

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER

CURSO DE DIREITO



DAYANE BRAZ BRAGA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO MORAL ENTRE PAIS
E FILHOS**

30153
sacri

Tombo nº	15099
Classif.:	
Ex.:	01
Origem:	A
Data:	05/02/2010

RUBIATABA/GOIÁS

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER

CURSO DE DIREITO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

DAYANE BRAZ BRAGA

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO MORAL ENTRE PAIS
E FILHOS**

Monografia apresentada à FACER - Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Sérgio Luís Oliveira dos Santos, Especialista em Direito Privado.

RUBIATABA/GOIÁS

2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

DAYANE BRAZ BRAGA

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO MORAL ENTRE PAIS
E FILHOS**

COMISSÃO JULGADORA


MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: APROVADA

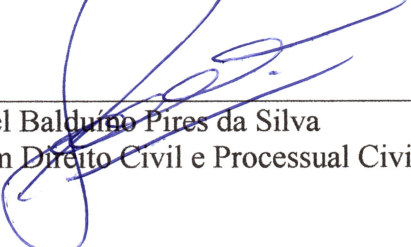
Orientador: _____


Sérgio Luís Oliveira dos Santos
Especialista em Direito Privado

Examinador: _____


Valtecino Eufrásio Leal
Especialista em Direito Constitucional e Processual

Examinador: _____


Samuel Balduino Pires da Silva
Especialista em Direito Civil e Processual Civil

Rubiataba, 2009.

Dedico este primeiramente a Deus, autor de todas as coisas, e que sempre tem me iluminado,

dando forças e sabedoria a cada passo de minha vida.

Dedico também a minha família, em especial aos meus pais José Gonçalves Braga e

Geralda Maria Braz Braga, e meus irmãos Amadeu Neto e Simone por ter

abraçado meu sonho como se deles fossem, pelo amor incondicional, pelo apoio e incentivo a

cada conquista.

*Agradeço primeiramente a todos meus professores, em especial ao meu orientador Sérgio
Luís, que com muita paciência e dedicação tanto me ajudaram na minha formação
profissional.*

*Agradeço também a meus amigos, em especial ao Alvaro, Andrea, Antonielly,
Edivani, Cristina, Ellen, Edson Júnior, Karlla e Marla, os quais proporcionaram os
momentos mais marcantes de minha vida.*

*Agradeço também aos meus familiares, que de uma forma ou de outra contribuíram para a
realização de mais essa conquista.*

*Agradeço por fim a todas as pessoas que acreditaram em mim e ajudaram na concretização
deste sonho.*

*"Há mais coragem em ser justo, parecendo ser injusto, do que ser injusto para salvaguardar as
aparências da justiça"*

Piero Calamandrei

RESUMO: Com a promulgação da Constituição de 1988, surge uma nova família e com ela novas necessidades a serem supridas. Dentre elas, a responsabilidade civil por abandono afetivo dos pais pelos filhos, ou seja, se é possível obrigar um pai que não presta assistência moral ao seu filho a indenizá-lo, se tal abandono lhe causar dano psicológico. Desse modo, conhecendo as consequências do abandono afetivo e detectando as mesmas no caso concreto é possível imputar ao pai uma pena, a indenização.

Palavras-chave: nova-família, relação-paterno-filial, abandono-afetivo, responsabilidade-civil.

ABSTRACT: With the promulgation of the Constitution of 1988, a new family and with it new needs to be met. Among them, the liability for affective abandonment of children for parents, or whether it is possible to compel a father who provides moral support to their child pay you if they neglect to cause psychological harm. Thus, knowing the consequences of early emotional and detectanto the same in this case can be imputed to father a penalty, compensation.

Key words: new family, father-and-branch, early affective, liability, tort indemnity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 FAMÍLIA, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PRINCÍPIOS BÁSICOS.....	14
1.1 Evolução Histórica.....	14
1.2 Princípios relacionados à Família.....	16
1.2.1 Princípio da Solidariedade.....	16
1.2.2 Princípio da Afetividade.....	18
1.3 Fundamentos Jurídico-Constitucionais do Princípio da Afetividade.....	19
1.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	21
2 RESPONSABILIDADE CIVIL E SEU ELEMENTO CONDUTA.....	23
2.1 Evolução Histórica.....	23
2.2 Conceito.....	23
2.3 Espécies de Responsabilidade.....	25
2.3.1 Responsabilidade Subjetiva e a Teoria da Culpa.....	25
2.3.2 Responsabilidade Objetiva e Teoria do Risco.....	26
2.4 Elementos da responsabilidade civil.....	27
2.4.1 Conduta.....	27
2.4.1.1 Condutas geradoras do dano afetivo.....	28
2.4.1.1.1 Abandono.....	32
2.4.1.1.2 Ausência.....	33
2.4.2 Condutas que não geram dano afetivo.....	35
3 DANO, NEXO DE CAUSALIDADE E O ELEMENTO CULPA.....	37
3.1 Dano.....	37
3.2 Espécies de dano.....	37
3.3 Ponderação de Interesses.....	39
3.4 Nexo de causalidade.....	40
3.5 Culpa e Excludentes de Responsabilidade.....	41
4 ABANDONO AFETIVO.....	43
4.1 Decisões favoráveis.....	44
4.2 Decisões desfavoráveis.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50

LISTA DE ABREVIATURAS / SÍMBOLOS

etc. - etcétera

p - página

art - artículo

% - por ciento

§ - párrafo

LISTA DE SIGLAS

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

CP - Código Penal

CF - Constituição Federal

TJMG- Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TAMG – Tribunal de Alçada de Minas Gerais

STJ – Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz um tema novo, bastante polêmico, mas com um conteúdo ímpar. Ao trabalhar responsabilidade civil por abandono moral, iremos perceber o quanto é imprescindível a relação pai e filho para a formação do caráter da criança, vez que a ausência dessa afetividade ou o abandono pode acarretar consequências desastrosas na formação do caráter do mesmo.

A Constituição Federal, ao garantir a dignidade da pessoa humana, trouxe para o Estado o dever de reconhecer a ofensa à integridade física e psíquica dos cidadãos, bem como impor uma reparação em pecúnia quanto ao suposto mal causado. Assim, a discussão se perfaz sobre a forma de normatizar a obrigação moral, tendo como premissa princípios e valores, cujo bem maior a ser protegido é a vida digna, a qual pode e deve ser proporcionada pelos pais aos filhos, tendo que estabelecer um preço pelo desamor.

Diante disso, este trabalho tem como objetivo geral abordar a responsabilidade civil dentro do direito de família, a fim de analisar até onde o dano por culpa do agente, no caso o pai, é capaz de atingir a esfera moral e influenciar na formação do caráter do filho, bem como agredir sua vida digna, em razão do abandono sofrido.

Os objetivos específicos consistem em pesquisar a evolução do direito de família no decorrer da história, bem como conhecer seu conceito atual e os princípios que rege esta instituição moderna, a qual tem por princípio primordial o afeto e ainda estudar a importância de uma relação familiar saudável, para a formação da criança, cidadão do amanhã, e as consequências desastrosas se esta instituição fracassar. Posteriormente, trataremos a responsabilidade civil, analisando cada requisito que a compõe, dando ênfase ao direito de família, conhecendo os direitos solidários que devem pautar as relações entre pais e filhos, bem como a importância incalculável do afeto nessa relação sublime.

Assim iremos ver que, ser pai não é apenas o gesto frio de depositar uma quantia em dinheiro no final do mês, vai muito além disso, é estar presente na vida do filho em todas as fases de sua vida, educando-o, lembrando que educação não abrange somente a escolaridade,

mas a convivência familiar, o afeto, o amor, o carinho, é estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança tanto emocional quanto psicológico.

Neste contexto, o descaso o abandono e a rejeição do pai em relação ao filho, quer seja recém nascido, quer seja em desenvolvimento violam a sua honra, imagem e sua dignidade. Não precisamos de muito esforço para notar que jovens drogados, criminosos, delinquentes em geral, na sua maioria são frutos de lares desajustados, de pais que não lhes dedicaram amor e carinho.

A grande problemática da monografia gerou em torno da questão, se é cabível responsabilidade civil por abandono moral.

O ordenamento jurídico, ou melhor, nossa Lei Maior, ao trazer uma cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana, consagrada em seu art. 1º, inciso III, protege os direitos à personalidade ao estabelecer que sejam invioláveis os direitos à vida, à liberdade e a segurança (art. 5º caput), declarando mais, que são invioláveis à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (art. 5º, inciso X) e que qualquer lesão a esses direitos se assegura o direito de resposta, além da eventual indenização por dano material e moral (art. 5º, inciso V).

Diante disso, o Estado não pode ficar inerte em relação a tal situação, vez que tem em suas mãos base legal para inibir tais condutas. O abandono moral deve ser detectado e conseqüentemente punido, obrigando seus causadores à reparação civil por ter atentado contra a formação de uma pessoa, pior que isso, de um filho, a quem deveria defender com a própria vida.

O tipo de pesquisa utilizada por este trabalho foi à pesquisa bibliográfica, a qual consiste na pesquisa e utilização de doutrinas, jurisprudências, Constituição Federal, Código Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente e material jurídico retirado da internet.

O método utilizado é o dedutivo, que consiste naquele que parte de um conceito geral, e a partir de definições e princípios que lhes são próprios reconhecidos como verdadeiros, de conclusões puramente formais para levar a análise de um campo particular específico. No caso, ao definir o que é família ao longo da história, bem com traçar seus princípios básicos na atualidade, conceituar responsabilidade civil e destrinchar cada um de

seus elementos, chegamos a cada caso concreto, analisando suas peculiaridades e concluindo se o agente causador do dano moral tem ou não o dever de indenizar, de acordo com a extensão desse dano.

O tipo de monografia será de compilação, pois corresponde o pensamento de vários doutrinadores acerca do abandono moral e responsabilidade civil, bem como a comparação e conclusão entre ambos, se os danos decorrentes do primeiro, são passíveis de reparação junto ao segundo.

