

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER
CURSO DE DIREITO

JÉSSICA RIBEIRO DE CARVALHO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA



INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DO
ABANDONO AFETIVO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

RUBIATABA – GO

2012

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER
CURSO DE DIREITO

JÉSSICA RIBEIRO DE CARVALHO



INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DO
ABANDONO AFETIVO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

Monografia apresentada à Facer, – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito sob a orientação do Professor Esp. Samuel Balduino Pires Silva.

5-38966

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

Tombo nº	19185
Classif.:	
Ex.:	1
Origem:	d
Data:	14-02-13

RUBIATABA – GO

2012

FOLHA DE APROVAÇÃO

JÉSSICA RIBEIRO DE CARVALHO

**INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DO
ABANDONO AFETIVO**

COMISSÃO JULGADORA

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

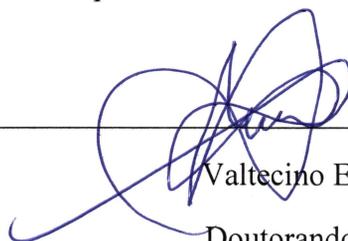
RESULTADO: _____

Orientador: _____

Samuel Balduino Pires da Silva

Especialista em Direito Civil e Processo Civil

1º Examinador: _____



Valtecino Eufrásio Leal

Doutorando em Direito

2º Examinador: _____

Fabiana Savini Bernardes Pires de Almeida Resende

Especialista em Direito Civil e Processo Civil

RUBIATABA, 2012.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, primeiramente, a minha avó, que sempre me ajudou nos momentos mais difíceis desta jornada e fez com que meu sonho se tornasse realidade.

Aos meus pais Sonimar e José Carlos que sempre acreditaram em minha capacidade.

A minha irmã Janny Karla, minha eterna amiga e companheira.

A toda minha família, pelo apoio e incentivo.

Ao meu namorado, que sempre esteve ao meu lado.

E a todos meus colegas, que colaboraram para esta conquista.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, agradeço a Deus, por ter me dado força e coragem e por ter proporcionado a realização de mais um sonho.

A minha avó Nauriá, que sempre está presente nas minhas conquistas.

Aos meus pais, pela educação que me concederam, e pela confiança, compreensão e o imenso carinho que nunca me faltou.

A minha irmã, aos meus tios e tias, primos e primas, pelo carinho e apoio.

Ao meu orientador, professor Samuel Balduino, que dispôs de seu tempo com toda dedicação, para ajudar-me na construção desta monografia e à Professora Geresa Silva, pela enorme contribuição na elaboração da presente monografia, e aos professores da Instituição que me auxiliaram nesta jornada.

Aos meus colegas da faculdade que sempre estiveram comigo e ajudaram-me na conclusão deste curso.

"Ainda que eu falasse a língua dos homens. E falasse a língua dos anjos, sem amor eu nada seria. É só o amor, é só o amor. Que conhece o que é verdade." **Monte Castelo, Renato**

Russo.

RESUMO: A presente monografia objetiva analisar a indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo. No primeiro capítulo abordaremos a origem histórica da família, tendo como foco seus princípios básicos. Posteriormente, será analisada a responsabilidade civil e seus elementos no direito de família, atendendo pelos deveres dos pais para com os filhos, sendo esses deveres protegidos juridicamente, pelo artigo 227 “caput” da Constituição Federal, e também pela Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e Adolescente, artigo 4º. Após será analisado o instituto do dano moral, originado das relações familiares. Por último, será analisada a reparação do dano, de acordo com os posicionamentos dos Tribunais e as perspectivas de aprovação de uma legislação específica.

Palavras-chaves: Família, abandono afetivo, responsabilidade civil, dano moral, reparação.

ABSTRACT: This thesis aims to analyze the punitive damages resulting from emotional abandonment. In the first chapter we discuss the historical origin of the family, focusing on its basic principles. Later, we will analyze the liability and its elements in family law, given the duties of parents to their children as being such duties legally protected by Article 227 "caption" of the Constitution, and also by Law 8.069/1990 - Status Child and Adolescent, Article 4. After the institute will be analyzed for moral damage, caused family relationships. Finally, we will analyze the repair of the damage, according to the positions of the Courts and the prospects for passage of legislation specifies.

Keywords: Family, emotional abandonment, liability, moral damages, repair.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. FAMÍLIA E SEUS PRINCÍPIOS BÁSICOS.....	13
1.1 Conceito.....	13
1.2 Considerações históricas.....	14
1.3 Princípios Básicos.....	17
1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	17
1.3.2 Princípio da Solidariedade.....	18
1.3.3 Princípio da Afetividade.....	20
2. RESPONSABILIDADE CIVIL.....	24
2.1 Aspectos Históricos da Responsabilidade Civil.....	24
2.1.1 Código de Hamurabi.....	24
2.1.2 Leis de Manu.....	25
2.1.3 Roma.....	26
2.2 Conceitos.....	28
2.3 Responsabilidade Civil no Direito de Família.....	30
2.4 Elementos da Responsabilidade Civil.....	32
2.4.1 Culpa e Conduta Humana.....	32
2.4.2 Dolo.....	34
2.4.3 Dano.....	34
2.4.4 Nexo Causal.....	35
3. O DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO.....	36
3.1 Breves considerações do dano moral.....	36
3.2 Do Nexo da Causalidade.....	38
3.3 O abandono afetivo.....	39
4. DO DEVER DE INDENIZAR E O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS.....	44
4.1 Do Dever de indenizar.....	44

4.2 O <i>Quantum</i> Reparatório Devido.....	45
4.3 Posicionamentos dos tribunais.....	47
4.4 Perspectivas de uma legislação que atenda a demanda de ações por abandono afetivo.....	51
CONCLUSÃO.....	53
5. REFERÊNCIAS.....	55
6. ANEXO.....	59
ANEXO A – VOTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 – SP (2009/01337019)...	60
ANEXO B – PROJETO DE LEI DO SENADO Nº. 700 DE 2007.....	71

LISTA DE ABREVIATURAS/SÍMBOLOS

Art. – artigo

nº. – número

p. – página

§ – parágrafo

R\$ - real

LISTA DE SIGLAS

A.C – Antes de Cristo

CF – Constituição Federal

CC – Código Civil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SP – São Paulo

PL – Projeto de Lei

TAMG – Tribunal de Alçada de Minas Gerais

INTRODUÇÃO

A presente monografia teve por finalidade o estudo da indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo, será analisada a possibilidade de serem os pais responsabilizados pelo abandono afetivo de seus filhos. Para compreensão do tema, no primeiro capítulo passaremos por um breve estudo sobre o instituto família, sua evolução histórica, e seus princípios básicos, tendo como principal, o princípio da afetividade, que está consubstanciado no princípio da dignidade da pessoa humana, que tem fundamento legal no inciso III, do artigo 1 da Constituição Federal de 1988, que segue abaixo:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Conforme expõe o artigo acima, observaremos ante aos princípios da dignidade humana e da afetividade, que a responsabilidade dos pais não se assegura somente na assistência material e sim também na prestação de afeto e amor. É dever dos pais ter seus filhos em sua companhia e assisti-los na sua formação, tanto educacional quanto religiosa, possibilitar um desenvolvimento humano digno.

Esse direito está protegido juridicamente, pelo artigo 227 "caput" da CF/88, e também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) em seu artigo 4º, como veremos no decorrer deste trabalho:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

No segundo capítulo utilizo-se de referências doutrinárias no desenvolvimento do estudo e foi feito uma análise acerca da responsabilidade civil e seus elementos, no direito de

família, em especial nas relações afetivas entre pais e filhos, pois como já sabemos não há aparato legal específico que regule a responsabilidade civil por abandono afetivo.

Diante da análise da responsabilidade civil no terceiro capítulo apreciamos o dano moral como um dos elementos da responsabilidade civil, apontando a lesão sofrida pelo ofendido, que em razão da conduta do agente, violou os direitos amparados pelo nosso ordenamento jurídico.

No quarto capítulo, através do método hipotético dedutivo, abordamos os posicionamentos jurisprudenciais dos Tribunais, quais requisitos são abordados pelos magistrados para se chegar ao valor da causa. Levar-se-ão eles em conta que a lesão sofrida pelo ofendido, decorrente da falta do afeto e esta poderá acarretar sérias consequências, talvez até irreparáveis, como, o desprezo, a indiferença, a infelicidade, a insegurança, o uso de drogas, o aumento da criminalidade e etc.

Diante dessa problemática seria possível submeter o pai a visitar o filho, obrigar o pai a assistir todo o processo de crescimento do seu filho, por exemplo, ir a uma reunião escolar. Enfim tentar reeducar o pai, restabelecer o afeto entre pai e filho, restaurar a convivência, arriscar uma mediação entre o pai e o filho e a mãe, chamá-los a encontrar uma solução para restabelecer a convivência afetiva entre eles.

E enfim abordamos a expectativa de aprovação do Projeto de Lei do Senado, nº. 700/2007, uma legislação que irá atender as demandas de ações por abandono afetivo, visando modificar alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, para tornar o abandono afetivo uma conduta ilícita a qual ensejará a responsabilização civil.

1. FAMÍLIA E SEUS PRINCÍPIOS BÁSICOS

Para entendermos a possibilidade de indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo, primeiramente, precisaremos relembrar a evolução do instituto Família, seus conceitos e princípios fundamentais.

Ao nascer o primeiro contato que o ser humano tem é com a família. É dela que surgem os valores e exemplos a serem seguidos ao longo de nossa vida. Por essa razão analisaremos o conceito de família, mesmo diante da vasta evolução deste instituto, tanto no âmbito jurídico, social e histórico.

1.1 Conceito

A expressão família, etimologicamente, deriva do latim *família*, e designa o conjunto de escravos e servidores que viviam sob a jurisdição do *pater familias*¹. Com sua ampliação, tornou-se sinônimo de Gens que seria o conjunto de agnados (os submetidos ao poder em decorrência do casamento) e os cognados (parentes pelo lado materno).²

A família é uma sociedade natural formada por indivíduos, unidos por laço de sangue ou de afinidade. Os laços de sangue resultam da descendência. A afinidade se dá com a entrada dos cônjuges e seus parentes que se agregam à entidade familiar pelo casamento³.

Diante desses termos, podemos considerar que a antiga família seria um grupo onde o pai consistia em ser o chefe, devido o *pater* poder e à mãe não exercia os mesmos direitos,

¹ **Dicionário de Brocardos Latinos – Jurídica.** Pai de Família; Disponível em: http://www.opejuris.com/2010/09/blog-post_3053.html. Acesso em 20 de junho de 2012

² NOGUEIRA, Mariana Brasil S de. **A Família: Conceito E Evolução Histórica E Sua Importância.** Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>>. Acesso em 20 de junho de 2012.

