



INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM DECORRÊNCIA DE ABANDONO AFETIVO PATERNO

THE RIGHT TO COMPENSATION FOR MORAL DAMAGES AS A RESULT OF PARENTAL NEGLECT.

¹Antonio de Paula Oliveira Castro

RESUMO

Este trabalho é uma proposta de reflexão acerca de um assunto bastante tormentoso, qual seja, o direito a indenização por danos morais em decorrência do abandono paterno. Buscou-se, inicialmente, uma análise da família Romana, demonstrando o papel do pater família, e a relação deste com o restante dos membros da família. Após, ingressou-se pela família brasileira e sua evolução até os dias atuais. Ademais, procurou-se realizar uma abordagem das relações familiares existentes, demonstrando a existência de direitos e deveres que os pais têm para com os filhos e vice-versa, suas consequências e a gravidade da falta de cumprimento de tais direitos e deveres. Demonstrando, ainda, as legislações pertinentes ao tema. De forma a manter a coerência da pesquisa, buscou-se analisar os bens jurídicos diretamente afetados pela conduta omissiva do pai na criação do filho, demonstrando as consequências nefastas na formação do menor. Assim, através da exposição de casos concretos e julgados importantes, buscou-se enfrentar a questão do direito a indenização como forma de minimizar os danos sofridos pelo abandono e falta de afeto. Neste sentido, questionou-se se seria possível ao Judiciário condenar um pai que faltou com o seu dever de afeto e carinho para com o seu filho, bem como se este teria direito a exigir alguma indenização por causa deste ato ilícito. É certo que o tema ainda precisa de muito debate e pesquisa. Mas também é retrato de uma infeliz realidade de muitos menores, privados da convivência familiar. Esquivando de opiniões pessoais e políticas, pretendeu-se demonstrar a gravidade do tema, e a evidente responsabilização do pai que se furta a garantir ao seu filho os direitos constitucionalmente protegidos, de ter uma convivência sadia, repleta de acompanhamento, afeto e cuidados.

Palavras-chave: Poder familiar, Direitos e deveres dos pais, Ausência, Dano moral

ABSTRACT

This work is a reflection about a stormy subject, namely, the right to compensation for moral damages as a result of parental neglect. It sought initially an analysis of the Roman family, demonstrating the mission of pater family, and its relation with the rest of the family members. After that, the Brazilian family and its evolution were analyzed up to the present day. Moreover, we tried to carry out an approach to existing family relationships, demonstrating the existence of rights and duties that parents have towards their children and vice versa, its consequences and the seriousness of the failure to comply with such rights and duties. The

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida, UVA/RJ, Rio de Janeiro, RJ, (Brasil). Professor da Universidade Estácio de Sá UNESA, Rio de Janeiro, (Brasil). E-mail: antoniopcastro@hotmail.com





relevant legislation is also demonstrated in this topic. In order to maintain the coherence of research, we sought to examine the legal interests directly affected by the omission conduct of the father in the son's creation, showing the harmful consequences in child education. Thus, by exposing individual cases and judged important, sought to address the issue of the right to compensation in order to minimize the damage suffered by abandonment and lack of affection. In this sense, it is questioned whether it would be possible to convict a parent judiciary that lacked his affection duty and affection toward to his son, and whether it would be entitled to require some compensation because of this tort. It is true that the subject still needs much debate and research. But it also portrait of an unfortunate reality of many minors, private of family life. Dodging personal and political views, this reflection was intended to demonstrate the seriousness of the issue, and the clear responsibility of the parent to be shy to ensure your child constitutionally protected rights, to have a healthy coexistence, full monitoring, affection and care.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Parental authority, Parental rights and duties, Default, Moral damage

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz tema polêmico e bastante atual para o Direito: o abandono afetivo como fato gerador de uma indenização a título de danos morais. Apesar de ser um assunto ainda recente, visto o número de ações com este mesmo objeto trazidas à análise pelo Poder Judiciário, sua apreciação se mostra como de extrema relevância ao Direito e à sociedade como um todo na medida em que conjuga a aplicação de diversos dispositivos legais constantes de ramos distintos entre si, como o Civil e o Constitucional.

