200005&lng=es&nrm=iso)>. Acesso em 30 jul. 2007.

COMEL, Nelsina Elizena Damo. **Paternidade responsável**: o papel do pai na sociedade brasileira e na educação familiar. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999-2001.

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: 1., 1997 out. 25-10, BELO HORIZONTE, MG. **Repensando o direito de família** : anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 1999.

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4. 2003. Belo Horizonte, MG. **Afeto, ética, família e o novo Código civil brasileiro** : anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em Belo Horizonte, de 24 a 27 de setembro de 2003. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família: Del Rey, 2004.

DANTAS, Cristina; JABLONSKI, Bernardo; FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. Paternidade : considerações sobre a relação pais-filhos após a separação conjugal. **Universidade de São Paulo**, [2004]. Disponível em: <<http://sites.ffclrp.usp.br/paideia/artigos/29/09.htm>>. Acesso em 30 jul. 2007.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral** : como chegar até ele : teoria e prática. Leme, SP: J. H. Mizuno, 2003.

DIAS, Maria Luiza. **Vivendo em família** : relações de afeto e conflito. São Paulo: Moderna, 1992.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed., rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1989-1993. v. 2, 5, 6, 7

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** : direito de família. 20. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5

\_\_\_\_\_. **Direito de família e o novo código civil**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DURIGAN, Paulo. **Danos morais de pai por abandono afetivo de filho. A Priori**, s.l., 30 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.apriori.com.br/cgi/for/viewtopic.php?p=1097>>. Acesso em 24 jul. 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais** : elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ESTATUTO da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

\_\_\_\_\_. **Da paternidade** : relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao novo código civil** : do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco (arts. 1.591 a 1.638). Rio de Janeiro: Forense, 2003-2005.

FARIA JUNIOR, Adolpho Paiva. **Reparação civil do dano moral**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FRAGA, Thelma. **A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto**. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

GONÇALVES, F.D.M. Comentários sobre o Regime Diferenciado e a Progressão “automática”. **Revista Autor**, São Paulo, set. 2006, Seção Direito. Disponível em: <<http://www.revistaautor.com.br/>>. Acesso em 18 jul. 2006.

Grupo Espírita Bezerra de Menezes. A importância do afeto. **Portal do espírito**, São José do Rio Preto, [200-?]. Disponível em: <<http://www.espirito.org.br/portal/cursos/gestante-03.html>>. Acesso em 5 ago. 2007.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Passado, presente ou futuro? A mediação interdisciplinar como tuteladora da afetividade e personalidade no Direito de Família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5865>>. Acesso em 27 jul. 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4192>>. Acesso em 5 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. **Advocacia Pasold e Associados S/S**, Florianópolis, 23 jul. 2005. Disponível em <[http://advocaciapasold.com.br/artigos/os\\_contornos\\_juridicos\\_da\\_responsabilidade\\_afetiva.doc](http://advocaciapasold.com.br/artigos/os_contornos_juridicos_da_responsabilidade_afetiva.doc)>. Acesso em 27 jul. 2007.

\_\_\_\_\_. Direito ao pai: dano decorrente de abandono afetivo na relação paterno-filial. **Intelligentia Jurídica**, Recife, ano 4, n. 64, out. 2006. Disponível em: <[http://www.intelligentiajuridica.com.br/v3/artigo\\_visualizar.php?id=918](http://www.intelligentiajuridica.com.br/v3/artigo_visualizar.php?id=918)>. Acesso em 5 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. **IBDFAM**, Belo Horizonte, 23 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=308>>. Acesso em 23 jul. 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Dano moral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, Grandes temas da atualidade 2, 2002.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado** : direito de família. Relações de parentesco. Direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693 . São Paulo: Atlas, 2003. v.16

MACHADO, Jânio de Souza. **O dano moral pela violação ao direito à privacidade** : o mercosul e os direitos humanos. Ijuí: UNIJUÍ, Coleção direito, política e cidadania, 2003.

MARTINEZ, Nelson Zicavo. Papel da paternidade e a padrectomia pós-divórcio. **Pailegal.net**, Chile, 30 ago. 1999. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/psicologia/padrectomiapadrectomia.asp>>. Acesso em 30 jul. 2007.

MELO, Nehemias Domingos de. Abandono moral. Fundamentos da responsabilidade civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 583, 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6247>>. Acesso em 24 jul. 2007.