³ NOGUEIRA, Mariana Brasil S de. **A Família: Conceito E Evolução Histórica E Sua Importância.** Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>>. Acesso em 20 de junho de 2012.

esses direitos seriam os de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e educando-os para a sociedade e a vida.

1.2 Considerações históricas

A Antiga Roma sistematizou normas severas que fizeram da família uma sociedade patriarcal. A família romana era organizada preponderantemente, no poder e na posição do pai, chefe da comunidade. O pátrio poder tinha caráter unitário exercido pelo pai. Este era uma pessoa *sui jûris*, ou seja, chefiava todo o resto da família que vivia sobre seu comando, os demais membros eram *alini jûris*⁴.

Como exposto em linhas passadas, nas antigas instituições familiares o pai era a figura central como se fosse o chefe da família, sempre tinha ao seu redor esposa e filhos. E sobre eles detinha o poder de comando. Tendo inclusive o poder de decidir sobre a vida e a morte de seus filhos.

Conforme afirma Miranda (2003, p.2):

A família era a reunião de pessoas colocadas sob o poder pátrio de um chefe único. A família compreendia, portanto, o pátrio poder, que era o chefe, os descendentes ou não, submetidos, e a mulher, que se considerava em condição análoga à de filha: *loco filie*⁵. O pater famílias e as pessoas sob seu poder eram unidos entre si pelo parentesco civil.

A família matrimonial era a única entidade familiar existente nos séculos passados. Dentre todas as instituições ela foi a que mais sofreu alterações ao longo dos séculos, como sempre esteve ligada à noção de matrimônio, muitas vezes sendo formada principalmente por interesses patrimoniais e políticos.

⁴ NOGUEIRA, Mariana Brasil S de. **A Família: Conceito E Evolução Histórica E Sua Importância**. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>>. Acesso em 20 de junho de 2012.

⁵ **Dicionário de Brocardos Latinos – Jurídica**. Lugar de Filha; Disponível em: http://www.opejuris.com/2010/09/blog-post_3053.html. Acesso em 20 de junho de 2012.

Com a evolução da sociedade, a família começou sair do conceito matrimonial passando a dar lugar às relações afetivas. Deixou de ser vista pela lei como uma instituição originada única e exclusivamente do casamento, passando a ser reconhecida por diversas formas, inclusive tendo o reconhecimento da união estável e união homossexual, como entidade familiar.

Sendo assim, aos poucos a família deixou de ser uma instituição com interesses simplesmente pecuniários, passando a ser entendida como uma instituição merecedora de tutela jurídica, atentando aos seus integrantes para que possam se desenvolver plenamente com igualdade, amor e solidariedade.

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 de família, etc. Tais alterações foram acolhidas, de modo que a atender à preservação de coesão familiar e dos valores culturais, acompanhando a evolução dos costumes dando-se à família moderna o tratamento legal mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole de diálogo entre os cônjuges ou companheiros.

Deixa a família de ser percebida como mera instituição jurídica para assumir feição de instrumento para a promoção da personalidade humana, mais contemporânea e afinada com o tom constitucional da dignidade da pessoa humana. Não mais encerrando a família um fim em si mesma, finalmente, averba-se que ninguém nasce para constituí-la (a velha família cimentada no casamento, não raro, arranjado pelo pai que prometia a mão de sua filha, como se fosse uma simples negociação patrimonial). Ao revés, trata-se do lugar privilegiado, o ninho afetivo, onde a pessoa nasce inserida e no qual modelará e desenvolverá a sua personalidade, na busca da felicidade, verdadeiro desiderato da pessoa humana. Está é a família da nova era.⁶

⁶ NOGUEIRA, Mariana Brasil S de. **A Família: Conceito E Evolução Histórica E Sua Importância**. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>>. Acesso em 20 de junho de 2012.

Diante da citação acima, podemos compreender que mesmo com tantas mudanças e inovações, a família ainda tem por base a presença do afeto, da compreensão, da atenção, do cuidado, do amor, por parte de todos os membros.

Esses sentimentos são capazes de motivar a presença de uma estrutura familiar sólida, onde todos se respeitam, ouvem e são ouvidos, independentes de quem são, e de quantos são os indivíduos envolvidos, superando a figura do pai que estava acima de tudo.

Como exposto em linhas, passadas essa nova era de família passou a ser amparada pela Constituição Federal de 1988, que garantiu a proteção a seus interesses de diferentes formas, bem como trouxe também para o Estado o dever de protegê-la.

No artigo 226 da Constituição Federal de 1988 estabelece que: “A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado”. A Constituição oferece amparo à família, à criança, aos adolescentes, e idosos, garantindo direitos inerentes ao ser humano como direitos fundamentais, elevando a dignidade da pessoa humana.

Após as garantias oferecidas pela Constituição Federal de 1988, aos poucos foram surgindo às legislações infraconstitucionais que também vieram para proteger a família, podemos citar o Código Civil de 2002, que aderiu 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 o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, e do Estatuto do Idoso, da Lei do divórcio, enfim textos legislativos que inovaram que possibilitaram um novo olhar sobre as relações de família e do afeto.

1.3 Princípios Básicos do direito de família

1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana pelo simples fato de “ser” humana, a pessoa merece todo o respeito, independentemente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição social e econômica⁷.

A constituição Federal de 1988 assegura ao homem a dignidade de pessoa humana, em seu artigo 1 inciso III:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

Por meio desse artigo, o homem passa a se sentir aceito e protegido, impondo-se a todos perante a ele o dever de respeito e inviolabilidade de seus direitos, inclusive em face ao Poder Público.

Temos como exemplo, quando uma criança nasce, necessita sentir calor humano para perder o medo e a insegurança que seu nascimento gerou, pois saímos de uma situação protetora, e entramos num mundo novo e desconhecido. Assim é o sentimento que o homem deve ter, diante da sociedade e do Estado, que o deve receber de uma forma que não viole seus direitos.

Por isso que, sua vida em sociedade possui um valor em especial, e deve ser resguardado especialmente por ser garantidora da dignidade humana e da igualdade, que no final representa sua própria condição efetivada.

Dias (2005, p. 66), descreve que:

O afeto é apontado atualmente, como um dos principais princípios que rege as relações familiares. Mesmo não constando a palavra afeto na Constituição Federal como um direito fundamental, pode-se dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana e que está implícito no mesmo.

⁷ Disponível em: < <http://www.comunidademaconica.com.br/Artigos/5778.aspx>>. Acesso em 17 de junho de 2012.

Analisando os princípios da dignidade e da igualdade, podemos notar que eles são elementos essenciais na legitimação do afeto, direcionando-nos ao direito transindividual de viver em ambiente saudável e sustentável, melhor qualidade de vida inclusive as gerações futuras, partindo-se do pressuposto de uma concepção ampla acerca do que seja essa dignidade.

Sendo assim diante de todos os direitos garantidos, a Constituição Federal de 1988 descreve alguns em seu artigo 6º:

São assegurados os direitos a uma vida digna a todos os cidadãos, 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.

Trata-se de direitos básicos, fundamentais e imprescindíveis, garantidos a todos, e devem ser atendidos sem nenhuma forma de desigualdade.

1.3.2 Princípio da Solidariedade

No ordenamento jurídico Brasileiro, o princípio da solidariedade este expresso no título I – Dos Princípios Fundamentais da Constituição Federal de 1988, em seu inciso I no seu art. 3º, onde descreve que: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Diante desse fundamento jurídico, busca-se a solidariedade familiar, sendo que o princípio da solidariedade está lado a lado com o princípio da dignidade humana, constituindo núcleo essencial da organização da nova ordem jurídica brasileira, a qual assegura a convivência familiar baseada no compartilhamento de afetos e responsabilidades, cada um para com os outros.

A solidariedade é um sentimento recíproco que estabelece um vínculo moral entre as pessoas envolvidas, 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.⁸

Diante desse sentimento recíproco que estabelece a solidariedade, entre os membros da família, podemos então confirmar que é dever dos pais amparar seus filhos enquanto não atingirem a maioridade civil ou por outra causa determinada pela legislação.

Esse dever de amparo 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 às 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.

Sabemos que, tratando-se 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 artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

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

Podemos destacar que vivendo uma criança em uma família desestruturada, tende a necessitar mais a assistência do Estado, pois é sábio que esta forma de atenção às necessidades sociais não consegue ser efetivamente aplicada devido aos problemas sócio-econômico-culturais que nosso país se encontra.

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. O Princípio da solidariedade. Disponível em: < <http://www.idcivil.com>>. Acesso em 17 de junho de 2012

Sendo assim, o Estado assegura a assistência à família na pessoa de todos os 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.

1.3.3 Princípio da Afetividade

Afetividade é a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido. É o estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outro ser ou objetos. Pode também ser considerado o laço criado entre humanos, que, mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte de amizade mais aprofundada⁹.

No mundo contemporâneo, com a inserção da mulher no mercado de trabalho, os avanços na genética, a família vem deixando de ser uma instituição de submissão a reprodução, ao casamento, ao sexo. 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 membros¹⁰.

Portando o afeto vem deixando de ser um mero sentimento, e tornando-se o novo elemento das relações familiares, sendo uma força propulsora da nova concepção de família, fruto da sociedade moderna, o qual se traduz no desejo de estar junto a outra pessoa ou pessoas, de se fazer presente, de querer bem.

Filho é algo mais do que ser sucessor. Pai é muito mais que depositar numa conta uma quantia em dinheiro no final do mês. É estar presente na vida do filho, é ir às reuniões escolares, é dividir conversas, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações, é

⁹ Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Afetividade>>. Acesso em 17 de junho de 2012.

¹⁰ Considerações Sobre o Princípio Jurídico da Afetividade no Direito de Família à Luz da Constituição Federal/88. Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br>. Acesso em 17 de junho de 2012.

mostrar caminhos, aprender, receber e fornecer informação, é dar afeto, atenção, apoio, abraços em datas especiais principalmente, e mostrar-se necessário no convívio do dia a dia.

Ser pai é poder proporcionar o perfeito desenvolvimento físico e mental do filho através do afeto prestado. O afeto é mais importante que consangüinidade, pois pais são os que criam, que amam, que cuidam, não os que colocam no mundo. Aí está o verdadeiro sentido de ser pai.

Diante dos parágrafos anteriores, podemos concluir que, a imensa dimensão do princípio da afetividade tem fundamento constitucional, implícito no princípio maior, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que é através desse princípio que a Constituição Federal proporciona a proteção do afeto.

No que diz respeito à família, 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 família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade¹¹.

O modelo atual de família tem por base a prevalência de laços afetivos entre seus integrantes; como já foi dito em linhas passadas o dever dos pais vai além de arcar com os custos meramente materiais, ou seja, assumem a educação e a proteção de seus filhos, isto é, independente da existência de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles.

A família deve assentar no afeto do dia a dia, sustentado-se no companheirismo, colaboração, amizade, convivência. O afeto está presente nas relações familiares, tanto na convivência entre o homem e a mulher, como na relação entre pais e filhos, mesmo não advindos do vínculo biológico.