O presente trabalho primeiramente irá trazer a historicidade da sociedade quanto família, traçando seus conceitos e princípios básicos ao longo de sua evolução histórica, principalmente os princípios dominantes da família contemporânea, que venceu a era patriarcal tendo por fundamento a dignidade da pessoa, com base no afeto. Posteriormente será trabalhado responsabilidade civil, surgimento, evolução histórica, bem como seus elementos fundamentais, conduta, dano e nexos de causalidade aplicando ao tema trabalhado. Por fim, se refletirá sobre a legislação brasileira no que concerne à responsabilidade civil e uma análise crítica com relação aos entendimentos acerca da responsabilidade civil por abandono moral hoje existente na doutrina e na jurisprudência. Para tanto, será utilizado como material de apoio algumas valiosas obras que abrangem tal temática, tanto da área jurídica quanto da área da psicologia. Assim, traremos questões de relevante interesse que, sobremaneira, contribuem para a discussão da responsabilidade civil pelo abandono afetivo. Desta forma, diante dos novos rumos do direito se passará a confrontar questões de absoluto interesse ao mundo do Direito de/da Família.

1 FAMÍLIA, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PRINCÍPIOS BÁSICOS

1.1 Evolução Histórica

A família é uma das instituições que mais sofre alterações ao longo dos tempos. Durante séculos, o conceito de família esteve consubstanciado na noção de casamento, onde a família era uma entidade ampla e hierarquizada, na qual o pai era a figura central (família patriarcal), e tinha a companhia de sua esposa, além de estar rodeado de filhos, genros, noras e netos. A família matrimonial era a única entidade familiar existente e costumava se formar por interesses patrimoniais, políticos ou de procriação, sendo composta por pai, mãe e filhos. Conforme afirma Miranda (*Apud* GRUNWALD 2003, p. 2):

A família era a reunião de pessoas colocadas sob o poder pátrio ou *manus* de um chefe único. A família compreendia, portanto, o *pater familias*, que era o chefe, os descendentes ou não, submetidos ao pátrio poder, e a mulher *in manu*, que se considerava em condição análoga à de filha: *loco filiae*. O *pater familias* e as pessoas sob seu poder eram unidos entre si pelo parentesco civil.

O tempo passa, a sociedade evolui, conseqüentemente a família começa a dar os primeiros passos, onde a figura patriarcal, hierarquizada, enraizada no casamento começa a dar lugar as relações fundadas no afeto.

Aos poucos a família deixa de ser considerada uma instituição que mais tinha de propriedade, de interesses meramente pecuniários do que de família propriamente dita, e passa a ser entendida como uma instituição merecedora da tutela jurídica a fim de cada vez mais tornar-se um ambiente no qual seus integrantes possam se desenvolver plenamente, na qual o individualismo vai dando lugar a cooperação, a igualdade, a solidariedade, ao amor.

Desta feita, a lei passa a identificar a família não mais como uma entidade originada única e exclusivamente do casamento, passando a reconhecer diversas formas de família, inclusive reconhecendo a união estável como entidade familiar.

Como se pode ver num passado não muito distante, a família era indissolúvel e tinha fundamento nos laços de sangue, bem como num patrimônio construído pelos pais. A família era entendida como um conjunto de pessoas e bens, que tinham nome, sangue e patrimônio comum, que era passado de geração a geração.

Mas com o desenvolvimento da sociedade e a vinda dos períodos Renascentista e, principalmente da Revolução Industrial, período este em que a mulher adentrou o mercado de trabalho, a família perdeu o seu poderio que anteriormente tinha. A mulher também passou a contribuir para a vida doméstica e ganhou igualdade jurídica com o seu cônjuge ou companheiro. Os filhos havidos fora do casamento, antes tidos como ilegítimos, agora são iguais aos tidos dentro do matrimônio, tendo igual direito à filiação no registro civil. Fatores esses que contribuíram para a evolução da família, para ela chegar ao atual conceito que conhecemos.

Assim, ao passar por várias transformações, até chegar ao atual conceito que hoje se conhece, eis a família dos dias atuais, a qual é formada das mais variadas formas, onde o papel de pai e mãe é bem relativo, vez que existe família de pais separados, família chefiada por mulher, de irmãos, nuclear, extensa, dentre outras, deixando para traz o modelo familiar patriarcal, bem como os valores morais daquela época, tendo como princípio fundamental a felicidade e a realização pessoal do indivíduo. Nesse sentido, Diniz (2006, p. 17) ressalta:

Com o novo milênio surge a esperança de encontrar soluções adequadas aos problemas surgidos na seara do direito de família, marcados por grandes mudanças e inovações, provocadas pela perigosa inversão de valores, pela liberdade sexual; pela conquista do poder pela mulher, assumindo papel decisivo em vários setores sociais, escolhendo seu próprio caminho; pela proteção dos conviventes; pela desbiologização da paternidade; pela rápida desvinculação dos filhos do poder familiar, etc. Tais alterações foram acolhidas, de modo que a atender à preservação da coesão familiar e dos valores culturais, acompanhando a evolução dos costumes, dando-se à família moderna ou tratamento legal mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole de diálogo entre os cônjuges ou companheiros

Essa nova modalidade de família tem por base a presença do afeto, do carinho, da compreensão, da atenção, do cuidado, do amor, sentimentos esses capazes de dar ensejo a

presença de uma estrutura familiar no verdadeiro sentido da palavra, onde todos se respeitam, ouvem e são ouvidos, independentemente de quem são, e de quantos são os indivíduos envolvidos, superando a figura do patriarca que estava acima do bem e do mal, tendo inclusive o poder de decidir sobre a vida e a morte de seus filhos.

Esse novo conceito de família passou a ser tutelado pela Constituição Federal de 1988, que garantiu a proteção a seus interesses e diferentes formas de constituição e de reconhecimento, bem como trouxe também para o Estado o dever de colocá-la a salvo.

A Carta Magna ao oferecer amparo à família, à criança, aos adolescentes e idosos, consubstanciados entre os artigos 226 e 230, garante direitos inerentes ao ser humano como direitos fundamentais, elevando a dignidade da pessoa humana a fundamento primordial da Lei Maior.

As legislações infraconstitucionais também protegem essa nova família que aos poucos começa a se formar, o Novo Código Civil, como não podia deixar de ser, aderiu a essa nova forma de tutelar a entidade familiar, reconhecendo e regulando questões de suma importância que acabaram por contribuir e ampliar o escopo de direitos e garantias fundamentais. Também não podemos esquecer a importância do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto do Idoso, da Lei do Divórcio, da Investigação de Paternidade, enfim, textos legislativos que inovaram e que possibilitaram um novo olhar sobre as relações de família e do afeto consequentemente.

1.2 Princípios relacionados à Família

1.2.1 Princípio da Solidariedade

O princípio da solidariedade, ao lado do princípio da dignidade humana, constitui núcleo essencial da organização da nova ordem jurídica brasileira. Assim cada vez mais se busca a solidariedade familiar, a qual assegura a convivência familiar baseada no

compartilhamento de afetos e responsabilidades, inclusive sendo definidos em lei os deveres de cada um para com os outros.

Assim, a solidariedade familiar não se resume apenas à patrimonial é também afetiva e psicológica. A solidariedade psicológica é um sentimento recíproco que estabelece um vínculo moral entre as pessoas envolvidas, criando laços de fraternidade, baseados em respeito e considerações mútuas entre os membros. E é assim que as relações de afeto entre pais e filhos devem ser entendidas, superando-se a concepção individualista a fim de cada vez mais fazer se pleno o princípio da dignidade da pessoa humana.

O dever de sustento dos pais em relação aos filhos menores decorre do poder familiar enquanto não atingirem a maioridade civil ou por outra causa determinada pela legislação. Esse dever de sustento era até pouco tempo, apenas o dever de prestação de alimentos, alimentos esses que são prestações pecuniárias, obrigatórias a entes familiares nos termos da Lei, que tem por finalidade atender as necessidades vitais e sociais básicas, de quem não pode provê-las integralmente por si só, seja em decorrência de doença ou dedicação a atividades estudantis, ou de deficiência física ou mental, a fim de evitar que vivam em condições desumanas, de miserabilidade.

Entretanto o presente trabalho propõe trazer uma ampliação desse dever de sustento, ou seja, obrigar o pai não prestar apenas assistência material, mas também moral, como será apresentado logo adiante.

Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação, conforme previsto no o art. 227 da Constituição Federal, *in verbis*:

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

Vale lembrar que a criança que se encontra em uma família desestruturada, tende a necessitar mais a assistência do Estado, o que não é bom, pois é sabido que esta forma de atenção às necessidades sociais não consegue ser efetivamente aplicada devido aos problemas sócio-econômico-culturais que nosso país se encontra. Nas relações familiares o afeto é mais importante que consanguinidade, pois pais são os que criam; que amam; que cuidam; não os que procriam.

Mas, mesmo assim, o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações familiares, consagrando a solidariedade e a afetividade como princípios essenciais da família, que estão inclusive acima dos laços de sangue.

1.2.2 Princípio da Afetividade

No mundo contemporâneo, com a inserção da mulher no mercado de trabalho, os avanços da engenharia genética, os métodos contraceptivos e a ruptura com a era patriarcal, a família deixa de ser uma instituição submissa a reprodução, ao casamento, ao sexo, como já foi exposto anteriormente. Atualmente, não há necessidade de haver casamento, ou mesmo dos filhos serem biológicos, ou ainda, da presença do pai e da mãe para que possa se configurar uma família. Diante dessa pluralidade do conceito de família, esta entidade tem por base o afeto e a felicidade de seus membros.

O afeto deixa de ser um mero sentimento, para tornar-se o novo elemento das relações familiares, sendo a mola propulsora da nova concepção de família, fruto da sociedade moderna, o qual se traduz no desejo de estar junto à outra pessoa ou pessoas, de se fazer presente, de querer bem.

Ser filho é algo mais do que ser geneticamente herdeiro de seu pai, porquanto a figura paterna não pode ter contribuído biologicamente para o nascimento daquele que é seu filho, porém possibilitou que o vínculo fosse construído sobre outras bases, que não genéticas.