Trazendo um abrangente, mas não exaustivo estudo à luz da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002 e da lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), pretenderá abordar a responsabilização daquele que priva o filho de cuidado, carinho, afeto e atenção necessários ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, enquanto obrigado a arcar com uma indenização com vistas a compensar o dano moral experimentado pelo menor.

O desenvolvimento da presente artigo se fará com base em uma pesquisa científico-bibliográfica, a qual incidirá sobre a legislação em vigor afeta ao tema, doutrinas especializadas sobre o assunto, e jurisprudências, embora ainda escassas, já formadas em apreciações anteriores acerca do tema objeto de estudo.

Neste contexto, apresentaremos um breve aspecto histórico sobre a evolução da família, e do Poder Familiar, passando por uma pequena análise sobre a responsabilidade civil





e, por fim, buscaremos demonstrar a importância da convivência paterna para com seus filhos, e as consequências que a ausência afetiva pode causar ao menor. Por fim, apresentaremos algumas decisões judiciais sobre o tema e as formas de decidir de cada uma.

2. A FAMÍLIA E SEUS ASPECTOS HISTÓRICOS

Até alcançar o entendimento que se tem hoje em dia a seu respeito, a família, ao longo dos tempos, tanto sob o aspecto social quanto jurídico, talvez tenha sido a “instituição” que mais tenha sofrido alterações na forma como era, e atualmente é, compreendida.

Neste sentido, segundo o autor Sílvio de Salvo Venosa, o conceito, a compreensão e a extensão do que se tem por família, entre os mais variados organismos sociais e jurídicos, foram os que mais sofreram modificações ao longo dos tempos. Quando do surgimento das primeiras grandes civilizações, tais como as hindu, egípcia, assíria, grega e romana, o conceito de família correspondia ao de uma entidade ampla e muito bem hierarquizada; retraindo-se, atualmente, “para o âmbito de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar” (VENOSA, 2005, p.19)

Em Roma, da mesma forma que na Grécia, o *pater* poder era exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos era, praticamente, absoluto, não sendo, embora pudessem até existir, os laços afetivos, o liame que unia os membros das respectivas famílias. Seus membros ligavam-se uns aos outros por um vínculo parental, sendo tal vínculo gênero a comportar duas subespécies, a saber; a cognição e a agnação. Esta última, a agnação, dizia respeito ao vínculo sanguíneo que unia os membros de uma família; aquela primeira, a cognição, não se tratava de um vínculo sanguíneo, desta forma, inexistia grau de parentesco, bastava, apenas, a tal membro se submeter à soberania envergada pelo *pater familias*.

Neste sentido, Arnold Wald (2002) dispôs que, em Roma, a família era considerada como um conjunto de seres sob a *patria potestas* de um ascendente comum mais idoso. Portanto, o conceito de família não guardava correlação com consangüinidade. O *pater familias* fazia incidir sua autoridade sobre todos seus descendentes não emancipados, assim como sobre sua esposa e todas as demais mulheres casadas com *manus* com seus descendentes.

Portanto, tratava-se, a família, naquela época, de uma verdadeira unidade econômica, na medida em que todo o patrimônio da família era, em última análise, pertencente e administrado pelo *pater*; também uma unidade religiosa, pois, sob este prisma, a família





possuía uma religião própria, correspondente à religião de seus antepassados, na qual o *pater famílias* encarnava a figura do sacerdote; uma unidade política, por ter objetivos assemelhados aos próprios de um Estado, fazendo às vezes de uma comunidade política extremamente reduzida; e uma unidade jurisdicional, pois o próprio *pater famílias* era quem administrava a justiça no âmbito familiar, podendo exercer sobre filhos e esposa o direito de vida e morte, visto o poder que detinha de infligi-los penas corpóreas, vendê-los e, até mesmo, tirar-lhes a vida; de onde se conclui que a família não tinha por objetivo a promoção da educação entre seus menores membros, também não se destinava à procriação, e, muito menos, à cooperação e auxílio mútuo entre o marido e sua esposa.