A ausência de afeto ainda no início da formação da personalidade do ser pode desenvolver, na criança e no adolescente, problemas psíquicos, baixa auto-estima, sensação de rejeição e abandono com conseqüente dificuldade de relacionar-se socialmente em virtude da ausência de orientação, de demonstração efetiva de como viver em sociedade. Inicialmente

¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/527>>. Acesso em 17 de junho de 2012.

fora afirmado que é na família que a criança desenvolve sua noção primeira da vida comunitária, a partir das experiências vividas no núcleo familiar é que percebe como respeitar o outro. A questão do abandono afetivo envolve não apenas interesses privados, mas é uma questão de ordem pública que gera conseqüências para toda a sociedade, tendo em mente que a criança com dificuldade para relacionar-se e sem a correta educação quanto aos valores que deve seguir leva para a sociedade seu comportamento desregrado¹².

A criança precisa sentir-se protegida, que pertence a uma família, e somente consegue 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 de 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 aquela que tinha outrora, pois 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.

Essa afetividade familiar é conquistada através de uma relação 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.

Aos poucos a afetividade vai colocando em xeque o estado de filiação, analisando qual seria mais importante, os laços de sangue ou, os laços baseados exclusivamente pelo afeto, pautados por desejos afetivos.

¹² MIRANDA, Amanda Oliveira Gonçalves de. Responsabilidade civil dos pais nos casos de abandono afetivo dos filhos. *Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3242, 17 maio de 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21799>> Acesso em: 13 de setembro de 2012.

A família não deve mais ser vista como uma instituição de poder, mais sim como uma instituição afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestadas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Consolidado como um grupo onde todos defendem os interesses de um, e de todos, sendo um lugar onde o ser humano possa se desenvolver plenamente.

Todavia, sabemos que nem todas as famílias são assim, e que na maioria delas a falta do afeto e o desamparo pelos pais, vem gerando aos filhos danos irreparáveis danos esses que vão ter que ser reparados pelos pais.

Devido o aumento de casos assim, onde pais abandonam afetivamente seus filhos, a maioria dos tribunais de justiça do país está adaptando a nova realidade, ou seja, vem decidindo a favor da afetividade por ser de inquestionável finalidade de inclusão social e a valorização da criança no que tange a sua essência como pessoa sujeito de direitos especiais.

Diante disso, no segundo capítulo abordaremos sobre a responsabilidade civil, e seus aspectos e elementos relevantes, os quais facilitam a identificar o dano causado ao ofendido.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

Dando continuidade ao estudo, analisaremos os aspectos relevantes sobre responsabilidade civil, visto que este instituto busca garantir à reparação material e moral a vítima que sofre o dano. Consequentemente será mais fácil de identificar a modalidade de responsabilidade civil proveniente do dano moral por abandono afetivo.

2.1 Aspectos históricos da Responsabilidade Civil

2.1.1 Código de Hamurabi

O dano moral surgiu de forma muito primitiva, na Mesopotâmia, através do Código de Hamurabi (Rei da Babilônia).¹³ No Código, há dispositivos a respeito de todos os aspectos da vida da sociedade babilônica, como: comércio, família, propriedade, herança, escravidão, sendo os delitos acompanhados de respectivas punições das mais variadas de acordo com a categoria social do infrator e da vítima.

O referido Código dispõe de 282 dispositivos legais, conhecido por intermédio de uma versão escrita, sobre uma pedra basáltica encontrada em Susa, no Irã. Hoje essa pedra encontra-se guardada no Museu de Louvre.¹⁴

As justas leis que Hamurabi, o sábio rei, estabeleceu, demonstrava profunda preocupação com os lesados, destinando-lhe reparação exatamente equivalente. Como exemplo a regra “olho por olho, dente por dente”, era a forma de reparação do dano causado, conforme se verifica os parágrafos 196, 197 e 200 do Código de Hamurabi. O Código de

¹³ MEDEIROS, Cristiano Carrilho S de. **Manual de história dos Sistemas jurídicos**. Disponível em: <<http://www.ufmt.br/fd/Download/Monografias/Monografia-Indenizacao-Dano-Moral.pdf>>. Acesso em 09 de maio de 2012.

¹⁴ OLIVEIRA, Adriane Stoll de. **A codificação do direito**. Jus Navigandi, Teresina, 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3549>>. Acesso em 09 de maio de 2012.

Hamurabi define outra modalidade de reparação de dano, com pagamento em pecúnia, na forma de compensar a dor, idéia que resultou na chamada teoria da compensação econômica, satisfazendo através dos danos extrapatrimoniais.¹⁵

O Poder Judiciário antes do reinado de Hamurabi era exercido nos templos pelos sacerdotes em nome dos deuses. Hamurabi não apenas regulamentou, mas, também organizou cuidadosamente o processamento das ações, sua propositura, o reconhecimento ou não pelo juiz, depoimento de testemunhas e diligências, por fim a sentença, incluindo até o Ministério Público em sua organização judiciária, para uma, melhor utilização do direito como ferramenta de controle. Os dispositivos legais descritos na época do reinado de Hamurabi foram adequados para o seu tempo, refletindo em outros sistemas jurídicos anteriores.

2.1.2 Leis de Manu

Existiu na Índia um personagem místico, Manu, que era muito respeitado pelos brâmanes (membros da mais alta das castas hindus, a dos homens livres), motivo por ser sua obra legislativa de suma importância na época. Manu era religioso e elaborava textos jurídicos. Foi considerado pai do Hinduísmo, e até os dias de hoje é a religião que predomina na Índia.¹⁶

O Código de Manu demonstrou um avanço ao Código de Hamurabi, uma vez tratando de forma diferente a reparação ao dano em pecúnia, ao invés do que trazia a lesão reparada por lesão de igual valor.¹⁷ O Código tem por característica a ética social, com a reparação em

¹⁵ CARMO, Júlio Bernardo do. **O Dano Moral E Sua Reparação No Âmbito do Direito Civil E do Trabalho**. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_54/Julio_Carmo.pdf> Acesso em 09 de maio de 2012.

¹⁶ MEDEIROS, Cristiano Carrilho S de. **Manual de história dos Sistemas jurídicos**. Disponível em: <<http://www.ufmt.br/fd/Download/Monografias/Monografia-Indenizacao-Dano-Moral.pdf>>. Acesso em 09 de maio de 2012.

¹⁷ FERREIRA, Rogério Campos. **Indenização Por Dano Moral: Fixação do Quantum Debeatur**. Disponível em: <http://www.ufmt.br/fd/Download/Monografias/Monografia-Indenizacao-Dano-Moral.pdf>>. Acesso em 09 de maio de 2012.

valor pecuniário, deixando de ser o agressor de alvo de vingança, desaparecendo o período de desforra por parte da vítima.

2.1.3 Roma

A responsabilidade civil no Direito Romano obedecia à seguinte divisão: *Lex das XII Tábuas* – *Lex duodec tabular* (ou também *Lex Decenviralis* – 450 a. C), *Lex Aquilia*- 286 a. C e a legislação justiniana-528/534 a. C que por sua vez subdividia-se em: O Codex Justinianus e o Digesto.

Como salienta Castro, (2005, p.110): (...) não há limites para a represália quando um indivíduo cometia um crime. Era de livre vontade do ofendido a vingança, embora atenuando este fato houvesse outro: não tinha os romanos, a nítida distinção entre punição e ressarcimento.

Segundo Rodolfo Filho (2003 p.p 49-50): Os romanos vítimas de injúria utilizavam a ação pretoriana denominada *Actio injuriarum aestimatoria*¹⁸, pleiteando a reparação em dinheiro, ficando a cargo de o juiz decidir o *quantum*¹⁹, moderadamente devido aos fatos.

Não resta dúvida que os romanos através da pena pecuniária buscassem a reparação do dano, embora houvesse vestígio da pena de talião, encontrada na lei das XII Tábuas, em seu § 11, VII da mesma Lei: “Lei alguém fere a outrem, que sofra pena de Talião, salvo se existir acordo”. Sobretudo os romanos tinham noções sólidas do dano moral, é inegável que houve um aperfeiçoamento ao longo dos séculos.

¹⁸ **Dicionário de Brocardos Latinos – Jurídica.** Pronúncia: áquicio Injuriarum – estimatória: É a ação de avaliação das injúrias. Disponível em: http://www.opejuris.com/2010/09/blog-post_3053.html. Acesso em 11 de maio de 2012.

¹⁹ **Dicionário de Brocardos Latinos – Jurídica.** (Pronúncia: cuântum.) Quantia; quantidade indeterminada. Disponível em: http://www.opejuris.com/2010/09/blog-post_3053.html. Acesso em 11 de maio de 2012.

Diniz (2009, p. 10), assevera que:

A responsabilidade civil apresentava um aspecto de vingança coletiva, onde um grupo de pessoas se reunia contra o agressor, e a ofensa se caracterizava contra um indivíduo do grupo. Com o passar do tempo evoluiu para uma reação individual, onde a vingança se caracterizava pelas próprias mãos. O Estado intervinha só nos casos de abusos, determinando a forma que seria aplicada ao agente à pena equivalente ao sofrido pelo lesado. Vivendo sob a égide da Lei de Talião, “olho por olho, dente por dente”, quem por ferro fere, com ferro será ferido.

Ainda segundo os ensinamentos de Diniz (2009, p. 11):

A *Lex Aquilia de damno* veio cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano impondo ao patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação. Tendo a culpa como responsabilidade se provado que ele não teve culpa. Tempos depois o Estado começou a intervir nos casos particulares, fixando valores ao prejuízo causado, obrigando a vítima a aceitar a quantia certa em dinheiro, renunciando assim a vingança.

Segundo Venosa (2008, p. 18 e 19) a *Lex Aquilia* é o divisor de águas da responsabilidade civil, como explica:

Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem da responsabilidade extracontratual. Por essa razão, denomina-se também responsabilidade aquiliana essa modalidade. A *Lex Aquilia* foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens. Como os escravos eram considerados coisas, a lei também se aplicava na hipótese de danos ou morte deles. Punia-se por uma conduta que viesse a ocasionar danos.

Com a modernidade surgiu nova ideia de indenizar, pois o perigo à vida torna mais vulnerável aos riscos cotidianos. Com base na culpa do agente basta provar o ato danoso, uma vez que não precisa provar a culpa da vítima. Arcando assim com os riscos ocasionados, independentes de culpa.

2.2 Conceitos

Conforme Rodrigues (2003, p.20) conceitua que a responsabilidade civil é uma obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou de coisas que dela dependem.

Já para Cavalieri Filho (2007, p.2), a responsabilidade Civil deve:

Atingir a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que corresponde, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Fala-se, até em um dever geral de não prejudicar a ninguém.

Diniz (2009, p.35) conceitua a responsabilidade civil como sendo:

A aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa a quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou simples imposição legal.