Ser pai é muito mais que depositar numa conta uma quantia em dinheiro no final do mês. É ir, além disso, é dividir conversas, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações, é mostrar caminhos, aprender, receber e fornecer informação, é dar afeto, atenção, apoio, abraços, que se mostram necessários no convívio do dia a dia, a fim de proporcionar o perfeito desenvolvimento físico e mental do indivíduo. Aí está o verdadeiro sentido de ser pai.

Acrescenta-se, também, que a dimensão do afeto, como princípio constitucional que é, deve ser julgado tendo por fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que é através desse princípio que a Constituição Federal proporciona a proteção do afeto.

1.3 Fundamentos Jurídico-Constitucionais do Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional, implícito no princípio maior, qual seja a dignidade da pessoa humana. No que diz respeito aos filhos, a evolução dos valores da sociedade levou à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade. Encontra-se na Constituição Federal brasileira três fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do século XX, *in verbis*:

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º).

O modelo atual de família tem por base a prevalência de laços afetivos entre seus integrantes; onde o dever dos pais vai além de arcar com os custos meramente materiais, ou

seja, assumem a educação e a proteção de seus filhos, e isto, independentemente da existência de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles.

A família deve-se assentar no afeto cultivado no dia a dia, alimentado no cuidado recíproco, no companheirismo, cooperação, amizade, cumplicidade. O afeto está presente nas relações familiares, tanto na convivência entre o homem e a mulher, como na relação entre pais e filhos, não necessariamente advindos do imprescindível vínculo biológico, como no passado.

A criança precisa sentir-se protegida, que pertence à sua família, e somente consegue ter essa sensação se dos pais vier essa proteção manifestada através do afeto e de cuidados inerentes entre pais e filhos. Certamente, se tiver suas necessidades adequadamente supridas nos momentos certos viverá melhor seu presente e caminhará para um futuro com grandes possibilidades de ser saudável e feliz.

Essa nova e importante concepção evidencia que a estrutura familiar continua tão importante para a sociedade quanto aquela conceituada no início do século passado, ou melhor, ousaríamos dizer que mais importante do que àquela que tínhamos outrora, pois além de termos superado a figura patriarcal, onde o chefe de família é que era o dono da razão, que estava acima do bem e do mal, o Estado atual se vale do contexto familiar para a promoção de políticas públicas de inclusão social, a partir do momento que considera o afeto e a solidariedade como elementos de caracterização do novo núcleo familiar.

A afinidade é conquistada por meio de uma relação de afeto e solidariedade construída a cada dia, em ambiente de sólida e transparente demonstração de amor entre os envolvidos, pois o que realmente importa é ter vindo ao mundo para ser acolhido como filho no mais verdadeiro sentido da palavra. É esta a sociedade e o futuro humano, digno e solidário que pretendemos deixar aos nossos filhos.

A afetividade vem ganhando tal dimensão que aos poucos está colocando em xeque o estado de filiação, onde se analisa qual seriam mais importantes, os laços de sangue ou, os laços baseados exclusivamente pelo afeto, sendo que a maioria dos tribunais de justiça do país está se adaptando a nova realidade, ou seja, vem decidindo a favor da afetividade por ser de inquestionável finalidade de inclusão social a valorização da criança no que tange a sua

essência como pessoa sujeito de direitos especiais.

Por fim, o afeto difunde-se na sociedade como um fator de solidariedade, o que faz com que a Constituição o ampare como um direito difuso, ou seja, direito do gênero humano. Nessa dimensão, o afeto gera responsabilidade solidária, assumindo compromisso com o gênero humano.

1.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento do nosso ordenamento jurídico, trouxe com ele inúmeros outros, os quais tem por finalidade única garantir condições dignas de sobrevivência do indivíduo, onde o patrimônio, a propriedade, da lugar a valorização da pessoa como sujeito e produto das transformações da sociedade, bem como do próprio meio onde vive.

Então por meio deste princípio, o homem passa a ser o centro da nova ordem jurídica, sendo-lhe assegurado à dignidade humana, princípio esse que abrange toda a importância e amplitude do dano moral.

A dignidade humana é aquilo que é essencialmente comum a todas as pessoas, impondo-se um dever de respeito e intocabilidade, inclusive em face do Poder Público.

A primeira necessidade do ser humano é sentir-se aceito e protegido. A criança, quando nasce, necessita sentir calor humano para que perca o medo e a insegurança que seu nascimento gerou, pois saímos de uma situação protetora, o útero materno, e entramos num mundo novo e desconhecido, cheio de ruídos, cheiros e luz.

O valor essencial à vida em sociedade, em especial da família deve ser resgatado, especialmente por seu conteúdo garantidor da dignidade humana e da igualdade, que no final representa sua própria condição de efetividade. O afeto é apontado atualmente, como um dos principais princípios que rege as relações familiares. Mesmo não constando a palavra afeto no

Texto Maior como um direito fundamental, pode-se dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana, e que está implícito no mesmo.

Quando se invoca os princípios da dignidade humana e da igualdade como elementos essenciais na legitimação do afeto, estamos nos reportando inclusive ao direito transindividual de viver em ambiente saudável e sustentável. Reportamos-nos, portanto, a melhor qualidade de vida inclusive às gerações futuras, partindo-se do pressuposto de uma concepção ampla acerca do que seja essa dignidade, olhando além da postura meramente biológica.

O Estado atual, embasado na Constituição cidadã, como já tido anteriormente tem o dever de assegurar vida digna a todos os cidadãos, garantindo 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 a salvo cada indivíduo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A nova família deve-se pautar por laços e desejos afetivos, como um grupo social onde todos defendem os interesses de um, e um defende os interesses de todos, sendo um lugar onde o ser humano possa se desenvolver plenamente. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos entre os membros da família e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

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

Ao se tomar conhecimento da evolução da família ao longo dos tempos, bem como dos princípios fundamentais que regem esta entidade contemporânea, no próximo capítulo será trabalhado sobre a responsabilidade civil, bem como, se a violação destes princípios consagrados pela Carta Magna pode gerar indenização.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL E SEU ELEMENTO CONDUTA

2.1 Evolução Histórica

A responsabilidade civil surgiu nos tempos primórdios da civilização humana, a qual se fundava na vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor, pela ofensa a um de seus componentes. O instituto evoluiu para uma reação individual, ou seja, passou da vingança coletiva para a privada, onde os homens faziam justiça pelas próprias mãos (Lei de Talião), que é conhecida até hoje pela expressão olho por olho, dente por dente. O poder público, neste caso, intervinha apenas para ditar como e quando a vítima poderia ter o direito de retaliação, ensejando no lesante dano idêntico ao que foi produzido.

Numa segunda etapa surgiu a idéia da composição voluntária, prevalecendo o entendimento de que seria mais racional a reparação do dano por meio da prestação de certa quantia em dinheiro, do que cobrar a pena de Talião. Após essa fase, surgiu a da composição legal, em que o ofensor era punido pelo Estado de modo muito tímido, como a ruptura de um membro, a fratura de um osso, ofensas ordinárias como violências leves, bofetadas, golpes etc. No antigo Direito Romano prevaleceu a noção básica do delito, no qual a vingança privada tornou-se o fator genético que pairava sob a idéia predominante de responsabilidade, não se distanciando, com isso, das civilizações que o precederam.

2.2 Conceito

A palavra responsabilidade originou-se do verbo latino *respondere*¹ que vem a ser o fato de alguém se constituir garantidor de algo. Por sua vez, tal verbo latino teve raízes na palavra *spondeo*², também de origem latina, que era a fórmula pela qual se vinculava, no

¹ A palavra "responsabilidade" tem sua origem no verbo latino "respondere", significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2037>> Acesso em: 01 de jul. 2009.

² Spondeo, ou seja, prometes me dar um cento? Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19913/Responsabilidade%20c%C3%ADvil%20%20Circust>>

direito romano, o devedor aos contratos verbais. Entretanto, nos dias atuais o conceito de responsabilidade civil difere do seu conceito originário, sendo hoje responsabilidade, o dever imposto a alguém que violou um bem protegido por nosso ordenamento jurídico a reparar as consequências dessa violação. Mais ainda, responsabilidade é a obrigação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa, de ressarcir ou reparar danos, em razão de uma conduta positiva ou negativa.

Assim, o cidadão ao violar um bem tutelado pela legislação surge então um ato ilícito, o qual deverá ser punido, punição essa que no direito civil se faz mediante uma imposição de uma prestação pecuniária, seja para reparação ou compensação do dano causado, ou ainda prevenção para que outros cidadãos não venham cometer o mesmo erro.

O atual Código Civil define ato ilícito, art. 186, *in verbis*: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Assim, ao ser praticado um ato ilícito o agente viola direito tutelado por nosso ordenamento jurídico, causando conseqüentemente um dano patrimonial ou moral, dano esse que irá repercutir no âmbito jurídico, criando para si o dever de reparar, imposto por lei.

Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja, segundo o Código Civil anotado (2003, p.169), “a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente”.

Então, quando uma conduta, ação ou omissão, de uma pessoa se enquadra nos elementos acima expostos surge para ela o dever de indenizar, de reestabelecer o estado *quo ante*³, nesse sentido tem-se o art. 927, Código Civil, *in verbis*:

Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente

%C3%A2ncias%20Escusativas%20da%20dever%20de%20Indenizar.pdf?sequence=1> Acesso em: 01 de jul. 2009

³ Quo ante é o mesmo que estado anterior. Disponível em: < <http://www.multcarpo.com.br/latim.htm> > Acesso em: 01 de jul. 2009.

desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A Constituição Federal de 1988, também disciplina o assunto em seu artigo 5º quando prevê o direito de ressarcimento por dano moral, ao dispor, *in verbis*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes 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.