Aos filhos, já a esta época, foi-lhes admitido à percepção de certo quantum de bens, ainda que ínfimos fossem, a fim de atenderem suas necessidades e para realizarem uma atividade industrial ou comercial qualquer. Tornaram-se “aptos” também a administrar os vencimentos de origem militar e civil que percebiam, bem como os legados e doações recebidos de terceiros.

Entretanto, o fundamental; o *pater* perdera o direito de dispor sobre a vida e morte sobre sua mulher e seus filhos.

Buscando um enfoque mais incisivo, e, a partir deste momento, mais jurídico, sobre a família, temos que, somente nos códigos produzidos a partir do século XIX é que se começou a destinar normas acerca da família. Ainda nesta época, a sociedade, em função de ser eminentemente rural e patriarcal, guardava profunda semelhança à família da Antigüidade. Neste contexto, a mulher se ocupava dos afazeres domésticos, não possuía os mesmos direitos assegurados legalmente a seu marido, o qual era considerado “o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal” (VENOSA, 2005, p. 31).

No Brasil, o Código Civil de 1916 “nasceu” como fruto desta época; na qual a autoridade paterna submetia os filhos como responsáveis pela continuação da família; situação esta muito semelhante àquela da família romana antiga.

Neste momento, o Estado se sobrepõe à igreja, não muito é bem verdade; visto continuar a se utilizar da regulamentação daquela no que dizia respeito à família e ao casamento. Foram, desta forma, mantidos a indissolubilidade do casamento, a incapacidade relativa da mulher e a diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos.

Em sua obra, o autor Sílvio de Salvo Venosa (2005) faz menção que, somente a partir do século XIX, códigos foram elaborados nos quais se dedicaram normas relativas à família. Neste momento, a sociedade possuía marcante característica patriarcal, sendo





predominantemente rural; assemelhando-se profundamente às famílias da Antigüidade. A mulher, além de não ter os mesmos direitos dos quais o homem era possuidor, apenas se dedicava aos afazeres domésticos. O marido era tido como o chefe, representava este a sociedade conjugal. Nosso antigo Código Civil, de 1916, foi produto desta época; os filhos se submetiam à autoridade de seus pais como responsáveis pela continuidade da família, tal qual na família romana.

Continua o autor: o Estado absorve as regulamentações referentes à família e ao casamento provenientes da igreja, não sem ter que enfrentar grande resistência por parte desta última, a qual deixa de interferir diretamente nos assuntos daquele.

Entretanto, embora desvinculado, mas ainda fortemente influenciado pela moral religiosa, o Estado manteve a indissolubilidade do vínculo matrimonial, a incapacidade relativa da mulher, assim como manteve a distinção legal entre filhos legítimos e ilegítimos.

Na segunda metade do século XX, lenta e progressivamente, no Brasil, foi-se ultrapassando barreiras e superando preconceitos, atribuíram-se direitos àqueles filhos tidos por ilegítimos; a mulher passou à condição de plenamente capaz, até que se chegou a um ponto singular no ordenamento jurídico pátrio: a Constituição Federal de 1988; na qual não mais se tem distinção entre filhos havidos dentro ou fora do matrimônio, equiparando, com isto, seus direitos; nem mais há a preponderância masculina na direção da sociedade conjugal.

Em seu artigo 226, a Constituição Federal de 1988 consagrou a proteção à família, considerando-se esta não somente àquela que teve origem através do casamento, mas também àquela baseada na união de fato entre homem e mulher, a família natural e a resultante da adoção. Ressalte-se que desde 2011 o STF reconheceu também a família homoafetiva.

Com a promulgação da Constituição de 1988, várias outras diretrizes em matéria familiar foram “erigidas” ao “status” de princípios constitucionais; a título exemplificativo: a proteção, conforme dito anteriormente, de todas as espécies de família em seu artigo 226, *caput*; §§ 3º e 4º; a igualdade entre os cônjuges em seus artigos 5º, *caput* e inciso I e 226, § 5º; a dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio em seu artigo 226, § 6º; a dignidade da pessoa humana; a paternidade responsável em seu artigo 226, § 5º; *etcetera*.