Para Stolze (2005, p. 9), o conceito de responsabilidade civil:

Que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às conseqüências do seu ato (obrigação de reparar).

No direito Brasileiro a Responsabilidade Civil tem seu embasamento no artigo 927, parágrafo único do Código Civil brasileiro que descreve:

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

Parágrafo Único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A responsabilidade civil tem como base a ideia de culpa. Aquele que causar dano a outrem, mesmo que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência. Tem por consequência a obrigação de reparar o dano.

Diniz (2009, p.37 e 38), entende que para haver o dever de reparar requer:

A existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco. A regra básica é que a obrigação de indenizar, pela prática de atos ilícitos, advém da culpa. Trata-se de ato ilícito se a ação contrariar dever geral previsto no ordenamento jurídico, integrando-se na seara de responsabilidade extracontratual, (CC, art. 186 e 927), e se ela não cumprir obrigação assumida, caso em que se configura a responsabilidade contratual (CC art. 389).

Ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por um fato de animal ou coisa a ele vinculada. Não pode haver responsabilidade civil sem dano, que deve ser certo, a um bem ou interesse jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão.

Nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não pode existir sem o vínculo entre a ação e o dano. Se o lesado experimentar um dano, mas este não resultou da conduta do réu, o pedido de indenização será improcedente. Será necessária a existência de causa excludente de responsabilidade, como p.ex. ausência de força maior, de caso fortuito ou de culpa exclusiva da vítima.

Confirma Gonçalves (2007, p. 1-3):

Não basta gerar o dever de indenizar, a prática de um ato lesivo aos interesses de outrem. É indispensável à ilicitude, que constitui a violação de um dever jurídico preexistente (violar direito e causar dano, como preceitua o art. 186).

É consenso geral que não se pode prescindir, para a correta conceituação de culpa, dos elementos, previsibilidade e comportamento do homo *medius*. Só se pode, com efeito, cogitar de culpa.

Quando o evento é previsível. Se, ao contrário, é imprevisível, não há de cogitar de culpa. (...) o Código Civil pressupõe sempre a existência de culpa *lato sensu*, que abrange o dolo (pleno conhecimento do mal e perfeita intenção de praticá-lo), e a culpa *stricto sensu* ou aquiliana (violação de um dever que o agente podia conhecer e observar, segundo os padrões de comportamento médio).

Portanto a Responsabilidade Civil é o dever de reparar o dano causado a outrem, decorrente de violação de um direito. Não se pode negar que aquele que sofreu o dano, tanto moral, quanto patrimonial, não pode ficar sem ressarcimento. Com o surgimento de vítimas

das mais variadas espécies de relações, a sensibilidade com a situação tem gerado uma intensidade em torno de Responsabilidade Civil.

Salienta Venosa (2008, p. 01) algumas considerações:

Responsabilidade civil implica sempre no exame de conduta voluntária violada de um dever jurídico. Em princípio, toda atividade que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização. (...) O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

Na verdade o que se avalia é a conduta do agente, ou seja, o ato ou fato, o que não impede que um único ato gere por si um dever de indenizar. De acordo com Venosa (2008, p. 05), no campo da responsabilidade Civil, está inserido o que necessita, ou seja, a conduta reflete na obrigação de indenizar.

Sob esse mesmo prisma, ele ainda salienta que:

A responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiros, o qual, de uma forma ou de outra, no ordenamento, esta ligado ao ofensor. Se não puder ser identificado o agente que responde pelo dano, este ficará irressarcido; a vítima suportará o prejuízo.

Assim sendo, a responsabilidade Civil é reconhecida como princípio restaurador de um equilíbrio e moral do direito violado. Atualmente, busca-se alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando a finalidade e de que cada vez menos danos seja irressarcidos por vez de se tratar de uma busca pelo equilíbrio entres as partes.



2.3 Responsabilidade Civil no Direito de Família

No ramo do Direito de Família a responsabilidade civil demorou a ser aceita, tendo em vista que os temas referentes à família são polêmicos e à quantificação dos valores pecuniários indenizatórios serem inestimáveis.

Há alguns anos atrás a reparação de danos morais extrapatrimoniais através de pecúnia, era visto como desonesto, e feria a tradição Romana. Porém com o advento de nossa Carta Magna de 1988, que trouxe em seus incisos V e X, do artigo 5º, que:

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

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

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

Sendo assim, esse fundamento legal está proporcionando a proteção aos membros das famílias através da reparação por danos morais que está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente no que se refere ao desenvolvimento da criança e do adolescente em condições dignas. Devendo os genitores exercer seus papéis de forma com o que pede a lei.

Esses papéis devem ser exercidos de maneira solidária e responsável, em suas relações parentais, buscando cumprir seus deveres, que se descumpridos, acarretam danos extrapatrimoniais.

Porém, com a facilidade atual de se desfazer os vínculos matrimoniais, através de separações e divórcios, acabou trazendo também o rompimento do vínculo afetivo entre pais e filhos, levando-os a recorrer ao Poder Judiciário em busca de reparação por danos morais, através de pecúnia, pela falta de afeto prestado pelos seus genitores. Não é adequado que os

genitores fiquem impunes ante ao descumprimento de suas responsabilidades para com seus filhos.

2.4 Elementos da responsabilidade civil

Veremos adiante os elementos da responsabilidade civil que são adotados pela doutrina, para caracterizar o dever de indenização.

2.4.1 Culpa e Conduta Humana

Conforme salienta Diniz (2009, p. 46):

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de omissão de diligência ou cautela. (...) a culpa abrange a imperícia, a negligência e a imprudência. A imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é precipitação ou ato de proceder sem cautela.

A conduta é o elemento central do ato ilícito, suas espécies são a ação e a omissão. Segundo o doutrinador Cavalieri Filho (2007, p.24), sobre o conceito de conduta, “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através uma ação ou omissão, produzindo conseqüências jurídicas”. A omissão torna o agente responsável pelo dever jurídico de agir, mas não o fez e não impediu que o resultado se concretizasse.

A conduta humana pode se dar por dolo ou por culpa. O dolo como a ação ou omissão do agente que avançar com o propósito de alcançar o resultado danoso. Já a culpa caracteriza-se como sendo uma omissão de diligência exigível, que nem sempre acontece com uma violação da lei.

Stolze (2005, p. 33) entende que a conduta humana é o primeiro elemento da responsabilidade Civil. Sendo que um fato da natureza que não causa dano, não caracteriza responsabilidade civil, por não ser atribuído ao homem. No entanto somente o homem, por si ou por meio de pessoa jurídica, poderá ser civilmente responsabilizado.

Ficando fácil entender que ação ou omissão humana voluntária é pressuposto necessário para configuração da responsabilidade civil, ou seja, da conduta humana positiva ou negativa, guiada pela vontade do agente, que desemboca o dano ou prejuízo. Tendo por fundamento, a voluntariedade e o discernimento necessário para aquilo que está fazendo. Portanto, não há de falar em responsabilidade civil sem o elemento da vontade, ou seja, ação humana.

Explica Stolze (2005, p. 33), acerca da classificação da conduta humana, de forma pela qual a ação humana divide em:

Positiva e negativa. Sendo a positiva delas traduz-se pela prática de um comportamento ativo, positivo, a exemplo do dano causado pelo sujeito que, embriagado, arremessa o seu veículo contra o muro do vizinho. A segunda forma de conduta, por sua vez, é de intelecção mais sutil. Trata-se de atuação omissiva ou negativa, geradora de dano. Se, no plano físico, a omissão pode ser interpretada como um “nada”, um “não fazer”, uma “simples abstenção”, no plano jurídico, este tipo de comportamento pode gerar dano atribuível, ao omitente, que será responsabilizado pelo mesmo.

Salienta Venosa (2008, p.37), a cerca da conduta humana:

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgredir um dever.

Já para Stolze (2005, p. 36), a conduta humana e o ilícito podem ser entendidos como:

De fato, uma vez que a responsabilidade civil nos remete à idéia de atribuição das conseqüências danosas da conduta ao agente infrator, é lógico que, para a sua configuração, ou seja, para que haja a imposição do dever de indenizar, a referida atuação lesiva deve ser contrária ao direito, ilícita ou antijurídica.

Neste sentido entende Stolze que para haver o dever de indenizar, a ação humana ensejadora da responsabilidade deve ser contrária a lei, sendo ilícita ou antijurídica.

2.4.2 Dolo

No dolo o agente tem consciente intenção de provocar o dano a outrem mesmo sabendo que a sua atitude vai causar um resultado lesivo ele prossegue deliberadamente.

Cavaliere Filho (2007, p.31) conceitua dolo como:

Pode-se definir dolo como sendo a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito. É a infração consciente do dever preexistente, ou o propósito de causar dano a outrem. O dolo também se caracteriza pela ação ou omissão do agente que, antevendo o dano que sua atividade vai causar, deliberadamente prossegue, com o propósito, mesmo, de alcançar o resultado danoso.

2.4.3 Dano

O artigo 927, Código Civil de 2002, diz que: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Diniz (2009, p. 61) descreve dano como:

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar. (...) porque a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, que, logicamente, não poderá concretizar-se onde nada há que reparar.

Ainda neste sentido, Diniz (2009, p.61) entende que sem a existência de um dano a um bem jurídico, não há responsabilidade civil, sendo necessariamente imprescindível a prova

real e concreta da lesão. Sendo, necessário, comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, em seu efeito jurídico.

O dano é considerado como sendo a efetiva diminuição do patrimônio da vítima. Entretanto, com as novas noções de danos morais, podem ser considerados também os danos de ordem extrapatrimonial.

Cavaliere Filho (2007, p. 71) “destaca que a vida em sociedade obriga o homem a viver de modo a não causar dano a ninguém, sendo esta a premissa do dever de cuidado objetivo”. Este dever compreende dois momentos: O primeiro desses momentos é a compreensão de qual seja o comportamento adequado para atingir o fim que lhe é proposto, fazendo juízo de ponderação entre as vantagens e os inconvenientes das diversas atuações possíveis. O segundo momento, após o primeiro de compreensão e ponderação, abrange a efetiva atuação nos moldes do comportamento adequado.

Nesse sentido, o ordenamento impõe ao homem comum o dever jurídico genérico para que ele aja de modo a não violar o direito de ninguém, em prol da harmonia social.

2.4.4 Nexo causal

Para Gonçalves (2007, p. 81) a relação de causalidade é “um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar”.

Ainda salienta Gonçalves sobre as excludentes da responsabilidade, que:

Há certos fatos que interferem nos acontecimentos ilícitos e rompem o nexos causal, excluindo a responsabilidade civil do agente. As principais excludentes de responsabilidade civil, que envolvem a negação do liame de causalidade são: o estado de necessidade, a legítima defesa, a culpa da vítima, o fato de terceiro, a cláusula de não indenizar e, especialmente, o caso fortuito ou força maior.