2.3 Espécies de Responsabilidade

2.3.1 Responsabilidade Subjetiva e a Teoria da Culpa

A responsabilidade subjetiva é aquela que, a vítima deve demonstrar a culpa ou o dolo do agente para assim surgir para este o dever de indenizar. Para Bandeira (2000, p. 808), responsabilidade subjetiva é a “obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou deixar de impedi-lo quando obrigado a isto”.

São pressupostos da responsabilidade subjetiva, conforme aponta Esteves (2000, p. 29), “1) violação de um dever jurídico; 2) conduta voluntária; 3) existência de culpa *lato sensu* (culpa ou dolo); 4) o nexo de causalidade entre a conduta e o dano”.

A responsabilidade subjetiva, pautada pela teoria da culpa, exige que o prejudicado prove além do dano, a infração ao dever legal de fazer ou não fazer, o vínculo de causalidade,

a existência da culpa do sujeito passivo da relação jurídica, e nexos causal entre o dano e a antijuridicidade da conduta do agente.

Verifica-se, que nem sempre o lesado consegue provar esses elementos e em consequência, a vítima remanesce não indenizada, posto se admita que foi efetivamente lesada. A responsabilidade civil fundada na culpa tradicional não satisfaz e não dá resposta segura à solução de numerosos casos. A exigência da vítima de provar o erro de conduta do agente deixa o lesado sem reparação em grande número de casos. Com esta conotação, a responsabilidade, segundo a corrente objetivista, deve surgir exclusivamente do fato. É esta, atualmente, a adotada

Assim, se o ato do agente não for voluntário, seja por ação, seja por omissão, ou, ainda, se o evento danoso é proveniente de caso fortuito, força maior ou de outra causa de exclusão de responsabilidade, excluída está a responsabilidade, vez que tal responsabilidade é caracterizada quando a conduta geradora do dano revele vontade na prática do comportamento proibido.

2.3.2 Responsabilidade Objetiva e Teoria do Risco

Trata-se na espécie de responsabilidade, que se configura com a simples existência de dano a um bem protegido por lei, sendo excluído dessa modalidade o elemento culpa.

Segundo Bandeira (2000, p. 812), “responsabilidade objetiva é obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na lesão juridicamente protegida de outrem. Para caracterizá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano”.

Então, a responsabilidade objetiva funda-se no risco, ou seja, o simples fato de ter causado um dano, surge para o agente o dever de ressarcir o prejuízo causado a vítima ou a seus bens. Nesta modalidade de responsabilidade não interessa se a conduta é culposa ou

dolosa, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e ação do agente para que surja o dever de indenizar, não existindo aqui o elemento culpa.

A evolução da teoria objetiva deu-se pelo fato da facilitação da ação da vítima em concreto na reparação do dano, gerando aos infratores a obrigação de indenizar pelos danos provenientes de suas atividades, em detrimento da teoria subjetiva, para a qual o agente precisa salientar a culpa dentro da idéia de desvio de conduta. Assim, a responsabilidade objetiva visa a estimulação do cuidado que as pessoas devem possuir com estados e condições adquiridas.

2.4 Elementos da responsabilidade civil

A responsabilidade civil seja objetiva ou subjetiva é composta pelos seguintes elementos: conduta, nexo de causalidade e dano.

2.4.1 Conduta

A responsabilidade civil, tanto objetiva como subjetiva, deverá sempre conter como elemento essencial uma conduta, conduta essa que pode ser tanto uma ação como uma omissão. Diniz (2006, p. 43), responsabilidade civil como “um 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”.

Já Rodrigues (2003, p. 13), por outro lado, somente considera como pressuposto da responsabilidade “a ocorrência de um ato ilícito”, diferentemente de Diniz que abarca em seu conceito também os atos lícitos. Para Rodrigues (2003, p. 13), seria pressuposto “a ação ou omissão do agente, que decorre sempre de uma atitude, quer ativa, quer passiva, e que vai causar dano a terceiro”.

A atitude ativa consiste em geral no ato doloso ou imprudente, enquanto a passiva, via de regra, se retrata através da negligência. A omissão só ocorre quando o agente, tendo o dever de agir de determinada maneira, deixa de fazê-lo. Este conceito é mais adequado para o assunto do presente trabalho, vez que não é qualquer conduta que gera responsabilidade moral, mas sim aquelas que violem princípios constitucionais, ou seja, que se enquadram como atos ilícitos, como veremos adiante.

Para Jesus (2003, p. 237), a conduta é “a ação ou omissão humana consciente e dirigida à determinada finalidade. Deste modo, ação é o comportamento humano positivo, ou seja, quando o agente faz alguma coisa que estava proibido, já a omissão é uma conduta negativa, ou seja, quando deixa de fazer alguma coisa a que estava obrigado”

Assim, ao longo deste pretendemos compreender se o abandono do filho por parte de seu pai é passível de indenização. E é justamente a configuração dessas ações, ou melhor, dessas condutas que podem gerar indenização, que pretendemos especificar.

Cada vez mais o Estado, busca interferir na família a fim de assegurar que ela aconteça da melhor forma possível, depois de ter imposto ao pai o dever de prestar alimentos, inclusive sob pena de prisão civil, o Estado foi mais além, agora busca tutelar o dever de assistência moral, como veremos adiante.

2.4.1.1 Condutas geradoras do dano afetivo

O princípio da paternidade responsável, inserido na Constituição Federal, no seu art. 227, consagra que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de discriminação. Tal princípio fica ainda mais explícito na Lei nº 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, em seu artigo 3º prevê que, *in verbis*: “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as

oportunidades e as facilidades, a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

Assim, surge para os pais o dever de cuidar de sua prole a partir do simples fato de gerar, daí nasce a necessidade imprescindível de zelar pela formação e desenvolvimento completo deste ser que deu causa a existência, nesse sentido temos o art. 229 da Carta Magna, *in verbis*: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Aduz também que além da família, é dever da sociedade e do próprio Estado, o dever de formação de zelar do cidadão de amanhã. No mesmo sentido reza o art. 227 da Constituição Federal, *in verbis*:

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

Este artigo é de onde emana toda tutela jurídica brasileira da criança e do adolescente, o qual traz o novo aspecto da família, o direito à convivência familiar. Nosso Código Civil também não permaneceu inerte sobre o assunto, o qual reza em seu art. 1.634, *in verbis*: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda...”

Segundo Rodrigues (2003. p. 353-354):

O principal dever dos pais no exercício do poder parental é o de criação e educação dos filhos. Esse dever contém o zelo material e moral para que o filho fisicamente sobreviva e através da educação forme seu espírito e seu caráter. O descumprimento desse dever sujeita os pais aos delitos de abandono material, abandono moral e intelectual (Código Penal artigos 244 a 246). Ter a companhia e a guarda dos filhos é complemento do dever de educa-los e criá-los. É, simultaneamente, direito e dever: dever porque ao pai a quem incumbe criar, incumbe igualmente guardar e o direito de guarda é indispensável para que possa, sobre o mesmo, exercer a necessária vigilância.

Diante disso, não resta dúvida da necessidade da criança de conviver no seio de uma família estruturada, que lhe dê condições aptas a permitir o desenvolvimento sadio de seu caráter, que está em formação constante. A criança precisa de uma referência a quem recorrer; a quem ter como exemplo, e a quem lhe preste a atenção que será fundamental na sua constituição.

Assim, o Estado além de assegurar a convivência familiar, trouxe para si a responsabilidade de também regulamentar essas relações, inclusive impondo sanções ao seu descumprimento, qual seja, a perda do poder familiar, e porque não a indenização por abandono moral, se a conduta negligente se enquadrar nos critérios exigidos.

Embora não haja menção expressa na legislação ao dever de amor e zelo, encontramos a fundamentação jurídica do dever de indenizar o abandono afetivo, primeiramente, na Constituição Federal, no tocante à preservação da dignidade da pessoa humana, quando aduz ser dever da família colocar a criança e o adolescente a salvo de toda a forma de negligência, o que inclui a afetividade e, por fim, quando assegura o direito à saúde, que abrange a psicológica. Ademais, os pais têm o dever de guarda e de educação dos filhos menores.

Estudos evidenciam que a noção de família é essencial ao desenvolvimento do ser humano primordialmente, não sendo uma questão meramente política, que posso alterar conforme as conveniências, como se pode ver adiante. No concernente às crianças, tem-se que o primeiro lugar onde estabelecem as relações sociais é no seio da família, a mais importante instituição na formação do ser humano; é inaceitável que a paternidade não seja uma escolha consciente. Assim, seria contraditório estarmos num ordenamento jurídico avançado, o qual se tem hoje, e não assegurar proteção integral ao principal personagem do mesmo, qual seja a criança, futuro cidadão.

É na família que a pessoa se forma, se desenvolve em todos os aspectos. Com a frustração desse convívio, não é difícil criar filhos revoltados, suscetíveis a buscar as suas emoções no álcool e nas drogas. Portanto, fundamentar as raízes da criança é dar-lhe bases para desenvolver-se como ser humano e, em decorrência, como um cidadão de bem. Elias

(2000, p. 6), indica que “a raiz dos problemas dos menores está na família e, todos devem empreender esforços para que esta família seja fortalecida”.

Até porque não é só a família que tem a ganhar com a relação pai/filho saudável, mas o maior interesse é da sociedade em geral, vez que o afeto, bem como a prestação econômica, efetivamente oferecido, no tempo adequado garante o desenvolvimento pleno da criança. Por outro lado, resta comprovado por meio de estatísticas que, quando a entidade familiar falha ao proporcionar esses elementos, há grande risco de o infante enveredar pelo caminho da ilegalidade, criminalidade, vícios e outros destinos não mais desejáveis. Como afirma Velasquez (2009, p. 1):

O abandono e a negligência familiares e a falta de afeto e diálogo também são problemas comuns que afligem os jovens, não sendo de espantar que mais de 90% dos adolescentes infratores internados provenham de famílias bastante desestruturadas, marcadas por agressões físicas e emocionais, problemas psiquiátricos e pela ausência das figuras paterna e materna, seja pela rejeição pura e simples, seja pela morte ou doença, muitas vezes causada, também pela violência urbana.