Entretanto, muitas legislações esparsas foram sendo produzidas desde a elaboração do código Civil de 1916, de forma que, em 10 de Janeiro de 2002, com período de *vacatio legis* de doze meses, foi publicada a lei nº 10.406/02, atual Código Civil em vigor no país.





Certamente, não apenas em função da Constituição de 1988, mas também, e de maneira igualmente significativa, devido à profusão de leis inovadoras que afloraram no ordenamento jurídico pátrio, produziu-se forte impacto no texto do já arcaico Código Civil de 1916, tornando-o ultrapassado, e, os cidadãos, carecedores de uma legislação mais atualizada, condizente com o atual patamar jurídico em que se encontravam.

Assim, em decorrência das orientações constitucionais de então, foram editadas leis especiais que passaram a assegurar à população aqueles direitos constitucionalmente previstos; desta forma, tem-se a atualização do texto da lei 6.515/77, o qual dispõe acerca da separação judicial e do divórcio; a edição da lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente; o reconhecimento dos filhos havidos fora do matrimônio, lei nº 8.560/92; e as leis relativas à união estável, 8.971/94 e 9.278/96, as quais passaram a atribuir aos companheiros os direitos a alimentos, à meação e à herança.

Como conseqüência desta intensa produção legal, muitos dispositivos do já desatualizado Código Civil de 1916 tornaram-se “letra morta”, sendo alguns mesmos, como os que diziam respeito ao desquite, por exemplo, expressamente revogados; outros continuavam a subsistir no texto escrito do Código como mera alusão histórica, visto não terem sido recepcionados pela nova disciplina jurídica estabelecida com a promulgação da Constituição de 1988.¹

Desta forma, ante ao acima exposto, o código civil de 1916, não se podendo esperar outra que não esta conseqüência, restou revogado, passando o Código de 2002 a regular de maneira mais apropriada, condizente com a nossa realidade, matérias que já se encontravam reguladas de maneira ultrapassada pelo Código Civil de 1916.

Tal regulamentação se deu, mais especificamente no que diz respeito ao Direito de família, principalmente nas disposições sobre a maioridade civil, que foi reduzida dos 21 para os 18 anos de idade; sobre o casamento civil e religioso, este último teve facilitado seu registro civil em virtude de alterações na lei 6.015/73; sobre os impedimentos, causas suspensivas e de nulidade e anulação do casamento e sobre os direitos e deveres conjugais, nos quais homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.²

Dentre essa nova ordem Constitucional o art. 227 afirma de forma categórica que 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 à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Desta forma, verifica-se que de uma sociedade totalmente patriarcal onde o *pater família* detinha poder soberano sobre todos os entes da família, inclusive os filhos que eram, muitas vezes, castigados e privados da própria vontade, tornando-se aquilo que o *pater* queria, passa-se para uma sociedade onde a figura do filho criança e adolescente torna-se central garantindo àqueles direitos constitucionalmente protegidos, sendo vedada qualquer tipo de discriminação.

3. PODER FAMILIAR

3.1 CONCEITO E CONTEÚDO DO PODER FAMILIAR

A expressão poder familiar corresponde à denominação que o atual Código Civil adotou para substituir o que o antigo código de 1916 chamava de pátrio poder.

No decorrer do século XX, segundo o prof. Paulo Luiz Lobo Netto (2006) o “instituto” poder familiar sofreu profundas mudanças em sua concepção como decorrência da necessidade de acompanhar a “evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária – voltada ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um múnus em que ressaltam os deveres”.

Muito embora o atual código civil, em seu art. 1630, conforme afirma Silvio de Salvo Venosa (2005) “a exemplo do que já fazia o velho diploma, no seu art. 379, sem defini-lo, dispõe que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”, em sede doutrinária, pode-se conceituar poder familiar como sendo “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes” (SILVIO RODRIGUES, (2004, p. 356).