Como veremos no capítulo seguinte, para configurar o nexos causal é necessária uma relação indispensável entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima, ou seja, que exista entre ambos uma relação de causa e efeito.

3. O DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

Como exposto no capítulo anterior, o dano é um dos elementos da responsabilidade civil, nada mais é que a lesão sofrida pelo ofendido, em razão da conduta do agente, que por ação ou omissão viola os direitos amparados pelo nosso ordenamento jurídico.

Neste terceiro capítulo, analisaremos a reparação do dano moral em si, seus elementos jurídicos e principalmente no que diz respeito ao dano moral decorrente do abandono afetivo.

3.1. Breves considerações sobre o dano moral

O dano moral é aquele que fere direitos não patrimoniais inerentes a dignidade da pessoa humana, quais sejam o nome, imagem, honra, privacidade, etc. Veremos adiante alguns conceitos afirmando que o dano moral é passível de reparação.

Cavaliere Filho (2007, p.76) conceitua que:

Dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não material. Dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem um conceito positivo, dano moral é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação, enfim, dor da alma.

Gonçalves (2007, p. 107) seguindo a mesma linha de raciocínio de Cavaliere Filho nos descreve que: “Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu

patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc”.

Segundo Venosa (2003, p. 34) o dano moral, deve:

Guiar-se especialmente pela índole dos sofrimentos ou mal-estar de quem os padece, não estando sujeita a padrões predeterminados ou matemáticos”. O autor indica que dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Não bastasse isso, é preciso considerar também, que dentro da vida familiar o cuidado com a criação e educação da prole se apresenta como a questão mais relevante, porque as crianças de hoje serão os homens de amanhã, e nas gerações futuras é que se assenta a esperança do porvir. E completa: “será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, um desconforto comportamental a ser examinada a cada caso.

Entretanto, conforme os conceitos assim descritos podemos descrever dano moral como sendo aquele dano que não abrange um bem patrimonial, mas sim os direitos da personalidade da vítima, levando ela a sofrer uma lesão de caráter personalíssimo. Como por exemplo: ao experimentar esse tipo de dano, desperta na vítima a vergonha, o ódio, a ira e outros sentimentos de rejeição.

Porém, Cavalieri Filho (2007, p. 80), retrata que só se deve reputar como dano moral:

A dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada está fora da órbita do dano moral, portanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no âmbito familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Também seguindo o conceito de Cavalieri Filho, 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 examinado em cada caso”.

A luz da Constituição vigente, e segundo Cavalieri Filho (2007, p. 76/77), o dano moral possui dois aspectos distintos, quais sejam:

Em primeiro lugar o dano moral em sentido estrito que é a violação do direito à dignidade, e foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada da honra e da imagem, que a constituição inseriu em seu artigo 5, V e X, a plena reparação do dano moral. Em segundo lugar o dano moral em sentido amplo, que envolve diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.

Como já sabemos, o objeto desse estudo é o dano moral por abandono afetivo, originado das relações familiares, na qual os genitores da criança, deixam de exercer suas obrigações, causando trauma emocional à criança. Por isso que no Brasil esse tipo de dano nas relações familiares já tem sido discutido por vários doutrinadores, tanto por aqueles que se dedicam à responsabilidade civil quanto aos estudiosos do Direito de Família.

Porém, o atual Código Civil de 2002, no Livro em que se reporta ao Direito de Família não há previsão específica para reparação dos danos gerados por abandono afetivo, mas os doutrinadores e os Tribunais vêm aplicando mediante a regra no artigo 186 do C.C. “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Tendo em vista a dignidade humana da vítima, também vem se aplicando a proteção legal que se encontra no artigo 1, inciso III, da Constituição Federal: “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”;

3.2 Do nexó de causalidade

Segundo Venosa (2001, p. 517), “o conceito de nexó casual ou relação de causalidade deriva de leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame

da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável”.

Diniz (2004, p. 108), também nos diz que:

A responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade de entre o dano e a ação que o provocou, o vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se nexos causal, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexos representa, portanto uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este não poderá ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.

O nexos de causalidade nada mais é que a relação entre a causa e o efeito entre a conduta praticada pelo agente e o dano suportado pela vítima. O nexos liga a ação do agente ao dano, por meio do qual é possível dizer se aquele deu ou não causa a este. Sendo assim só haverá a necessidade de indenizar se ficar comprovando que o dano suportado pelo ofendido advém da conduta do agente seja ela positiva ou negativa.

Sendo assim, para que se configure e se repare o dano causado pelo abandono afetivo, antes de tudo, um dano à personalidade do indivíduo, exige que seja comprovada a conduta do agente e o nexos de causalidade.

Diante do estudo em questão temos como argumento para justificar o nexos de causalidade à violação do direito, a falta de afeto por parte dos genitores. Afeto esse que é um direito fundamental do filho, uma vez que entre os seus direitos essenciais se coloca, em primeiro plano, o direito de receber afeto dos genitores, que ajudará em sua formação como pessoa humana.

3.3 O abandono afetivo

Abandono, segundo o Dicionário da Língua Portuguesa, significa: “deixar, desamparar, desprezar, renunciar”.²⁰

De acordo com Nunes (1999, p. 02) abandono significa:

Crime que consiste no fato de alguém, por negligência, ou conveniência própria, não guardar com o devido interesse o filho menor, ou tutelado, ou deixar de prestar-lhe a necessária assistência, expondo-o a grave perigo para a sua saúde, segurança e moralidade, possibilitando-lhe assim o desajustamento social. Constitui crime material e intelectual.

Hironaka (2006, p.136) conceitua o abandono afetivo como: “[...] omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeado de afeto, carinho, atenção, desvelo [...]”.

Embora o nosso ordenamento jurídico não disponha sobre esse tema, seria o ato pelo qual o pai deixa seu filho a mercê da própria sorte. Sendo assim está ligado ao descumprimento do dever de convivência familiar, no que tange a criação e participação na vida do infante, observa-se que, em primeiro lugar este deve ser considerado não tão somente como um dever dos pais e sim, essencialmente um direito dos filhos. Ocorre em situações que afasta o infante do convívio dos pais de modo que esta ausência implicaria prejuízo ao seu sadio desenvolvimento, principalmente no que tange a constituição a Dignidade da Pessoa Humana.²¹

Considera-se efetivamente um dever dos pais o afeto, tendo em vista que a sua opinião, caráter e relações pessoais, fiquem frisados na importância da presença no relacionamento entre pai e filho. O relacionamento de amor, carinho, afeto é fundamental para o crescimento emocional da criança.

²⁰ Disponível em: <http://www.webdicionario.com/abandono>>. Acesso em: 22 agosto 2012.

²¹ SILVA, Danielle Fonseca. **O abandono afetivo como ensejador de dano moral nas relações paterno-filiais.** *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21708>>. Acesso em: 22 agosto 2012.

Neste norte Pereira (2006, p.149), aduz muito bem que:

(...) Sua função básica (do pai) estruturadora e estruturante do filho como sujeito, está passando por um momento histórico de transição, de difícil compreensão, onde os varões não assumem ou reconhecem para si o direito/dever de participar da formação, convivência afetiva e desenvolvimento de seus filhos. Por exemplo: o pai solteiro, ou separado, que só é pai nos fins de semana, ou nem isso; o pai, mesmo casado, que não tem tempo para seus filhos; o pai que não paga, ou boicota a pensão alimentícia e nem se preocupa ou deseja ocupar-se com isso; o pai que não reconhece seu filho e não lhe dá o seu sobrenome na certidão de nascimento. Enfim, a ausência do pai e dessa imagem paterna, em decorrência de um abandono material ou psíquico, tem gerado graves consequências na estruturação psíquica dos filhos e que repercute, obviamente, nas relações sociais (...). O mais grave é o abandono psíquico e afetivo, a não presença do pai no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, segurança e proteção.

O relacionamento direito entre pai e filho de carinho, conversa, conquista esperança e preocupações, reforça uma relação de confiança, força. Somente esse relacionamento material e afetivo, poderá trazer ao filho uma condição de desenvolvimento.

Não há dúvida de que o afeto é um benefício legal e um princípio constitucional, além do que proporciona uma relação familiar. Todavia, o menosprezo vindo daquele que jamais deveria eximir-se do afeto, causa angústia ao filho. Desse modo a ausência enseja a indenização para o abandonado afetivamente.

Temos vários comandos legais que nos disponibilizam os deveres dos pais para com os filhos, podemos citar o Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece em seu artigo 22, que: “aos pais incumbem o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhe ainda, no interesse destes a obrigação de cumprir as determinações judiciais”.

A redação do artigo 229 da Constituição Federal de 1988, também faz a menção a deveres dos pais pelos filhos, entre os quais o dever de criação e o de educação: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, (...)”.

Também o artigo 1634 do Código Civil, comando legal prevê as características de exercício do poder de família. Essas características de exercício merecem destaques a direção da criação e o dever de companhia e guarda dos pais em relação aos filhos.

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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

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

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

Venosa (2008, p. 294), entende que: “a respeito do poder de família dos pais o exercício desse poder pressupõe o cuidado do pai e da mãe em relação aos filhos, o dever de criá-los e educá-los conforme a condição e fortuna da família”.

A educação que consta no inciso I do artigo 1634 do Código Civil, não abrange tão somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança. Toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado e educado no seio familiar, seja ela natural ou substituta. O filho deve permanecer na família, e ligado aos pais.

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, 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 pleno nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Basta atentar para os jovens dependentes químicos e verá que grande parte deles deriva de pais que não estavam presente em seu desenvolvimento dando amor e carinho quando mais precisavam.

Adeler (2005, p.4), escreve 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 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.

Os pais não devem deixar seus filhos abandonados, devem atender a prioridade constitucional, de que toda criança e adolescente devem ter o direito à convivência familiar e comunitária.

Segundo Petrini, (2004, p. 57):

É na família que a criança tem a primeira experiência de ser acolhida e amada, sem dar nada em troca, recebe carinho gratuitamente, sem condições prévias, desde que é concebida e nas diversas etapas do seu desenvolvimento. É neste instituto que ela sente o que é pertencer a pai e mãe, não como um objeto, mas como pessoa que tem direito ao respeito, ao diálogo a liberdade no contexto afetivo.

Não restam dúvidas de que tais características são verdadeiros deveres jurídicos, que violados, geram direitos subjetivos a uma indenização pecuniária, muito além do que a simples perda do poder familiar.

No entanto, nas relações entre pais e filhos, são normais controversas, especialmente, as opiniões que defendem que o amor paternal não pode ser resumido em pecúnia, outros cobram pelo ressarcimento, no sentido de reprimenda pela falta de afeto, carinho e amor, negligência dos pais com os filhos, como meio de compensação pelo dano sofrido.