Nesse aspecto, mesmo não havendo menção expressa da responsabilidade civil por abandono moral, destaca a atuação da justiça diante dos novos anseios da sociedade, buscando dirimir os conflitos a ela apresentados, neste caso, analisar as consequências do dano moral e em seguida aplicar de forma integrativa os princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana, como forma de não deixar recair unicamente sobre o filho as consequências de atos não pensados por parte dos pais, havendo a necessidade de previsão de aplicação de sanção, além da perda do poder familiar. São condutas que devem ser reprimidas a fim de assegurar o desenvolvimento completo desse ser em formação.

2.4.1.1.1 Abandono

Abandono é ato ou efeito de abandonar; desamparar; desprezar. Embora o

ordenamento jurídico ainda não disponha sobre ele, seria o ato de um pai de deixar seu filho a mercê da própria sorte. No caso, é a ação de um pai em largar seu filho, não lhe prestando qualquer assistência, quer seja material ou moral, descumprindo injustificadamente com o dever de sustento, guarda e educação do mesmo, o qual constitui violação dos deveres jurídicos de assistência material e imaterial, deveres esses que lhe são impostos em decorrência do poder familiar, podendo acarretar a perda do mesmo.

O abandono material está relacionado com a sobrevivência, ou seja, é a ausência de prestação de alimentos, roupas, remédios etc. O abandono moral ou psicológico vai mais além, é a falta de amor, carinho, afeto enfim a não participação na vida de uma criança. Importante lembrar que o abandono moral é o pior deles, pois atinge a esfera íntima do ser, podendo desenvolver uma pessoa fria, sem escrúpulos, agressiva, sem distinção do bem e do mal, violando gravemente os direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, bens esses buscados a tornar cada vez mais plenos nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Adeler (2005, p. 4), escreveu que:

Uma criança não desejada e rejeitada nunca conheceu o amor e a cooperação em casa e, portanto lhe é extremamente impossível desenvolver essas capacidades. Tais crianças não têm confiança em suas habilidades para serem úteis e obterem afeição e estima dos outros. Quando adultos, tendem a se tornarem-se frios e duros. Os traços de crianças não-amadas em sua forma mais desenvolvida podem ser observados no estudo das biografias de todos os grandes inimigos da humanidade. Neste caso a única coisa que se destaca é que, quando crianças, foram maltratados. Desenvolveram assim, dureza de caráter, inveja e ódio; não podia suportar ver os outros felizes.

Assim, podemos concluir que a carência material pode até ser superada com a dedicação do guardião ao trabalho, com ajuda de outros, já o afeto não, porque este viola valores inerentes a personalidade, lugar onde nenhum ser pode ir, causando às vezes danos irreparáveis.

2.4.1.1.2 Ausência

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

É ato daquele pai que apenas paga a pensão alimentícia, mas não participa da vida da criança, pois acha que sua responsabilidade se encerra ali. Não entende que a prestação material é apenas uma fase da obrigação paternal, etapa essa que diríamos mais insignificante. O dever dos pais não se limita apenas ao dever de sustento, de prover materialmente o filho com os meios necessários à subsistência econômica. Vai muito além, é dever de levar a escola, ir ao parque, brincar, aconselhar, enfim ser presente em todas as etapas da vida do mesmo, ensinando valores para que ele possa se desenvolver plenamente não apenas em tamanho, mas em intelectualidade, sendo no futuro um cidadão de bem, que não trará gastos para o Estado nem perigo para a sociedade.

Ainda nos dias atuais, encontramos casos e casos de abandono moral, de pais que apesar de pagarem uma quantia no final do mês para a manutenção de seu filho não lhe dispensa qualquer carinho ou afetividade por menor que seja. Isto porque muitos pais ainda não entenderam, que os laços de amor, a busca pelo afeto é muito mais importante do que uma conta bancária recheada, que ainda não tiveram a consciência de que o dinheiro pode não cessar uma dor, preencher um vazio, fechar as mágoas e enxugar as lágrimas, enfim que existem sentimentos que o dinheiro não é capaz de comprar.

Como se vê adiante, a psicologia explica que o comportamento humano não é resultado apenas dos traços da personalidade, transmitidos através da genética, mas construído ao longo da vida do ser por força do contato com outras pessoas, da aquisição de conhecimento, de experiências vividas. Assegurando que, o meio no qual a pessoa está inserida influencia inquestionavelmente no comportamento da mesma. Agora imaginemos o quanto mais na vida de uma criança, de um ser em desenvolvimento, que absorve mais informações que um adulto e que ainda não é capaz trabalhar determinadas situações, chegando até colocá-las como padrões de conduta, quando na verdade se trata de verdadeiras condutas ilícitas, fora da lei.

A psicologia vai além, traz que muitas doenças físicas têm sua gênese nas fugas da criança ou adolescente em não se reconhecer como pessoa, tamanho o abalo em sua autoestima.

A dificuldade de aprendizagem e baixa autoestima são os principais efeitos psicológicos em crianças que vivem a situação do abandono afetivo por parte do pai ou da mãe. O abandono por qualquer pessoa não é fácil para ninguém, imagina para uma criança que sabe que há esse abandono por parte de algum dos pais, ressalta. Ainda segundo ela, no caso dos adolescentes, a falta de atenção afetiva por parte do pai ou da mãe pode se refletir no aumento da rebeldia ou em um comportamento mais introvertido. Porém, a especialista lembra que, apesar dessas reações mais comuns, cada criança ou jovem reage de uma maneira. Tudo depende da criação dessa criança. No caso daquelas que vivem sem o pai, do diálogo que a mãe tem com os filhos. Conforme a psicóloga, a ausência paterna ou materna começa a ser percebida com mais consciência pela criança a partir dos 3 anos, quando ela começa a conviver no meio social, que são a família e a escola. Nos casos de filhos que são criados somente pela mãe. Quando a criança fizer aquelas perguntas inevitáveis quem é? ou cadê o meu pai?" a sempre dizer verdade, mas sem falar do pai de forma negativa. Ou seja, a mágoa que mãe possa sentir pela situação de abandono não pode ser passada para o filho. Tudo vai depender de como e porque houve essa situação de abandono, mas o melhor é sempre dizer a verdade. A criança tem de aprender a lidar com essa ausência naturalmente. Mesmo com a ausência, a mãe precisa respeitar essa figura paterna. Ela obviamente não precisa elogiar o pai, mas criar uma imagem muito negativa pode até mesmo comprometer uma aproximação futura desse pai, caso ele se arrependa, esclarece⁴.

Maciel (2009, p.4) afirma que:

Não obstante se impõe o justo em analisar o que a psicanálise diz no tocante à função paterna: o psicanalista francês Jacques-Alain Miller, quando se refere a Lacan interpretando os mitos de Freud traz a idéia de que a paternidade é uma função, uma função simbólica. Nota-se que o simbolismo da figura paterna de acordo com o exposto por Miller, é tão significativo quanto o presença do ser em si. Uma vez que a afetividade não está diretamente relacionada a outro ser de mesma espécie, podendo assim ser expresso das mais variadas maneiras e aos mais diferentes seres e objetos. Entende-se que diversos elementos podem exercer a função paterna, a verdadeira paternidade é adotiva e está ligada á função, escolha, enfim ao desejo. O que importa, é saber o que funcionou para aquele sujeito como nome do pai, a referência que ele tem como figura paterna, podendo ser o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o

⁴ Disponível em: <http://www.hojenoticia.com.br/editoria_materia.php?id=26867> Acesso em 13de out. 2009.

protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que fez a adoção.

Assim não terá direito a indenização o filho que embora não tenha o pai biológico prestando assistência moral, alguma das pessoas acima relacionadas figure com pai, como veremos posteriormente.

2.4.2 Condutas que não geram dano afetivo

O reconhecimento da paternidade somente após ação de investigação judicial não enseja dano moral nem configura conduta antijurídica do reconhecido pai, que assim age em exercício moderado e regular de direito, vez não tendo conhecimento de sua condição de pai, inexistente a conduta antijurídica, e conseqüentemente não há o que se falar em responsabilidade civil por abandono moral, vez que o pai não abandonou o filho tendo em vista que não tinha conhecimento de sua existência.

Ainda não pode responder por abandono moral um pai que outrora fora proibido de aproximar de seu filho. Também não gera indenização quando a figura paterna é substituída por outrem, um segundo marido, um tio, um avô, fatos estes que um terceiro ocupará o lugar de pai, não gerando, e conseqüentemente, não haverá dever de indenizar. Observa-se que o dano entendido aqui é inexistente, posto que a figura do pai foi naturalmente substituída por outra pessoa.

Como também não há que se falar em indenização, quando a conduta do agente não fere os princípios constitucionais, ou seja, a transgressão do princípio da dignidade da pessoa humana com o princípio da efetividade.

Assim, o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana consagrado pela Carta Magna não se resume a dinheiro, e aí a monetarização da relação, mas do lado dos que negam o dano afetivo, também deve ser combatida. A importância da figura do genitor ou genitora para o desenvolvimento do filho vai muito além, abrange aspectos que vão culminar na

formação de um cidadão, que poderá ser uma pessoa de bem contribuindo com a sociedade ou cidadão que causará prejuízos a sociedade, fatores esses que interessam não apenas à família, mas à sociedade como um todo, que busca o desenvolvimento global do país e de suas crianças e jovens para a formação de cidadãos íntegros em todos os aspectos.

Como há aspectos da formação dos indivíduos que escapam ao controle estatal, os que dependem direta e especialmente da família, a atuação será posteriormente, com sentido de reposição do dano e prevenção de outros casos. Por outro lado, para que haja a possibilidade de indenização por abandono moral é imprescindível que exista uma relação pai/filho, bem como um dano oriundo dessa relação.

No próximo capítulo, ao se definir dano e nexo de causalidade, especificar-se-á melhor a importância da família na vida de uma pessoa, principalmente na vida de uma criança, bem como as consequências danosas que a ausência desse convívio pode acarretar.