Sendo assim, sob o prisma dos pais, deve-se entender a expressão “poder familiar” não apenas como o poder que os pais têm sobre seus filhos, mas sim como o dever que aqueles têm para com estes. Dever este de sustento não apenas material ou alimentar, mas também, e especialmente, de apoio, exemplo moral.

Sob a ótica dos filhos, deve-se entender o poder familiar não apenas como sendo a obrigação de respeito e obediência que aqueles devem ter para com seus pais, mas também o





direito que os filhos têm de receber por parte de seus pais a conduta, o comportamento descrito no parágrafo anterior.

O instituto acima descrito deve ser exercido em conjunto por ambos os pais, isto é, seus deveres são rigorosamente os mesmos, independentemente de quem possuir a guarda legal, não há mais divisões, mas sim comunhão de atribuições e responsabilidades, pois assim depreende-se da leitura do art. 229, na medida em que este confere aos pais o dever de criar e educar os filhos menores; e do art. 226, § 5º, o qual, por sua vez, estabelece que serão exercidos de maneira igualitária pelo homem e pela mulher, os deveres referentes à sociedade conjugal; sendo ambos os artigos da Constituição Federal de 1988.

No mesmo sentido acima descrito, tem-se o estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.069/90, que, em seu art. 21, dispõe que o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, de acordo com o que dispuser a lei civil, e em igualdade de condições entre ambos, assegurando-se a qualquer dos dois o direito de, em havendo discordância entre si, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Tal entendimento é corroborado pelo disposto no art. 1.631 do atual Código Civil, na medida em que o mesmo dispõe que compete o poder familiar, durante o casamento ou a união estável, aos pais; sendo exercido por apenas um destes, com exclusividade, na hipótese de falta ou impedimento do outro. Acrescentando ainda, em seu parágrafo único, que, na hipótese de divergirem os pais quanto ao exercício do poder familiar, assegurado está, a qualquer destes, recorrer ao poder judiciário para solução do desacordo.

Assim, verifica-se que os filhos, especialmente os menores, possuem direitos à tratamento digno, a carinho, afeto e atenção ao pleno desenvolvimento da sua personalidade, sendo dever dos pais garantir-lhes tais direitos.

3.2 A TITULARIDADE DO PODER FAMILIAR

O atual Código Civil, em seu art. 1.630, dispõe que “os filhos estão sujeitos ao

¹ DIREITO de família no novo código civil. Pailegal.net. Disponível em: <http://www.pailegal.net/textoimprime.asp?rvTextoId=-1627972773> Acesso em 01 Set. 2006.

² *Ibid.*





poder familiar, enquanto menores”, podendo, tal redação, levar a uma errônea interpretação de serem os pais os únicos titulares ativos deste poder familiar.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que, será exercido pelo pai e pela mãe, “na forma do que dispuser a legislação civil”, o poder familiar. Tal hipótese, contudo, não corresponde à realidade, pois o exercício do poder familiar caberá àqueles com responsabilidade sobre o menor, àqueles que, sobre este último, tiverem o dever e a responsabilidade por sua guarda, criação, educação, etc., ou seja, em última análise, estiverem exercendo, de maneira efetiva, a função de pais do menor. Portanto, embora o novo Código Civil faça referência tão somente à titularidade dos pais, durante o casamento ou união estável, quedando-se silente quanto às demais entidades familiares abrangidas pela Constituição Federal; em função do princípio de terem as normas que ser interpretadas em conformidade com a Constituição, tais dispositivos legais acima mencionados devem ser entendidos como abrangentes de todas as entidades familiares; ou seja, “onde houver quem exerça o múnus, de fato ou de direito, na ausência de tutela regular, como se dá com o irmão mais velho que sustenta os demais irmãos na ausência dos pais, ou de tios em relação a sobrinhos que com eles vivam”, conforme afirma Paulo Luiz Lôbo Netto (2006), ter-se-á presente o poder familiar daqueles que detêm a responsabilidade pela orientação dos menores.