MELO, Edson Teixeira de. Princípios constitucionais do Direito de Família . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1213, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9093>>. Acesso em: 14 maio 2007.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NICK, Sérgio. Danos provocados pela ausência do pai. **Pailegal.net**, Recife, 26 set. 1999. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvtextoid=944186939>>. Acesso em 23 jul. 2007.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói** : o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

NUNES, Rizzatto. **O dano moral e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana** : doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Heloisa Prado. **Imagem do menor e o dano moral** : uma visão luso-brasileira. Dracena: Reges, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11. ed., rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997-2003. v. 5, 6

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Nem só de pão vive o homem - Opinião ao CADERNO PENSAR DO JORNAL ESTADO DE MINAS 4 fev. 1996. **Escritório de advocacia e consultoria Rodrigo da Cunha Pereira**. Belo Horizonte, [1996]. Disponível em: <<http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos.html>>. Acesso em 3 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Em nome do pai - Opinião ao ESTADO DE MINAS 23 dez. 1996. **Escritório de advocacia e consultoria Rodrigo da Cunha Pereira**. Belo Horizonte, [1997]. Disponível em: < <http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos.html>>. Acesso em 3 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. A verdadeira paternidade - Opinião ao ESTADO DE MINAS 1997. **Escritório de advocacia e consultoria Rodrigo da Cunha Pereira**. Belo Horizonte, [1997]. Disponível em: < <http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos.html>>. Acesso em 3 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Paternidade desbiologizada - Opinião à FOLHA DE SÃO PAULO 18 out. 1997. **Escritório de advocacia e consultoria Rodrigo da Cunha Pereira**. Belo Horizonte, [1997]. Disponível em: < <http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos.html>>. Acesso em 3 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Josué e a imagem do pai - Opinião ao ESTADO DE MINAS 18 maio 1998. **Escritório de advocacia e consultoria Rodrigo da Cunha Pereira**. Belo Horizonte, [1998]. Disponível em: < <http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos.html>>. Acesso em 3 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Pai, porque me abandonaste? **Escritório de advocacia e consultoria Rodrigo da Cunha Pereira**. Belo Horizonte, [1999]. Disponível em: < <http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos.html>>. Acesso em 3 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. As conseqüências da ausência do pai - Opinião ao ESTADO DE MINAS 1 jan. 1999. **Escritório de advocacia e consultoria Rodrigo da Cunha Pereira**. Belo Horizonte, jan. 1999. Disponível em: < <http://www.rodrigodacunha.com.br/reportagens.html>>. Acesso em 3 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. O pai que está na terra - Opinião ao ESTADO DE MINAS 14 ago. 1999. **Escritório de advocacia e consultoria Rodrigo da Cunha Pereira**. Belo Horizonte, [1999]. Disponível em: < <http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos.html>>. Acesso em 3 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Teoria da afetividade : do Brasil para o mundo - Entrevista Boletim do IBDFAM, n. 16, ano 2, Ago./Set. 2002. **Escritório de advocacia e consultoria Rodrigo da Cunha Pereira**. Belo Horizonte, [2002]. Disponível em: < <http://www.rodrigodacunha.com.br/entrevistas.html>>. Acesso em 3 ago. 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, abr./jun. 1999.

SACCHETTO, Karen Kaufmann. A importância do pai. **Guia do bebê UOL**, [s.l.], [200-?]. Disponível em: <[http://guiadobebe.uol.com.br/bb1ano/a\\_importancia\\_do\\_pai.htm](http://guiadobebe.uol.com.br/bb1ano/a_importancia_do_pai.htm)>. Acesso em 5 ago. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHOGOR, Walkiria L. C. Um olhar simbólico sobre a casa lar : veneno e remédio. **Symbolon**, Curitiba, 2003. Disponível em: <<http://www.symbolon.com.br/monografias/veneno-e-remedio.doc>>. Acesso em 5 ago. 2007.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Luis Eduardo Souza e. Responsabilidade Civil por Falta de Afetividade na relação paterno-filial. **Usina das palavras**, Campo Grande, 20 dez. 2005. Disponível em: <[http://www.usinadaspalavras.com/index.html?p=ler\\_texto&txt\\_id=12103&cat=19](http://www.usinadaspalavras.com/index.html?p=ler_texto&txt_id=12103&cat=19)>. Acesso em 5 ago. 2007.