3 DANO, NEXO DE CAUSALIDADE E O ELEMENTO CULPA

3.1 Dano

O dano é uma das circunstâncias elementares da responsabilidade civil, que nada mais é que o prejuízo experimentado pela vítima seja ele patrimonial ou moral, em razão da conduta do agente, o qual se configura quando há lesão, sofrida pelo ofendido, lesão essa a bens e direitos protegidos por nosso ordenamento jurídico, seja de ordem moral ou física. Mais ainda, não é qualquer dano que é passível de ressarcimento, mas sim o dano injusto, afastando-se daí o dano mediante caso fortuito ou força maior.

Assim, só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar, pois a obrigação de ressarcir, logicamente, não poderá se concretizar onde não há nada o que reparar.

3.2 Espécies de dano

O dano pode ser patrimonial ou moral. O dano patrimonial é aquele que viola deveres que reflete meramente no campo patrimonial. Já o moral fere bens e direitos imateriais inerentes a personalidade humana, quais sejam imagem, nome, dor, privacidade, etc. Entretanto ambos são passíveis de reparação como veremos adiante.

Dias (*Apud* PELLEGRINI 2009, p. 16), afirma que “o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão abstratamente”. Tal conceito traduz a idéia de que qualquer sofrimento humano é passível de reparação. A simples dor, vexame, tristeza, humilhação, desconforto seriam suficientes para a configuração do dano moral. Já Venosa (2001, p. 33) indica que “dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima” e completa o autor: “será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto

comportamental a ser examinada a cada caso”.

Entretanto, o dano objeto deste estudo é o moral por abandono afetivo parental, sobretudo aquele originado das relações familiares, a qual o pai da criança, aquele que primeiramente tem a obrigação de defender seus interesses, amparando-o tanto no campo material, como no moral, permanente inerte ou negligente, causando trauma emocional à mesma.

A Constituição Federal de 1988, ao declarar a dignidade da pessoa humana como princípio a ser perseguido pelo Estado Democrático de Direito, trouxe a preocupação com a proteção do ser humano, o quanto mais quando se fala de criança, os pais ou responsáveis têm de fornecer aos seus filhos o afeto, isto é, a presença amorosa, o cuidado, ainda que o responsável não seja aquele que está com a guarda, de procurar estar presente nas oportunidades que lhe são oferecidas. A dignidade da pessoa humana é valor espiritual e moral inerente à pessoa, o qual diferencia o ser humano dos demais seres e o caracteriza como ente de direito, que se manifesta singularmente no simples fato de ser uma pessoa, um ser humano.

A dignidade da pessoa humana, vista sob uma acepção moral e jurídica, está intimamente ligada às relações humanas, principalmente nas relações familiares, às quais implicam um recíproco dever de respeito, para que as pessoas se sintam valorizadas, seguras no meio onde estão inseridas. No concernente às crianças, tem-se que o primeiro lugar onde estabelecem as relações sociais é no seio da família, a mais importante instituição na formação do ser humano, sendo inaceitável que a paternidade não seja uma escolha consciente, que o pai não arque com as responsabilidades inerentes da mesma, deixando que seu filho pela sua irresponsabilidade.

O pai que deixa de garantir ao filho a convivência familiar em função de sua omissão em relação às visitas ao mesmo gerando um vazio no seu desenvolvimento sócio-afetivo, moral e psicológico, direito esse garantido a ele pela legislação pátria, deverá, por consequência ser obrigado a reparar este dano ainda que seja exclusivamente moral.

Assim, ao ser negado o direito à paternidade, ao amor, ao convívio familiar, estar-se-á negando a própria dignidade, ferindo de morte o princípio da dignidade da pessoa humana,

caracterizando um ato ilícito.

O ato ilícito que impede o desenvolvimento pleno da personalidade da pessoa humana quando causado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, por analogia se enquadra no disposto no artigo 186 do Código Civil e deve ser reparado, ainda que esse dano seja exclusivamente moral, por força do artigo 927 também do Código Civil.

Porém, para a configuração do dano no presente caso é necessário detectar no filho transtornos psicológicos oriundos da negligência do pai. Entretanto não é qualquer desequilíbrio, vez que o pai não pode ser responsável por todas as mazelas psicológicas que seu filho possa contrair, mas tão somente as decorrentes do abandono do pai. Entretanto é necessário analisar o alcance do dano para assim quantificar a indenização.

Mais ainda, o dano para ser indenizável precisa ser injusto. No caso do abandono afetivo, dano injusto é aquele causado voluntariamente, que podia ser evitado pelo agente, é a ação do pai de abandonar seu filho a própria sorte. Diante disso, no caso do abandono moral podemos concluir que, a vítima que reclama a reparação deste dano por meio de pecúnia não pede um preço para sua dor, mas que lhe conceda um meio de atenuar em parte, as consequências do prejuízo.

Na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano patrimonial, até porque há sofrimentos que nem a maior fortuna do mundo será capaz de reparar, porém, concomitantemente, a função satisfatória e a de pena. Se a responsabilidade civil constitui uma sanção, não há porque não se admitir o ressarcimento do dano moral, misto de pena e compensação.

3.3 Ponderação de Interesses

É certo que não se pode vincular o dano moral a meros sentimentos e sofrimentos. Deve-se sempre estar ligado à ofensa de valores constitucionalmente tutelados, sob pena de fomentar a indústria do dano moral e conseqüentemente a banalização do mesmo. É comum,

todavia, que na prática, esses valores constitucionais colidam, dificultando a configuração, ou não, do dano moral. Nesses casos, recorreremos à ponderação de interesses.

Nesse sentido diz Moraes (2003, p. 85), “dada à peculiar condição dos filhos, e a responsabilidade dos pais na criação, educação e sustento dos mesmos, seria incabível valorizar a sua liberdade em detrimento da solidariedade familiar e da própria integridade psíquica dos filhos”.

No caso em tela, temos dois princípios em conflito, de um lado o princípio da liberdade do pai, que tem o direito de amar ou não alguém, e do outro o princípio da solidariedade familiar e integridade física do filho, que pela Constituição Federal de 1988, foi imposto ao pai o dever de cuidar.

Assim, de acordo com o art. 227 da CF, não restam dúvidas que prevalecerá o da solidariedade, segundo o qual, um pai ao gerar um filho traz para si o dever de ampará-lo e sustentá-lo garantindo seu crescimento pleno, mesmo que para assegurar esse direito tenha que interferir na esfera do direito individual do pai.

3.4 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade consiste na relação de causa e efeito entre a conduta praticada pelo agente e o dano suportado pela vítima. É o fio que liga a ação do agente ao dano, por meio do qual é possível dizer se aquela deu ou não causa a este. Assim, só haverá dever de indenização se ficar demonstrado que o dano suportado pela a vítima adveio da conduta do agente, seja ela positiva ou negativa.

No caso em tela, o elemento nexo de causalidade, por sua vez, é ainda mais difícil de ser demonstrado, pois para configurá-lo deve-se deixar claro, explícito, que foi o abandono de um dos genitores, no caso o pai, que deu causa ao abalo psicológico. Pois até que ponto, qualquer pessoa, pode mesurar os danos psíquicos e a real origem desse dano.

Fica ainda mais difícil configurar o dano, pois se sabe que o abalo emocional nunca é provocado por um fato único, mas por um conjunto que se deles que desencadeia num distúrbio. Por outro lado, deve-se ter em mente que não é absoluto que um filho desprovido de afeto paterno sofrerá necessariamente um dano. Pois isso dependerá de como o ser humano, no caso a criança vai reagir diante da situação, além do mais como já mencionamos a figura paterna pode ser substituída por outra pessoa, a qual impedirá que o abandono afete o emocional da criança.

No caso em estudo, é necessário que além da configuração do dano psicológico do filho, haja um liame entre a conduta e o dano causado, o qual deve ser apurado por meio de uma perícia psicológica, mediante a ponderação de fatores a fim de concluir, se a ação do pai deu ou não causa ao dano suportado pelo filho, sem o qual não haverá possibilidade de indenização.

3.5 Culpa e Excludentes de Responsabilidade

A culpa, como um elemento da responsabilização civil, é tomada pelo seu vocábulo *lato sensu*⁵, abrangendo, assim, também o dolo, ou seja, todas as espécies de comportamentos contrários ao direito sejam intencionais ou não, mas desde que imputáveis ao causador do dano.

A culpa em nosso ordenamento jurídico brasileiro, concebida como a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar e não o fez, entretanto como já visto, há determinadas casos, contemplados pelo sistema jurídico, em que é dispensado tal elemento, qual seja a responsabilidade objetiva. Todavia, a que se analisar a responsabilidade civil sob o seu aspecto subjetivo, aquela que exige para a sua caracterização o elemento culpa, pois, como se explanará adiante, é nele que se baseia a imputabilidade do abandono afetivo, sendo imprescindível para caracterização do mesmo.

Assim, a culpa no abandono afetivo se configura tanto pelo dolo ou culpa em sentido

⁵ Significa 'em sentido geral'. Disponível em: <<http://www.multcarpo.com.br/latim.htm>> Acesso em 01 de jul. 2009.

amplo, a intenção de agir de forma ilícita ou a culpa propriamente dita ou em sentido estrito, a qual se pauta pela ocorrência da negligência, imprudência e imperícia. No presente caso, entretanto deve-se ficar claramente demonstrado que o pai quis o resultado abandono ou pelo menos assumiu o risco para tal.

Pois pode haver casos, em que o pai embora não queira abandonar seu filho, se encontra obrigado a fazê-lo diante de determinadas circunstâncias da vida, como um trabalho longe, por ter outra família e morar noutra cidade, etc, hipóteses estas que se enquadrariam como excludentes, desde que, o pai mesmo de longe mantiver contato, quer por um telefonema, e-mail, uma viagem nas férias, um final de semana, enfim por alguma forma ou mesmo que por pouco tempo se fizesse presença, os meios de comunicação presta um papel importante na facilitação deste contato. Além do mais, como já visto a psicologia traz a importância inclusive da presença psicológica, aquela que embora não esteja do lado constantemente, quando está tenta compensar o tempo perdido e mesmo quando esta longe permanece como uma boa lembrança, de momentos que apesar de poucos se fizeram importantíssimos.