Importante chamar a atenção para o fato de a convivência dos pais entre si não constituir um “pré-requisito” para a titularidade do poder familiar.

O atual Código Civil, em seu art. 1.631, estabelece que, na hipótese de separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, a titularidade do poder familiar pertencente aos pais permanece íntegra na figura de cada um deles; exceção feita quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia.

Por sua vez, o art. 1.589 do mesmo diploma legal, quando regulou os aspectos relativos à dissolução da sociedade conjugal, estabeleceu que o pai ou a mãe que não for o responsável pela guarda do menor poderá não somente visitar seus filhos, mas também tê-los em sua companhia, bem como fiscalizar sua educação e manutenção; características estas, inequivocadamente, inerentes ao poder familiar. Aqui cabe a crítica ao termo “visitar” utilizado pelo legislador, pois para a doutrina atual melhor se adequa o termo “conviver”.

Já em seu art. 1.579, o atual Código Civil estabeleceu que o divórcio não modifica os direitos, nem os deveres, que têm os pais para com seus filhos, pois, “o direito (e dever) à companhia dos filhos, daquele que os reteve na separação, não exclui o do outro, na forma





em que tiver sido decidido, amigável ou judicialmente, no tocante ao chamado direito de convivência, conforme afirma Paulo Luiz Lôbo Netto (2006).

É fato que aquele cônjuge ou companheiro que não detém a guarda do menor tem, na prática, seus poderes, inerentes ao poder familiar, “enfraquecidos”; entretanto, aquele que se encontrar em tal situação pode, a qualquer momento que julgar necessário fazê-lo, recorrer ao Poder Judiciário quando entender que tais poderes não estão sendo exercidos de maneira conveniente pelo outro cônjuge ou companheiro (VENOSA 2005, p. 337)

Neste prisma, não se pode esquecer que em que pese não possuir a guarda do menor, o pai possui o dever de cuidado, de assegurar ao menor todos os direitos constitucionalmente protegidos, dentre eles os direitos de afeto, carinho e companhia do pai ou da mãe, tendo a figura e presença destes garantidos, para assim, formar sua personalidade.

Portanto, ante ao acima exposto, qualquer que seja a forma de constituição da família, seja esta advinda do casamento, nos termos dos arts. 226, §§ 1º e 2º da Constituição Federal e 1.511 do Código Civil; seja advinda de uma união estável, nos termos do art. 226, § 3º da Constituição Federal; seja esta família monoparental, de acordo com o disposto no art. 226, § 4º da Constituição Federal; ou, por fim, seja esta uma família substituta³, seja estas famílias formadas por casais hetero ou homo afetivos, prevalecerá, em qualquer hipótese o direito dos menores de serem tratados de forma digna, com o cuidado e carinho que merecem.

Da leitura do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil, depreende-se uma convergência nas disposições neles contidas, sobretudo no que diz respeito ao exercício em conjunto pelos pais, inclusive com recurso ao Poder Judiciário para a solução de diferenças, do poder familiar.

3.3 EXERCÍCIO, SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

O exercício do poder familiar, com todos os deveres, direitos e responsabilidades a ele inerentes, caberá àqueles responsáveis pelas múltiplas funções de orientação, criação, educação, guarda, assistência, etc., do(s) menor(es) sob sua responsabilidade.

Desta forma, o art. 1.634 do atual Código Civil, estabelece, nos seus sete incisos, os direitos e deveres dos responsáveis que detém o poder familiar sobre o(s) menor(es) sob sua responsabilidade, a saber; I – dirigir-lhes a criação e educação; II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder ou negar o consentimento





para o casamento; IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder; VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII – reclamá-los de quem, ilegitimamente, os detenha; e IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Sendo o poder familiar um “encargo” que deve ser exercido, primordialmente, no interesse do menor, o Estado não só tem o direito, como também a obrigação, de intervir, quando houver tal necessidade, na relação entre as partes sujeitas ao poder familiar (VENOSA, 2005, p. 347).