Diante disso, abordaremos no último capítulo se os posicionamentos jurisprudenciais dos Tribunais estão levando em consideração a lesão suportada pelo ofendido, decorrente da falta do afeto, e qual meio para se chegar no valor da reparação do dano sofrido.

4. DO DEVER DE INDENIZAR E O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS.

4.1 O Dever de indenizar

O professor Álvaro Villaça Azevedo considera 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. (Jornal do Advogado – OAB/SP – nº 289, dez/2004, p. 14).

Diante dessa citação, podemos entender que falta dos deveres afetivos, como exemplo: a ausência de afeto, de carinho, amor, a falta de alguém para compartilhar momentos importantes, devem ser reparados pelo genitor que os descumpre, cabendo a ele o dever de indenizar seus filhos, e ao Poder Judiciário compete resolver essa relação entre pais e filhos impondo a indenização, punindo-os pela falta dessas condições que são essenciais para sobrevivência saudável da criança. Sendo assim incontestável a existência do dano e da reparação do mesmo.

Nesse sentido Cordeiro (2007, p. 26) esclarece que:

Não se trata, pois, [...] 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. [...] Tampouco de ‘compensar a dor’ propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave.

Como vimos na citação acima, não se vislumbra a compra do afeto, e sim uma tentativa de minimizar a dor sofrida pela vítima, decorrente do dano causado pelo pai que deixou de oferecer afeto ao filho. Seria mostrar para esse pai que existe uma forma inteligente

de se educar filho dando condições a ele de amar e ser amado, vivendo em um ambiente produtivo, repartindo carinho, dividindo conversas, esperanças e preocupações, que são princípios fundamentais. Dessas obrigações o pai não pode eximir-se.

4.2 O *Quantum* Indenizatório Devido

Como já sabemos que o dever de indenizar surgiu de forma muito primitiva, através do Código de Hamurabi (Rei da Babilônia). Sabemos também que somente depois da promulgação da Constituição Federal 1988 que ficou claro e evidente quanto à possibilidade de reparação por danos morais, contudo outra discussão aflorou, qual seja, a concepção de dano moral e, principalmente, do quantum indenizatório devido.

Nessa seara, a grande dificuldade enfrentada pelos magistrados brasileiros na atualidade se dá em razão de identificar as situações que se enquadrariam como ofensa por dano moral, pois a lei somente prevê a possibilidade de reparação, mas não o define, e, principalmente, o quantum indenizatório a ser estipulado em favor da vítima que teve o seu direito violado.²²

Constatamos também que em vários julgados relativos ao tema em questão, para estipular o *quantum* indenizatório por danos morais é considerado duas características básicas, quais sejam, o seu caráter reparatório e pedagógico.

Quanto ao caráter reparatório sobressai que o valor da indenização não pode resultar em um enriquecimento ilícito da vítima, de forma a onerar desnecessária e abusivamente o ofensor e tampouco que seja ínfimo, pois se assim fosse estaria atuando como fator de estímulo à prática de outros atos.

²² SANTOS, Margarete Martins dos. **Responsabilidade Civil Por Abandono Afetivo**. Disponível em: <<http://jradvogadosmg.adv.br/docs/RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20POR%20ABANDONO%20AFETIVO.pdf>>. Acesso em: 20/09/12.

Sendo assim, no arbitramento da indenização é levada em consideração a intensidade da lesão, sua natureza e repercussão na vida social do ofendido, de modo que haja uma reparação justa que se aproxime o máximo possível do grau da ofensa sofrida, ou seja, devem ser equivalentes.

Por outro lado, tem o caráter pedagógico, uma vez que opera como instrumento preventivo, de cunho educativo, pois irá atuar como fator de desestímulo e exemplo, não só para ofensor, mas para toda a sociedade, para que atos semelhantes não se repitam.

De tal modo, ao imputar ao ofensor dever de reparar o dano moral contra a vítima, opera-se, por consequência, não só o caráter meramente reparatório da medida, mas também o seu caráter pedagógico.

Branco (2006, p.48) elucida que:

Ao oferecer à vítima da ofensa um instrumento para a tutela do interesse violado, o direito está exercendo uma dupla função de sentido altamente pedagógico, pois no âmbito restrito da relação jurídico-obrigacional, estabelecida entre ofendido e ofensor, constitui uma resposta do Estado, que propriamente não repara o prejuízo sofrido, eis que por sua natureza é insusceptível de recomposição, mas procura compensar o mal experimentado, na medida do que é possível fazê-lo, a partir da sua fruição, uma vez que o dinheiro pode proporcionar comodidade e alento ao prejudicado.

Porém, a indenização por danos morais não tem o condão de devolver à vítima o direito violado, uma vez que insusceptível o regresso; então, o seu caráter eminentemente pecuniário tem a finalidade de proporcionar maior conforto e consolo diante das consequências advindas da ofensa.

Percebemos, portanto, que a previsão de uma reparação desvinculada do aspecto patrimonial não resulta como muitos acreditavam, em uma inversão de ordem, de sorte a transformar os valores pessoais em materiais, mas sim na tutela de um direito constitucionalmente consagrado e constantemente violado²³.

²³ SANTOS, Margarete Martins dos. **Responsabilidade Civil Por Abandono Afetivo**. Disponível em: <<http://jradvogadosmg.adv.br/docs/RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20POR%20ABANDONO%20AFETIVO.pdf>>. Acesso em: 20/09/12.

A possibilidade da indenização, não resulta, no que muitos temem, em uma demanda desenfreada de processos em busca de reparação pecuniária por simples transtorno sofrido pelo ofendido, pois sabemos que o julgador analisa cuidadosamente cada caso concreto, de forma a constatar se no caso em análise houve realmente dano moral e se demonstrado aplicará o quantum com certa proporção.

4.3 Posicionamentos dos Tribunais

Sabemos que a demanda em busca da reparação por abandono afetivo vem ganhando espaço nos tribunais, com o passar do tempo, mais processos vem chegando ao Poder Judiciário. Sabemos também que, até o presente momento não há legislação que pacifique esse assunto.

Portanto abordaremos então algumas das decisões dos Tribunais de Justiça, e é último lugar a mais recente decisão da terceira turma do STJ. Um recurso especial número 1.159.242/SP, onde por maioria dos votos, manteve a condenação ao pai de indenizar à filha, no valor de R\$ 200.000,00.

O primeiro julgamento favorável à indenização por abandono afetivo, ocorreu em 2004, foi realizado pela segunda Vara Cível da comarca de Capão da Canoa, no Rio Grande do Sul, trata-se de uma ação número 141/1.03. 0012032-0. No caso, o pai foi condenado a pagar a título de danos morais a importância de R\$ 48 mil reais porque deixou de cumprir com os deveres de visitas acordados judicialmente em ação de alimentos anterior, tendo a decisão transitada e julgada nesses termos. Como veremos abaixo:

EMENTA – INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNOFILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCIPIODA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (Apelação Cível n. 141/1030012032-0 – Comarca de Capão da Canoa – Apelantes(s) A. B. F.).

– Apelado (A) (S): V. P. S. O Representado pela mãe P. D. S. Juiz Mario Romano Maggioni. Data do Julgamento: 01/04/2004. Data da Publicação: 10/04/2004.

Ao fundamentar essa decisão o magistrado considerou 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”²⁴.

No sentido contrário a decisão anterior, um acórdão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, negou-se provimento a uma ação idêntica a anterior, sob os seguintes fundamentos: “o pai não tinha prazer e satisfação no exercício da paternidade, pois o relacionamento com a mãe da autora teria sido apenas uma aventura amorosa passageira; não haveria fundamento legal que obrigasse o pai a amar sua filha, tendo em conta o art. 5º, II, da Constituição Federal; admitir a reparação nesta conjectura seria abrir uma larga porta de incentivo às aventuras mercantilistas do gênero” (Bodin de Moraes, 2009, p 109).

Queremos destacar nessa citação, dois argumentos adotados pelo magistrado para chegar a sua decisão. O primeiro é que não se pode sustentar que a falta de prazer do pai no exercício da paternidade seja um argumento favorável, pois vivemos em uma sociedade que nos inibe a agir pelas nossas próprias vontades. Impondo-nos a solidariedade como condição à vida coletiva.

O segundo seria a falta de fundamento legal que obrigue o pai a amar seu filho. É certo que o Poder Judiciário não pode obrigar o pai a amar o filho. Mas, existem fundamentos legais onde descrevem os deveres que podem ser exigidos dos pais, previstos nos artigos 19 e 22, ECA; 227, CF e 1.634, incisos I e II, CC, já mencionados no presente trabalho.

Outra decisão que merece ser recordada, 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

²⁴ Espaço Vital, disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/columaespacovital18062004a.htm>> Acesso em 20 de setembro de 2012.

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”²⁵.

EMENTA – INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNOFILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TAMG, AC 0408.550-5, Belo Horizonte, 7ª C.Cív., Rel. Juiz Unias Silva, J. 1º.04.2004.

Justificando o dever indenizatório afirmou o ilustre magistrado 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. [...] a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável com fulcro no princípio da dignidade humana”²⁶.

Decisões como essas, e outras mais proferidas pelos Tribunais, deixa clara sutileza e subjetividade da questão envolvida, que possui espaço tanto para argumentos favoráveis quanto desfavoráveis no mesmo processo, demonstrando a necessidade de uma legislação específica para tratar desse determinado assunto.

Por último, convém recordar da mais recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial número 1.159.242/SP, julgado em abril de 2012, a qual, por maioria, manteve a condenação imposta pelo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo ao genitor para pagamento de indenização à filha afetivamente abandonada, no valor de R\$ 200.000,00.

²⁵ SANTOS. Lorena Soares. Disponível em:

<<http://www.pergamum.univale.br/pergamum/tcc/Indenizacaooporabandonoaafetivo.pdf>> Acesso em 20 de setembro de 2012.

²⁶ TAMG – Ap.Civ. Nº 0408550-5-B. Horizonte – 7 a. Câm.Cív. – Rel. Juiz Unias Silva – j. 01.04.2004). Acesso em 20 de setembro de 2012.

A decisão foi relatada pela Ministra Nancy Andrighi, que afirmou: “Amar é faculdade, cuidar é dever”. Segundo ela, não existem restrições legais à aplicação da Responsabilidade Civil nos casos atinentes às relações familiares, mesmo que a subjetividade inerente a esses casos dificulte a comprovação dos elementos que configuram o dano moral, qual seja dano, a culpa do autor e o nexo causal.²⁷

Conforme seu voto na íntegra, que segue no anexo A, a Ministra relatora considerou que o dever de cuidado é essencial e inerente à função parental, podendo ser verificado por elementos objetivos, de caráter concreto, como a presença e o contato. Alertou também que “não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”. Nesse sentido, segue a ementa do julgado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, insurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido²⁸.

²⁷ Segundo informações constantes na página de notícias do Superior Tribunal de Justiça, disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publi.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567>. Acesso em 20/09/2012.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP, da 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 22/09/2012.