Nesse sentido pode-se destacar como hipóteses de excludentes de responsabilização, o caso fortuito ou força maior, a culpa exclusiva de terceiro, o desconhecimento da paternidade, impedimento do outro genitor, imputabilidade, entre outros, circunstancias estas que se pai estiver à luz de algumas delas descaracterizará o seu dever de indenização.

Diante de tudo isso, conclui-se que como pressupostos da responsabilidade civil têm-se, a conduta ilícita, seja ela decorrente de culpa ou dolo, o dano e o nexos de causalidade, e caberá aos profissionais especializados em psicologia infantil averiguarem se efetivamente o dano ocorreu e se ele é proveniente do abandono afetivo, para haver sua configuração.

O conhecimento, um pouco mais profundo dos princípios que rege a nova família, bem como a importância da mesma para uma infância saudável e, portanto um adulto feliz, pautado por valores éticos, os quais se foram ensinados desde criança, bem como o conceito e elementos da responsabilidade civil trazendo a possível aplicação de indenização no caso apresentado é que no próximo capítulo serão abordadas algumas decisões sobre o tema.

4 ABANDONO AFETIVO

No Direito contemporâneo, cada vez mais encontramos nos tribunais questões concernentes a afetividade, no qual o profissional da atualidade tem que se adequar as novas questões que a sociedade traz para a solução. Dentre essas questões, está a seguinte: se um pai mesmo adimplente com as pensões alimentícias pode ser obrigado a prestar afetividade ao filho.

De um lado, têm-se juristas que entendem que a pensão alimentícia por si só exime o pai de qualquer outra responsabilidade, vez que ninguém, nem mesmo a Lei pode obrigar um pai a amar seu filho. Já para outros, a Justiça tem que ir além, e alegam que, tendo em vista que a formação do infante é influenciada diretamente pela presença de seus genitores na formação de sua opinião, caráter e relações pessoais, fica muito clara a extrema relevância do relacionamento entre pais e filhos, relacionamento esse, com base no amor, carinho, afeto e outros sentimentos fundamentais para o crescimento emocional da criança.

Analisando os dois lados, depois de várias pesquisas sobre o tema, podemos determinar posicionamento a respeito. Muito embora não haja, expressa referência à afetividade no ordenamento jurídico, ao se efetuar interpretação da Constituição e Código Civil, sem esquecer o Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre tendo em mente seus princípios informadores, perceber-se-á que o legislador concebeu uma legislação voltada ao bem-estar da criança e do adolescente.

É inquestionável, que esse bem-estar é composto de duas partes uma econômica e outra emocional, não podendo haver configuração de fato desse bem jurídico tutelado sem que ambos os elementos estejam presentes na formação da criança. Portanto, o afeto é sim dever dos pais, uma vez que cabe a estes a responsabilidade pela formação saudável do infante, a fim de que este seja inserido na sociedade de modo a contribuir e acrescentar positivamente na evolução da comunidade e quanto mais de seus filhos.

De fato, a lei não pode obrigar alguém a amar a outrem, mas no caso dos ascendentes, o mínimo que se espera é a dedicação ao infante, fornecendo a base moral que

para este é imprescindível. Ainda que não haja o dever de amar expressamente prevista no nosso ordenamento jurídico, quando se está diante de uma relação de pai com filho deve-se ao menos existir uma tentativa de aproximação e contato. Isso porque o homem é um ser eminentemente social, não é um animal que simplesmente procria, é detentor de sentimentos, emoções e raciocínio. Tem sempre a vontade de saber de onde veio, sua origem familiar, quer saber o porquê das coisas, por todos estes motivos é que existe uma obrigação, um dever de se tentar um contato entre pais e filhos.

Até porque se analisar ver-se-á que a afetividade está inserida no ordenamento jurídico brasileiro, muito mais que se possa imaginar, exemplo: a importância das visitas do genitor que não ficou com a guarda da criança, sendo guarda mais compartilhada possível, a fim de que a criança possa ser suprida na prestação dessa necessidade que a todos nós é natural. Para tanto, essa vertente prega a convivência harmônica entre a prestação econômico-patrimonial e a prestação emotivo-psíquica ao infante. Somente as duas conjugadas estariam aptas a fornecer à criança condições de desenvolvimento sadio. Nesse sentido, estariam ambas incluídas no dever de assistência, constituindo obrigatoriedade. Para melhor esclarecermos o assunto trataremos alguns entendimentos.

4.1 Decisões favoráveis

Primeiramente apresentar-se-á na fala de Costa (2009, p. 1), dois projetos de lei sobre a matéria em tramitação no Congresso Nacional, sendo um na Câmara Federal e o outro no Senado, que objetivam acabar, ou ao menos, suavizar as situações vividas por milhões de pessoas, espalhadas pelo País. Veja o que diz o autor citado:

Uma dessas propostas é o projeto de lei 4294/08, do deputado Carlos Bezerra (PMDB-MT), que recebeu parecer pela aprovação na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara. O projeto de lei altera o texto do Código Civil e torna passível de indenização, por dano moral, o abandono afetivo por parte dos pais (pai ou mãe). Na justificativa do projeto, o autor admite não ser possível obrigar a pais e filhos que, em seu íntimo, se amem. Porém, o objetivo da proposta é ao menos permitir aos filhos que se sentirem prejudicados o recebimento de indenização pelo dano causado. Outro projeto que também trata da ausência dos pais está em tramitação no Senado

Federal, o PLS 700/07, de autoria do senador Marcelo Crivella (PRB-RJ). A proposta modifica o Estatuto da Criança e do Adolescente, caracterizando o abandono moral como ilícito civil e penal. Tal proposição em andamento na Câmara Federal modifica o Estatuto da Criança e do Adolescente ao acrescentar na lei a obrigação parental de assistência moral que permita o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da criança, a justificativa do projeto admite que o amor e o afeto não se impõem por lei, mas que os pais têm o dever de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia. O projeto prevê, inclusive, detenção de seis meses a um ano e ainda o pagamento de indenizações, para o pai ou mãe, que deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de 18 anos.

Sobre o assunto diz o professor Villaça (*Apud* MELO, 2005, p. 1), que:

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

Segundo Cirillo (*Apud* Melo 2005, p. 1):

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.

Cavaliere Filho (2000, p.85), traz que, o que se tem hoje e que pode ser chamado de

Direito subjetivo constitucional à dignidade, com reflexos inevitáveis na conceituação de dano moral, na exata medida em que, os valores que compõem a dignidade humana são exatamente aqueles que dizem respeito aos valores íntimos da pessoa, tais como o direito à intimidade, à privacidade, à honra, ao bom nome e outros inerentes à dignidade humana

que, em sendo violados, não de ser reparados pela via da indenização por danos morais

Sustenta Silva (2004, p. 146), que:

O direito de visitas não pode ser concebido como uma faculdade, mas como condição dignificante ao filho. O descumprimento do dever de convivência familiar pelos pais entendido desta forma importa em sérios prejuízos à personalidade do filho, sendo legítima a busca da imediata efetivação de medidas previstas nestes diplomas legais. “Não se trata de dar preço ao amor, tampouco de estimular a indústria dos danos morais, mas sim de lembrar a esses pais que a responsabilidade paterna não se esgota na contribuição material.

O abandono moral embora uma questão ainda polêmica que traz diversos entendimentos, o Judiciário aos poucos vem decidindo sobre o tema e assim vem surgindo algumas decisões como mostra Melo (2005, p. 2):

A primeira decisão sobre a matéria vem do Rio Grande do Sul, e foi proferida na Comarca de Capão de Canoas, pelo juiz Mario Romano Maggioni, 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 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 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 deriva de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos.

Entretanto esta não é a única decisão tratando da matéria. Em recente julgado, o juiz da 31ª. Vara Cível de São Paulo - Dr. Luis Fernando Cirillo, condenou um pai, por danos morais, a indenizar sua filha, no importe de 190 salários mínimos, aproximadamente,

‘reconhecendo 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’. Apesar de considerar não ser razoável que um ‘filho pleiteie em Juízo indenização do dano moral porque não teria recebido afeto de seu pai’, o ilustre magistrado sentenciante, ponderou de outro norte que ‘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’ (CORDEIRO, 2009).

Outra decisão que merece ser trazida à lume foi proferida pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, pelo voto do relator Unias Silva, que reformou sentença de primeiro grau, acolhendo o pedido de um rapaz contra seu pai, por abandono moral, cuja condenação também foi fixada em duzentos salários mínimos, cuja fundamentação principal foi a de que ‘ser pai não é só dar o dinheiro para as despesas, mas suprir as necessidades dos filhos’, considerando ainda 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’. O ilustre magistrado, justificando o dever indenizatório afirmou ser ‘legítimo o direito de se buscar indenização por força de uma conduta imprópria, especialmente quando ao filho é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna, magoando seus mais sublimes valores’ (CORDEIRO, 2009).

4.2 Decisões desfavoráveis

Por outro lado, como não podia ser diferente, há decisões e entendimentos que não admitem indenização por abandono moral. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em março de 2009, julgou sobre o tema, e entendeu que o abandono moral, não se enquadra nas hipóteses do artigo 186 do Código Civil, vez que não se pode obrigar ninguém a amar. Observa-se, portanto a seguinte posição do referido tribunal.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA. A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor. Inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, eis que ausente o ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização⁶.

Melo (2009, p. 3), diz que:

Segundo a juíza, titular da 8ª Vara da Família em Goiânia, Sirlei Martins da Costa. Até existam algumas ações de pessoas requerendo indenização por causa do abandono afetivo por parte dos pais, esta não é cabível vez que o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem decidido que isso não é possível. 'Com relação especificamente à questão do abandono afetivo, a Justiça não dispõe de nenhum mecanismo que mude o sentimento ou a consciência das pessoas, obrigando o pai, por exemplo, a ver o filho. No máximo ele é obrigado a ter de pagar a pensão alimentícia. Mas caso essa lei seja aprovada poderá pelo menos caber algum tipo de indenização', explica a magistrada.