Desta forma, a lei estabelece as hipóteses em que os responsáveis pelas atribuições inerentes ao poder familiar devam sofrer sanções pelo seu mau uso, as quais podem se revestir na forma de suspensão, perda ou extinção deste poder.

A suspensão caracteriza-se pela perda temporária deste poder; sendo três as hipóteses de sua ocorrência previstas no art. 1.637 do Código Civil, a saber; I – o descumprimento dos deveres inerentes aos pais; II – a ruína dos bens dos filhos; e III – pela condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

A extinção se caracteriza pela interrupção, em definitivo, das atribuições do poder familiar, estando, basicamente, disciplinada no art. 1.635 do Código Civil, o qual dispõe se extinguir o poder familiar: I – pela morte dos pais ou do filho; II – pela emancipação do filho, nos termos do art. 5º, § único do Código Civil; III – pelo alcance da maioridade; IV – pela adoção; e V – em virtude de decisão judicial, na forma do art. 1.638 do Código Civil.

O estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 24, fazendo referência ao seu também art. 22, estabelece hipótese de perda e suspensão do poder familiar, dispondo que perderá o poder familiar quando houver “descumprimento injustificado dos deveres e obrigações descritos no art. 22”, art. este que, por sua vez, faz alusão aos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos, assim como à obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais no interesse deles (menores).(VENOSA, 2005. p 349)

Por fim, a perda do poder familiar se constitui como a penalidade de maior e mais grave alcance se comparada à suspensão; pois, “embora não se revista de inexorabilidade, não





é como a suspensão, medida de índole temporária”; sendo certo ser a perda uma medida de caráter imperativo e não facultativo.

Estabelece o Código Civil, em seu art. 1.638, que a perda do poder familiar se dará nas seguintes hipóteses, a saber: I – pelo castigo imoderado do filho; II – por deixar o filho em abandono; III – pela prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; e IV – por incidência reiterada nas faltas previstas no art. 1.637 do Código Civil.

Em função de sua magnitude e gravidade, a perda do poder familiar somente se justifica quando a conduta dos responsáveis que a ensejar seja de envergadura tal que ponha em risco permanente a segurança e a dignidade do(s) filho(s) menor(es); preferindo-se, por isto, a “penalidade” de suspensão àquela, quando houver a possibilidade de recomposição posterior dos laços e vínculos afetivos.

Até porque tal perda não afeta somente os pais, mas também e principalmente os filhos que possuem direito a ter a companhia dos seus pais.

4. DANO E RESPONSABILIDADE

4.1 CONCEITO, SURGIMENTO E ESPÉCIES DE DANO

Entende-se por dano àquela lesão cometida por alguém ao patrimônio de outrem, acarretando, deste modo, na diminuição deste último; assim como, também a ofensa a valores integrantes de sua personalidade; tais como honra, moral, nome etc, ou seja, valores relacionados à dignidade do ser humano.

Nos dizeres do autor Sérgio Cavalieri Filho (2004), o dano corresponde à subtração de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza jurídica, patrimonial ou moral, do patrimônio da “vítima”.

A autora Aparecida Amarante (1998, p.236) conceitua dano como sendo todo e qualquer prejuízo causado a um bem jurídico; quer pela diminuição do patrimônio ou do bem-estar do lesado; comportando, conseqüentemente, duas espécies; patrimonial e não-patrimonial; já o autor Carlos Edison do Rego Monteiro Filho (2000, p.37) entende que o conceito de dano corresponde à lesão de um direito, podendo os efeitos desta lesão serem de

³ disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069/90, em seu art. 28; àqueles a quem caiba a “direção” da unidade familiar, também caberá o exercício do poder familiar sob os filhos, sobrinhos, irmãos etc., menores, sob sua tutela e responsabilidade,





natureza patrimonial ou não, acarretando na clássica divisão dos danos em patrimoniais e não-patrimoniais.