Portanto, essa decisão do Superior Tribunal de Justiça, abre um importante precedente que poderá servir de base para decisões futuras. Condenando os pais faltosos pelo abandono afetivo.

4.4 Perspectivas de uma Legislação que atenda à demanda de ações por abandono afetivo.

A Constituição Federal trás em seu bojo princípios e normas que regulamentem o tratamento do instituto família no ordenamento jurídico, os quais são seguidos pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Sendo assim, sabemos não há norma que discipline a questão do abandono afetivo e que sirva de base para os magistrados fundamentarem as suas decisões, o que dá margem para diversas concepções acerca do assunto, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência.

O senador Marcelo Crivella apresentou, em 2007, o PL nº 700, visando modificar o Estatuto da Criança e do Adolescente para que o abandono afetivo seja expressamente considerado uma conduta ilícita capaz de ensejar a responsabilização civil, sem prejuízo das sanções penais²⁹.

O senador Crivella relata como justificativa para o projeto que:

A Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Eis a finalidade desta proposta, e fundamenta-se na Constituição Federal, que, no seu art. 227, estabelece, entre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, o de assegurar as crianças e adolescentes - além do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer - o direito à dignidade e ao respeito.

(...)

Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações

²⁹ Informações do Portal Atividade Legislativa do Senado Federal, disponível em <http://www.senado.gov.br/Atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516>. Acesso em: 22/09/2012.

de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia.

(...)

Portanto, embora consideremos que a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil contemplem a assistência moral, entendemos por bem estabelecer uma regra inequívoca que caracterize o abandono moral como conduta ilícita passível de reparação civil, além de repercussão penal.

Analisando o artigo, a principal alteração trazida pelo projeto, que seja na íntegra como anexo B, consiste no sentido de acrescentar ao artigo 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, um parágrafo único, com a seguinte redação:

Art. 5º. Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral.

Dessa forma, com a aprovação do Projeto de Lei do Senado, o abandono afetivo seria definitivamente considerado uma conduta ilícita, impondo ao genitor que deixou de prestar afeto à criança ao adolescente o dever de indenizá-lo.

É sabido que o projeto está até hoje em tramitação no Senado, e ainda não foi aprovado, caso haja a aprovação, cessará a divergência doutrinária e jurisprudencial, uma vez que existirá uma previsão legal acerca do assunto acabando por resolver a questão. Não havendo a aprovação pelo Congresso Nacional, os casos continuaram sendo decididos com base nas posições doutrinárias, jurisprudenciais.

CONCLUSÃO

Na presente monografia demonstramos que, mesmo diante de tanta evolução, a família saiu de uma relação meramente patrimonialista, para uma relação fundada no afeto, na solidariedade e no companheirismo entre seus membros.

Diante dessa evolução, surgiram normas e princípios para regular essa relação entre eles, por exemplo, a Lei n. 8.068/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, que passou a abordar exclusivamente as questões familiares, sobre tudo a responsabilidade entre pais e filhos.

Demonstramos que a responsabilidade dos pais não se assegura somente na assistência material, e sim também na prestação de cuidado e afeto, durante todo o crescimento do filho, para que o mesmo possa ter um desenvolvimento saudável e completo.

Entretanto, levamos em consideração que essa responsabilidade, também sofreu algumas alterações com o passar do tempo, especialmente no que dizia a respeito à reparação dos danos que não fossem patrimoniais, passando agora a ser assegurado o direito de indenização por danos morais, com o advento do artigo 5, inciso V e X da CF.

Mesmo com o advento do referido artigo, ainda existe controversas de qual dano seria passível de reparação. Foi a partir da análise dos conceitos, que chegaram ao consentimento que à lesão a dignidade da pessoal humana é a mais pertinente à questão estudada. Diante disso, entendemos ser cabível indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo, tendo em vista a lesão sofrida pela prole.

Porém, para que haja a condenação do genitor precisa haver uma efetiva relação de filiação, além de depender de alguns requisitos, quais sejam: a conduta e o nexo de causalidade. Ou seja, o genitor somente poderá ser condenado, se agir com negligência no que toca aos cuidados com a prole.

Diante disso, no quarto capítulo, foi visto que existem várias posições jurisprudenciais, tanto favoráveis quanto desfavoráveis à possibilidade da indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo. De modo que, podemos chegar a uma conclusão que ainda passaremos por várias discussões acerca da matéria. Mas a corrente majoritária segue com o fundamento que, ninguém pode obrigar o pai a amar um filho, mas a cuidar sim, pois o cuidado é um dever legal de todas as pessoas que geram ou adotam filhos.

Nesse sentido, com o aumento da demanda de processo por abandono afetivo, foi demonstrado que, o poder legislativo está buscando tornar o abandono afetivo uma conduta ilícita, através do PL nº 700/2007, apresentado pelo Senador Marcelo Crivella, que busca a alteração de alguns artigos da Lei n. 8.068/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual se aprovado consolidará o abandono afetivo um ato ilícito, podendo o genitor ser responsabilizado civilmente e penalmente.

Todavia, enquanto não houver a aprovação do referido projeto, ou até mesmo outra norma acerca da matéria, o Poder Judiciário, continuará baseando suas decisões de acordo com os princípios e doutrinas, aplicando de acordo com cada caso específico, levando sempre em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, basta simplesmente aguardar que os magistrados usem de seus atributos, de modo que julguem, tornando a família uma entidade alicerçada com princípios, onde seus membros vivam de forma mais feliz possível.

5. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Jornal do Advogado**. São Paulo: OAB, nº 289, 2004.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Método, 2006.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

Código Civil (2002): promulgado em 10 de janeiro de 2002.

CARVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva 2004. Vol. 7.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERREIRA, Alcionir Urcino Aires, **O princípio da afetividade e a reparação civil por abandono afetivo paterno-filial**. Revista Jurídica Consulex – Ano XII – N 272 – 15 de maio de 2008.

FILHO, Rodolfo Pamplona. **O Dano Moral na Relação de Emprego**. 3ª Ed. São Paulo. Ed. LTR.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.v. 1.

GONÇALVES, Carlo Roberto. **Sinopse jurídica (Direito de Família)**, 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva 2007. Vol. 02.

HIRONAKA, Gilselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. In PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A ética da convivência familiar**. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2006.

LEI N 8.069. 13/07/1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo. Editora Saraiva. 2010.

MIRANDA, Ponte de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1989.

NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**. 13. Ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PETRINI, João Carlos. **Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pai, Por que me Abandonaste?** . in FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito e Processo de Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. 02 e 03. 42ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Responsabilidade Civil**. 5º ed., São Paulo: Editora Atlas S.A. 2001. Vol. 04

_____. **Direito Civil, Responsabilidade Civil**. 3º ed., São Paulo: Editora Atlas S.A. 2003. Vol. 04.

_____. **Direito Civil, Responsabilidade Civil**. 5º ed., São Paulo: Editora Atlas S.A. 2005. Vol. 04.

_____. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8º ed., São Paulo: Editora Atlas S.A. 2008. Vol. 04.

Documentos Eletrônicos

CARMO, Júlio Bernardo do. **O Dano Moral E Sua Reparação No Âmbito do Direito Civil E do Trabalho.** Disponível em:

<http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_54/Julio_Carmo.pdf> Acesso em 09 de maio de 2012.

CORDEIRO, Amanda Idalina Menezes. **Indenização por abandono afetivo**, 2007. Disponível em: <<http://www.oabdf.org.br/sites/900/993/00000272.pdf>> Acesso em: 23 de setembro de 2012.

Dicionário de Brocardos Latinos – Jurídica. Pai de Família; Disponível em: http://www.opejuris.com/2010/09/blog-post_3053.html. Acesso em 20 de junho de 2012

FERREIRA, Rogério Campos. **Indenização Por Dano Moral: Fixação do Quantum Debeatur.** Disponível em: <http://www.ufmt.br/fd/Download/Monografias/Monografia-Indenizacao-Dano-Moral.pdf>>. Acesso em 09 de maio de 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação.** Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/527>>. Acesso em 17 de junho de 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin. **O Princípio da solidariedade.** Disponível em: <<http://www.idcivil.com>>. Acesso em 17 de junho de 2012

MEDEIROS, Cristiano Carrilho S de. **Manual de história dos Sistemas jurídicos.** Disponível em: <<http://www.ufmt.br/fd/Download/Monografias/Monografia-Indenizacao-Dano-Moral.pdf>>. Acesso em 09 de maio de 2012.

MELO, Nehemias Domingos de. **Abandono moral. Fundamentos da responsabilidade civil. Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 583, 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6247>>. Acesso em: 23 de setembro de 2012.

MIRANDA, Amanda Oliveira Gonçalves de. **Responsabilidade civil dos pais nos casos de abandono afetivo dos filhos.** Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3242, 17 maio de 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21799>> Acesso em: 13 de setembro de 2012.

NOGUEIRA, Mariana Brasil S de. **A Família: Conceito E Evolução Histórica E Sua Importância.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>. Acesso em 20 de junho de 2012.

OLIVEIRA, Adriane Stoll de. **A codificação do direito.** Jus Navigandi, Teresina, 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3549>. Acesso em 09 de maio de 2012.

Projeto de Lei nº 700/2007 - Informações do Portal Atividade Legislativa do Senado Federal, disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516. Acesso em 22/09/ 2012.

SANTOS, Lorena Soares. **Indenização por Abandono Afetivo.** Disponível em: <http://www.pergamum.univale.br/pergamum/tcc/Indenizacaoporabandonoaafetivo.pdf> Acesso em 20 de setembro de 2012.

SANTOS, Margarete Martins dos. **Responsabilidade Civil Por Abandono Afetivo.** Disponível em: <http://jradvogadosmg.adv.br/docs/RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20POR%20ABANDONO%20AFETIVO.pdf>. Acesso em: 20/09/12.

SILVA, Danielle Fonseca. **O abandono afetivo como ensejador de dano moral nas relações paterno-filiais. Jus Navigandi.** Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21708>. Acesso em: 22 de agosto de 2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial n. 1.159.242/SP, da 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 22/09/2012.

BRASIL. **Comarca de Capão da Canoa, 2ª Vara,** Processo 141/1030012032-0 (ação de indenização), Juiz Mario Romano Maggioni, sentença em 15 de setembro de 2003.

BRASIL. **Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7ª C. Cível.** Apelação 408.550-5. Rel. Juiz Unias Silva, j. 01 de abril de 2004.

ANEXO

**ANEXO A – VOTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 – SP
(2009/0133701-9).**

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTONIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

VOTO

Sintetiza-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável.

I. Da existência do dano moral nas relações familiares

Faz-se salutar, inicialmente, antes de se adentrar no mérito propriamente dito, realizar pequena digressão quanto à possibilidade de ser aplicada às relações intrafamiliares a normatização referente ao dano moral.

Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores.

Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.

Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5.º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde

Superior Tribunal de Justiça

é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.

Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.

Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descumram do múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC-02).

Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos.

2. Dos elementos necessários à caracterização do dano moral

É das mais mezinhas lições de Direito, a triade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral.

No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no

Superior Tribunal de Justiça

vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas.

Sendo esse elo fruto, sempre, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole.

Fernando Campos Scaff retrata bem essa vinculação entre a liberdade no exercício das ações humanas e a responsabilidade do agente pelos ônus correspondentes:

(...) a teoria da responsabilidade relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes. Assim, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações que, se contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, quando atingem componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem. (Da culpa ao risco na responsabilidade civil in: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coords.). *Responsabilidade civil contemporânea*. São Paulo, Atlas, pag. 75)

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.

E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não.

Superior Tribunal de Justiça

À luz desses parâmetros, há muito se cristalizou a obrigação legal dos genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção, impor-se a prisão civil para os que a descumprem, sem justa causa.

Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – obrigação inescapável –, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, aqueles que descumprem essa incumbência, é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso.

2.1. Da ilicitude e da culpa

A responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação, ou omissão, que redunde em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência.

Assim, é necessário se refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie.

Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto.

Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação

Superior Tribunal de Justiça

à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*.

A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc.

Tânia da Silva Pereira – autora e coordenadora, entre outras, das obras *Cuidado e vulnerabilidade* e *O cuidado como valor jurídico* – acentua o seguinte:

O cuidado como 'expressão humanizadora', preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem(...).a autora afirma: 'o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana'. (Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, in: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309)

Prossegue a autora afirmando, ainda, que:

Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. 'Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória'. *O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à relativização de toda a proposta constitucional e legal relativa à privacidade constitucional para a convivência familiar.* (op. cit. pp 311-312 - sem destaques no original).

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o

Superior Tribunal de Justiça

cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Nesse sentido, cita-se, o estudo do psicanalista Winnicott, relativo à formação da criança:

[...]do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial. (WINNICOTT, D.W. A criança e o seu mundo, 6ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008)

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.

Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na

Superior Tribunal de Justiça

parte final do dispositivo citado: "(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)".

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.

Fixado esse ponto, impõe-se, ainda, no universo da caracterização da ilicitude, fazer-se pequena digressão sobre a culpa e sua incidência à espécie.

Quanto a essa monótono o entendimento de que a conduta voluntária está diretamente associada à caracterização do ato ilícito, mas que se exige ainda,

Superior Tribunal de Justiça

para a caracterização deste, a existência de dolo ou culpa comprovada do agente, em relação ao evento danoso.

Eclipsa, então, a existência de ilicitude, situações que, não obstante possam gerar algum tipo de distanciamento entre pais e filhos, como o divórcio, separações temporárias, alteração de domicílio, constituição de novas famílias, reconhecimento de orientação sexual, entre outras, são decorrências das mutações sociais e orbitam o universo dos direitos potestativos dos pais – sendo certo que quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém (*qui iure suo utitur neminem laedit*).

De igual forma, não caracteriza a vulneração do dever do cuidado a impossibilidade prática de sua prestação e, aqui, merece serena reflexão por parte dos julgadores, as inúmeras hipóteses em que essa circunstância é verificada, abarcando desde a alienação parental, em seus diversos graus – que pode e deve ser arguida como excludente de ilicitude pelo genitor/adotante que a sofra –, como também outras, mais costumeiras, como limitações financeiras, distâncias geográficas etc.

Todas essas circunstâncias e várias outras que se possam imaginar podem e devem ser consideradas na avaliação dos cuidados dispensados por um dos pais à sua prole, frisando-se, no entanto, que o torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação a seus filhos, pois, com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar.

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção

Superior Tribunal de Justiça

social.

Assim, cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma constitucional protetiva dos menores – as situações fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade.

2.2 Do dano e do nexo causal

Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexo causal.

Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais.

Porém, não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a situações simeis aos exemplos, porquanto inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, como bem exemplificam os fatos declinados pelo Tribunal de origem.

Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constatado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna.

Superior Tribunal de Justiça

Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Dessa forma, está consolidado pelo Tribunal de origem ter havido negligência do recorrente no tocante ao cuidado com a sua prole – recorrida –. Ainda, é prudente sopesar da consciência do recorrente quanto as suas omissões, da existência de fatores que pudessem interferir, negativamente, no relacionamento pai-filha, bem como das nefastas decorrências para a recorrida dessas omissões – fatos que não podem ser reapreciados na estreita via do recurso especial. Dessarte, impende considerar existente o dano moral, pela concomitante existência da tróica que a ele conduz: negligência, dano e nexo.

3. Do valor da compensação

Quanto ao valor da compensação por danos morais, já é entendimento pacificado, neste Tribunal, que apenas excepcionalmente será ele objeto de nova deliberação, no STJ, exurgindo a exceção apenas quanto a valores notoriamente írisórios ou exacerbados.

Na hipótese, não obstante o grau das agressões ao dever de cuidado, perpetradas pelo recorrente em detrimento de sua filha, tem-se como demasiadamente elevado o valor fixado pelo Tribunal de origem - R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) - , razão pela qual o reduzo para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), na data do julgamento realizado pelo Tribunal de origem

Superior Tribunal de Justiça

(26/11/2008 - e-STJ, fl. 429), corrigido desde então.

Forte nessas razões, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, apenas para reduzir o valo da compensação por danos morais.

Mantidos os ôms sucumbenciais.

ANEXO B – PROJETO DE LEI DO SENADO Nº. 700 DE 2007.

PROJETO DE LEI DO SENADO nº. , de 2007

Modifica a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 ("Estatuto da Criança e do Adolescente") para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 4º da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, renumerado o atual parágrafo único como § 1º:

"Art. 4º

§ 1º

§ 2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.

§ 3º. Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência moral devida aos filhos menores de dezoito anos:

I - a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;

II - a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;

III - a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.(NR)"

Art. 2º Os arts. 5º, 22, 24, 56, 58, 129 e 130 da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 5º

Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental da criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral. (NR)"

"Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, convivência, assistência material e moral e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destas, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (NR)."

"Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que aludem o art. 22. (NR)"

"Art. 58.

IV - negligência, abuso ou abandono na forma prevista nos arts. 4º e 5º desta Lei. (NR)"

"Art. 58. No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, morais, éticos, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade de criação e o acesso às fontes da cultura. (NR)"

"Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

.....
Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 22, 23 e 24. (NR)"

"Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, negligência, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor ou responsável da moradia comum. (NR)"

Art. 3º A Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 232-A:

"Art. 232-A. Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lha o desenvolvimento psicológico e social.

Pena - detenção, de um a seis meses."

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Eis a finalidade desta proposta, e fundamenta-se na Constituição Federal, que, no seu art. 227, estabelece, entre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, o de assegurar a crianças e adolescentes - além do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer - o direito à dignidade e ao respeito.

Mas como conferir dignidade e respeito às crianças e adolescentes, se estas não receberem a presença acolhedora dos genitores? Se os pais não lhes transmitem segurança, senão silêncio e desdém? Podem a indiferença e a distância suprir as necessidades da pessoa em desenvolvimento? Pode o pai ausente - ou a mãe omissa - atender aos desejos de proximidade, de segurança e de agregação familiar reclamados pelos jovens no momento mais delicado de sua formação? São óbvias as respostas a tais questionamentos.

Ninguém está em condições de duvidar que o abandono moral por parte dos pais produz sérias e indelévels conseqüências sobre a formação psicológica e social dos filhos.

Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia.

Algumas decisões judiciais começam a perceber que a negligência ou sumiço dos pais são condutas inaceitáveis à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Por exemplo, o caso julgado

pela juíza Simone Ramalho Novais, da 1ª Vara Cível de São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro, que condenou um pai a indenizar seu filho, um adolescente de treze anos, por abandono afetivo. Nas palavras da ilustre magistrada, "se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade de tê-lo abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de assistência moral, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei". E mais: "O poder familiar foi instituído visando à proteção dos filhos menores, por seus pais, na salvaguarda de seus direitos e deveres. Sendo assim, chega-se à conclusão de ser perfeitamente possível a condenação por abandono moral de filho com amparo em nossa legislação."

Por outro lado, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça não demonstrou a mesma sensibilidade, como deixa ver a ementa da seguinte decisão: "Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária." (Recurso Especial nº. 757.411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgamento em 29/11/2005).

Entretanto, com o devido respeito à cultura jurídica dos eminentes magistrados que proferiram tal decisão, como conjugá-la com o comando do predito art. 227 da Constituição?

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

Ou, ainda, com o que determina o Código Civil: Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 que Institui o Código Civil

"Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar em restrição aos direitos e deveres previstos neste artigo.

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quando ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - tê-los em sua companhia e guarda;"

Portanto, embora consideremos que a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil contemplem a assistência moral, entendemos por bem estabelecer uma regra inequívoca que caracterize o abandono moral como conduta ilícita passível de reparação civil, além da repercussão penal.

Fique claro que a pensão alimentícia não esgota os deveres dos pais em relação a seus filhos. Seria uma leitura muito pobre da Constituição e do ECA. A relação entre pais e filhos

não pode ser reduzida a uma dimensão monetária, de cifras. Os cuidados devidos às crianças e adolescentes compreendem atenção, presença e orientação.

É verdade que a lei assegura o poder familiar aos pais que não tenham condições materiais ideais. Mas a mesma lei não absolve a negligência e o abandono de menores, pessoas em formação de caráter, desprovidas, ainda, de completo discernimento e que não podem enfrentar, como adultos, as dificuldades da vida. Portanto, aceitam-se as limitações materiais, mas não a omissão na formação da personalidade.

Diante dessas considerações, propusemos modificações em diversos dispositivos do ECA, no sentido de aperfeiçoá-lo em suas diretrizes originais. Ao formular o tipo penal do art. 232-A, tivemos a preocupação de dar contornos objetivos ao problema, exigindo o efetivo prejuízo de ordem psicológica e social para efeito de consumação.

Lembramos que compromissos firmados por consenso internacional, e ratificados pelo Brasil, também apontam para a necessidade de aprimoramento das normas legais assecuratórias dos direitos das nossas crianças e adolescentes, vejamos:

Declaração dos Direitos da Criança Adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº. 99.710/1990

PRINCÍPIO 2º

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.

PRINCÍPIO 8º

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão.

Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. (...)

PRINCÍPIO 7º

(...)

Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.

Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990

.....

ARTIGO 9

3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

Assim, crando que a presente proposição, além de estabelecer uma regra inequívoca que permita a caracterização do abandono moral como conduta ilícita, também irá orientar as decisões judiciais sobre o tema, superando o atual estágio de insegurança jurídica criado por divergências em várias dessas decisões, é que confiamos em seu acolhimento pelos nobres Congressistas, de sorte a permitir a sua rápida aprovação.

Sala das Sessões,

Senador MARCELO CRIVELLA