Outra fala dada pela juíza diz respeito às separações judiciais. "Nesses casos é importante estabelecer, de forma bem clara, a guarda compartilhada. De forma que o pai, quem, na grande maioria dos casos, é que se afasta dos filhos, tenha maior contato com o filho ou filhos. Ou seja, esse fim do casamento não pode provocar um distanciamento afetivo dos filhos por parte do pai", aconselha (COSTA, 2009).

Diante disso, por ter inúmeras divergências sobre o tema, onde, de um lado, doutrinadores e jurisprudências entendem que ninguém está obrigado a conceder amor ou a afeto a outrem, mesmo que seja filho, nem tampouco ser condenado a indenizar por falta de amor, vez que amor não exige, não se mede, e de outro, alguns embora uma pequena minoria entender que a indenização por abandono moral é possível, desde que comprovado os danos efetivos, ou seja, após a averiguação do dano causado, do nexo de causalidade entre essa

⁶ Processo: 1.0024.07.790961-2/001(1). Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt/_inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=7&txt_processo=790961&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>

ação/omissão e o efetivo dano, é que o Direito de Família, deve ser tratado como um ramo especial do direito e como tal deve merecer respeito e atenção redobrada. O profissional desta área deve estar atento aos anseios da sociedade, bem como aos avanços legislativos e doutrinários ou jurisprudenciais, trabalhando com ética e profissionalismo, diante de cada caso que lhe proposto, vez que cada um é uma realidade diferente com peculiaridades únicas que devem ser analisadas especificamente.

Assim, conclui-se que a questão do abandono afetivo e das reparações por esse abandono deve ser encarada com muito cuidado e com a máxima atenção pelos operadores do Direito. Não se pode monetarizar o amor, nem mesmo as relações humanas, devendo ter cuidado e atenção para não industrializarmos o dano moral e banalizarmos as indenizações perseguidas. A fim de não transformar as relações familiares em mercadorias de troca, com cifrões estampados nelas. . Por outro lado, por se tratar de relação entre pai e filho, o infante não pode ficar a mercê da sorte e vontade de seu genitor, vez que a ele incumbe primeiramente o dever constitucionalmente declarado de prestar assistência material, moral e psíquica a seu filho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término deste trabalho de pesquisa conclui-se que com a evolução da família ao longo dos tempos, que vai desde a família patriarcal a família dos dias atuais, onde o afeto, o carinho e o convívio frequente assumem papel primordial no adequado desenvolvimento da personalidade da criança ou adolescente.

Assim, surge um novo princípio dentro do direito de família, qual seja, a afetividade, que tem fundamento a dignidade da pessoa humana princípio esse tutelado pelas Constituições democráticas e plenamente consagrado pela Constituição Federal de 1988.

O novo Código Civil dedica o capítulo segundo (arts. 11 a 21) à proteção aos direitos da personalidade, disciplinando de forma mais clara e alargando os preceitos constitucionais contidos nos incisos V e X do art. 5º da Constituição.

Entretanto embora a legislação brasileira garanta a convivência familiar à criança e ao adolescente, inclusive impondo sanções se o poder familiar não for levado a sério, como é o caso da perda do mesmo, a sua aplicação é muito delicada e arriscada, mas nem por isso deixa de serem reconhecidas e tuteladas pela a ordem constitucional e demais legislações vigentes.

O descumprimento do dever de convivência familiar pelos pais importa em sérios prejuízos à personalidade do filho, sendo legítima a busca da imediata efetivação de medidas previstas nestes diplomas legais. Não se trata de dar preço ao amor, tampouco de estimular a indústria dos danos morais, mas sim de lembrar a esses pais que a responsabilidade paterna não se esgota na contribuição material.

Entretanto embora, a indenização por abandono moral seja cabível, é preciso analisar cada caso concreto, conhecendo especificamente as peculiaridades e consequências desse abandono na vida da criança para assim quantificar o dano moral.

A responsabilidade civil por abandono moral é um assunto que recomenda muito

cuidado, porquanto não se pode transformar o Judiciário num instrumento tão somente de vingança pessoal, disfarçado sob o manto da necessidade de punir a falta de assistência moral à criança, fato que ocorre nos casos de separação com o cônjuge que detém a guarda dos filhos, o qual induz um ódio na criança, a fazendo ela acreditar que o pai é o responsável pelos seus problemas.

Não se trata apenas de mais um tema dentro do direito de família, estamos falando de formação pessoal, de caráter, de índole, de personalidade, de dignidade da pessoa humana, tendo sempre em mente que essas crianças que são mal cuidadas hoje serão os cidadãos de amanhã, quer seja elas com bom caráter ou não, se não tomarmos as providências necessárias serão os delinquentes do futuro.

Embora haja muita divergência doutrinária sobre o assunto, onde a maioria entende que não se pode obrigar ninguém a amar, conseqüentemente a afetividade é algo construído espontaneamente que não se pode pagar, caindo por terra o direito de indenização. Já para uma minoria o cuidado com a educação dos filhos é um dever tanto no âmbito material como moral, e o descumprimento deste deve acarretar tanto a perda do poder familiar, como a indenização por abandono moral.

Assim, verificadas todas essas situações, a dignidade da pessoa humana e o direito a indenização plenamente assegurada pela Constituição de 1988, bem com previsto no Código Civil de 2002, que aquele que comete ato ilícito, ainda que moral tenha o dever de indenizar, e ainda sendo consagrado pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), que tanto a família quanto a sociedade tem que colocar a salvo os direitos da criança, o direito a indenização por abandono moral embora é admitido e indenizável, entretanto é ainda muito sutil, um julgado aqui outro ali, isto porque a caracterização do dano que leva a consequência da indenização, deve ser analisado cada caso particularmente, para depois sim quantificar a extensão desse dano, determinando o quanto a ser desembolsado pelo agente causador.

Assim deve-se buscar o pleno desenvolvimento de todos os cidadãos, em todos os aspectos principalmente das crianças, seres em formação e cidadãos do futuro, para que nossa família e conseqüentemente a própria sociedade sejam verdadeiros berçários, lugares onde o desenvolvimento pleno seja assegurado incondicionalmente, sendo as nossas crianças de hoje futuros cidadãos de bens, compromissados com as necessidades e anseios da sociedade.

Diante disso, surgem para nós, futuros operadores do Direito o dever de discutir, debater e lutar sobre os novos e atuais temas do direito das famílias, a fim de utilizá-los da melhor forma possível e com muita responsabilidade.

Diante de tudo isso, acima exposto, pode-se afirmar que todas as hipóteses foram confirmadas. Confirma-se a hipótese de que a presença do pai é imprescindível na vida de uma criança, presença essa que não constitui uma faculdade, mas sim uma obrigação, obrigação que o pai tem de assistir e moldar o desenvolvimento desse ser em formação, que será inserido na sociedade da maneira em que se encontrar, quer seja ou não um cidadão de bem.

Confirma-se também, que mesmo um pai que paga pensão alimentícia, é obrigado a prestar também assistência moral ao seu filho, vez ao pagar a pensão o pai estaria cumprido apenas parte do dever familiar que lhe incumbe enquanto guardião do menor, parte esta que julgamos menos significante que a assistência moral, vez que poderá ocasionar traumas psicológicos que dinheiro nenhum possa reparar.

Confirma-se por fim que se esse pai mesmo sabendo da importância de sua presença, participação na vida do seu filho, não o fizer, poderá este requerer em face daquele junto ao judiciário uma indenização, se tal desprezo e abandono lhe trouxerem algum mal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADLER, Alfred. **Personalidade: Obstáculos ao Crescimento**. (2005). Disponível em: <<http://virtualpsy.locaweb.com.br/index.php?art=155&sec=53>> Acesso em: 26 de ago. 2009.

AZEVEDO, Mário Villaça. **Jornal do Advogado** – OAB/SP – nº 289, dez/2004.

BANDEIRA, Celso Antônio de Melo. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069/90.

_____. **Código Civil de 2002**.

_____. _____ **Comentado**. 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. Ed. São Paulo, Malheiros, 2000.

CORDEIRO, Amanda Idalina Menezes. **Indenização por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.oabdf.org.br/sites/900/993/00000272.pdf>> Acesso em: 23 de nov. 2009.

COSTA, Anderson. Ministério Público do Estado de Goiás. **Abandono afetivo poderá gerar indenização a filho**. Disponível em: <<http://www.mp.go.gov.br/portalweb/conteudo.jsp?page=1&base=1&conteudo=noticia/78ac933a52e6b31d4784177d54eb48cc.html>> Acesso em: 18 de nov.2009.

_____. Secretaria do Estado de Políticas para Mulheres e Promoção da Igualdade Racial. **Abandono afetivo poderá gerar indenização a filho**. Disponível em: <<http://www.semira.go.gov.br/index.php?idMateria=68077>> Acesso em: 18 de nov. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ESTEVES, Telma A. Fraga. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Idéia Jurídica, 2000.

GRUNWALD, Astried Brettas. **Critérios identificadores da filiação**. (2003). Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4362>> Acesso em: 25 de jul. 2009.

JESUS, Damázio Evangelista. **Direito Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELO, Nehemias Domingos de. **Abandono moral. Fundamentos da responsabilidade civil**. (2005). Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6247>> Acesso em: 22 de nov. 2009.

MACIEL, Andrea Athayde. **Dano Moral por Abandono Afetivo Parental**. Disponível em: <<http://docs.google.com/DocId?id=6247>> Acesso em: 16 de nov. 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Direito de imagem. Súmula 403 do STJ. Considerações**. Revista Jus Vigilantibus. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/42612>> Acesso em: out. 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Direito de Família**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Cláudia Maria da. **Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos morais à personalidade do filho**. Revista Brasileira do Direito de família, ano VI, nº 25 ago/set, 2004.

VELASQUEZ, Miguel Granato. **HECATOMBE X ECA**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id527.htm?impressao=1&>> Acesso em: jul. 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2001.