SILVA, Odacy de Brito. **Filhos da justiça**. Leme: Editora de direito, 2000.

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

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. Barueri, SP: Manole, 2003.

TARTUCE, Flávio. Abandono afetivo (paterno-filial) - sentença de São Paulo - foro central da capital. **Flávio Tartuce**, São Paulo, 5 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/verjur.asp?art=174>>. Acesso em 5 ago. 2007.

TEIXEIRA, Antonio Ribeiro de Liz. **Curso de direito civil portuguez** : ou commentario ás instituições do Sr. Paschoal José Mello Freire sobre o mesmo direito. 3. ed. Coimbra: Livraria de J. Augusto Orcel, 1856. 3 v.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TIBA, Içami. **Seja Feliz Meu Filho**. 19ª ed. São Paulo: Editora Gente, 1995.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996. v. 1

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** : direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6

## ANEXOS

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

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

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

### ACÓRDÃO

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

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

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

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

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

Belo Horizonte, 01 de abril de 2004.

**JUIZ UNIAS SILVA**

Relator

## VOTO

O SR. JUIZ UNIAS SILVA:

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

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

Contra-razões às fls. 105-407.

É o relatório necessário.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa concepção, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe "com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, **à dignidade**, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária", além de colocá-la "à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família.

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

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

Até os seis anos de idade, Alexandre Batista Fortes, ora apelante, manteve contato com seu pai de maneira razoavelmente regular. Após o nascimento de sua irmã, a qual

ainda não conhece, fruto de novo relacionamento conjugal de seu pai, este afastou-se definitivamente. Em torno de quinze anos de afastamento, todas as tentativas de aproximação efetivadas pelo apelante restaram-se infrutíferas, não podendo desfrutar da companhia e dedicação de seu pai, já que este não compareceu até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura.

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

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

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

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

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

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

Custas pelo apelado.

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

Vistos.

## I

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

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

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

Vieram os autos conclusos. Relatados. Decido.

## II

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

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

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

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

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

O demandado não contestou; portanto, presume-se que não está ensejando boa educação (amor, carinho, companhia etc.) à filha. A ausência de alimentos poder-se-á suprir mediante execução de alimentos. Os prejuízos à imagem e à honra da autora, embora de difícil reparação e quantificação, podem ser objetos de reparação ao menos parcial. Uma indenização de ordem material não reparará, na totalidade, o mal que a ausência do pai vem causando à filha; no entanto, amenizará a dor desta e, talvez, propiciar-lhe-á condições de buscar auxílio psicológico e confortos outros para compensar a falta do pai. E, quanto ao demandado, o pagamento de valor pecuniário será medida profilática, pois fa-lo-á repensar sua função paterna ou, ao menos, se não quiser assumir o papel de pai que evite ter filhos no futuro.

### III

Face ao exposto, julgo procedente a ação de indenização proposta por Daniela Josefino Afonso contra Daniel Viriato Afonso, forte no art. 330, II, e art.269, I, do Código de Processo Civil, combinados com art. 5º, X, da constituição Federal e o art. 22 da Lei nº

8.069/90 para condenar o demandado ao pagamento de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais), corrigidos e acrescidos de juros moratórios a partir da citação.

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

Transitada em julgado, archive-se com baixa.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

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

MARIO ROMANO MAGGIONI – Juiz de Direito

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

Vistos.

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

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

Houve réplica.

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

Foram ouvidas a autora em depoimento pessoal e cinco testemunhas.

Juntado aos autos o laudo psicológico, sobrevieram pareceres dos assistentes técnicos das partes.

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

È o relatório.

Segue a fundamentação.

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

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

A paternidade provoca o surgimento de deveres. Examinando-se o Código Civil vigente a época dos atos, verifica-se que a lei atribuía aos pais o dever de direção de criação e educação dos filhos, e de tê-los não somente sob sua guarda, mas também sob sua companhia (art.384, I e II). Há, portanto, fundamento estritamente normativo para que se conclua que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia. Além disso, o abandono era previsto como perda do pátrio poder (art. 395, II), sendo cediço que não se pode restringir a figura do abandono apenas à dimensão material. Regras no mesmo sentido estão presentes também no Código Civil vigente(arts. 1634, I e II e 1638, II).

É certo que o Código Civil em vigor explicita ser lícito o exercício exclusivo do agora denominado poder familiar por um dos pais, se não existir casamento (art.1631), a ponto de prever expressamente a perda do direito dos pais de ter os filhos em sua companhia na hipótese de separação judicial (art. 1632). Mas a perda do direito à companhia não é

absoluta, uma vez que o art. 1589 da mesma lei prevê direito de visita, companhia e de fiscalização da manutenção e educação do filho em favor do pai ou da mãe que não detém a guarda.

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

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

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

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

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

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

testemunha, o ré lamentava os problemas que cercavam seu acesso à filha, mas não tomava atitudes concretas para reverter a situação.

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

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

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

A perita constatou também a contraposição das duas figuras paternas existentes na vida da autora. De um lado o réu rejeita a sua condição de pai ao argumento de que o pai é

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

Ademais, a análise da personalidade da autora constatou falta de definição de referenciais e padrões sociais familiares, distorções na expressão de afetos que resultam em explosões afetivas, desorganização interna e instabilidade emocional, comportamentos impulsivos e imprevisíveis, angustias e comportamento social superficial. Verificou-se também na autora ansiedade e percepção de hostilidades do meio para com ela própria. A autora demonstra compreensão incompleta da própria identidade integrada ao seu conjunto de sentimentos, bem como demonstra não ter compreensão adequada de sua rede de significados emocionais. Apresenta comportamento agressivo na tentativa de garantir para si a crença na própria autonomia e força perante o seu grupo social. A autora não tem clareza sobre a sua identidade e tem uma imagem depreciativa de si; usa agressividade como defesa e tem grande necessidade de afeto do meio, para compensar o desenvolvimento insuficiente de sua independência; apresenta-se confusa, dependente e com tendência de manter vínculo simbiótico.

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

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

Nem mesmo o parecer assistente técnica do requerido evidenciou impropriedade do teste psicológico Perita judicial. Ao contrário do que argumenta o requerido, avulta o nexos de causalidade entre o comportamento omissivo do réu e os

problemas de ordem psicológica aprestados pela autora. Por outro lado, nada indica que a alegação de dano moral decorra de mera indução promovida pela mãe da requerente. Não se sustenta nem mesmo à luz da Psicologia a tese de que os demais laços familiares mantidos pela sejam aptos a interferir nas conseqüência da omissão do réu em relação à autora, seria o mesmo que sustentar a irrelevância psicológica da ausência da figura paterna só porque há outras figuras familiares atuantes. Já se assinalou não existir demonstração de que o réu ficou impossibilitado de manter contato da autora por algum fator invencível de responsabilidade de terceiros. O que se evidencia é que o réu se apegou já às primeiras dificuldades como pretextos para justificar seu desinteresse pela autora. Não há, assim, fundamento para se concluir que, a despeito de algum intenção ou esforço do réu, tenha havido boicote ou impedimento invencível ao desempenho pelo requerido de seu dever exercer seu papel de pai da autora. Tampouco se pode acolher a conclusão de que eventuais sentimentos depreciativos hoje vivenciados pela autora em relação ao réu sejam conseqüências de “programação” da mãe da requerente muito menos que não haja justificativa, uma vez que o próprio réu admite ter se esquecido da autora e não se considerar seu pai.

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

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

Não há nos autos fundamentos para o pressuposto adotado pela técnica da ré, de que a mãe da autora sempre dificultou os encontros entre as partes, boicotando sistematicamente o réu. Pelo contrário, a prova testemunhal apresenta um quadro em que

dificuldades, se ocorreram, se deram apenas logo depois da separação dos genitores da autora, com o que a conclusão que exsurge de que afinal o réu abandonou a autora porque quis, a pretexto de que no começo a convivência não foi fácil.

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

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

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

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

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

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

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

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

Não procede o pedido de indenização de gastos com o tratamento psicológico até agora realizado, pois, segundo o depoimento da testemunha E., quem paga o tratamento é pessoa que não integra o pólo ativo da demanda (fls.93/94).

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

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

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

cento) do valor atualizado da parte líquida da condenação, o que já leva em conta a sucumbência da requerente.

P.R.Int.

São Paulo, 5 de junho de 2004.

LUIS FERNADO CIRILLO – Juiz de Direito