Desta forma, pode-se concluir que o dano corresponde à lesão sofrida de um bem jurídico, a qual pode ser de natureza moral, ou patrimonial, distinguindo-se, em função desta natureza, o dano em duas espécies, moral e patrimonial, respectivamente; surgindo como consequência de uma conduta, conduta esta podendo ser tanto de natureza comissiva quanto omissiva, praticada por parte de terceiro(s).

Quanto às espécies de dano propriamente existentes, há unanimidade, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, a serem estas em número de duas. Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2004, p.89), pelo fato do dano constituir lesão a um bem jurídico que pode ser tanto patrimonial quanto moral, decorre daí a consequente e conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Por dano patrimonial deve-se entender como sendo aquele que atinge bem(ns) integrante(s) do patrimônio de uma pessoa, podendo, em função de neste momento estar-se considerando como patrimônio “apenas” aquilo suscetível de avaliação monetária, ser “mensurado” monetariamente, de maneira objetiva.

Para o autor Antunes Varela(2004), o dano patrimonial é aquele suscetível de ser avaliado pecuniariamente, podendo haver sua reparação, senão de forma direta, através da restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão, pelo menos indiretamente, por meio de equivalente ou indenização pecuniária.

Já para Sérgio Cavalieri Filho (2004), dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, é aquele que atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se, neste momento, por patrimônio como sendo o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa avaliáveis economicamente.

O dano patrimonial subdivide-se ainda em duas outras subespécies, quais sejam, o dano emergente e o lucro cessante; os quais, tendo em vista o seu não relacionamento direto com o tema objeto de estudo, terão por dispensadas suas análises.

Já o dano moral, corresponde à outra espécie em que o gênero dano se subdivide. Para CAVALIERI FILHO (2004, p.93), dano moral era aquele oriundo da lesão a um bem integrante da personalidade do indivíduo; corresponderia à violação de um bem personalíssimo, tais como a honra, a liberdade, a saúde, entre outros, ocasionando dor, vexame, sofrimento, desconforto e um sentimento de humilhação àquele que o sofreu.





Em uma análise mais atenta da Constituição Federal, perceber-se-á que, em seu artigo 1º, inciso III, esta estabeleceu como sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana.

Com isto, nos dizeres do autor Carlos Alberto Menezes Direito (2004, p.34), tem-se que a Constituição Federal atribuiu ao dano moral novos “contornos” e uma maior abrangência; pois, consagrada a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do estado democrático de direito, tem-se, atualmente, o que pode ser considerado como direito subjetivo à dignidade, sendo esta, nada mais que o fundamento de todos os valores morais de uma pessoa, a síntese de todos os direitos do homem.

Logo, os direitos à honra, à imagem, à intimidade, ao nome, à privacidade, em suma, qualquer direito inerente à personalidade, estão englobados pelo direito à dignidade da pessoa humana; servindo, este último, como verdadeiro suporte a cada preceito constitucional referente a todo e qualquer direito fundamental. Portanto, segundo o referido autor, à luz da Constituição vigente, deve-se entender como dano moral qualquer dano que venha a violar o direito à dignidade da pessoa humana.

Segundo Yussef Said Cahali (1988, p.20), dano moral é tudo que molesta severamente a alma do ser humano, ferindo-lhe gravemente os valores inerentes à sua personalidade, ou reconhecidos pela sociedade em que está inserido.

O ser humano desfruta do atributo honra, sendo esta, em sede doutrinária, subdividida em duas “modalidades”; a honra subjetiva e a objetiva. A honra subjetiva corresponde à idéia que o homem tem de si próprio, como ele mesmo se “vê”, se considera; ao passo que a honra objetiva corresponde a idéia que os outros têm entre si.

Ou seja, em suma, segundo Cícero Camargo Silva (2003) a ofensa à honra subjetiva do ente natural manifesta-se internamente neste, na esfera intrínseca do ofendido, ao passo que o ataque à sua honra objetiva acarreta-lhe um dano moral externo, manifestado pelo despreço, pelo desabono social que ofendido passa a sofrer perante a coletividade.

Em tempo, cumpre acrescentar que, com o constante avanço experimentado pelo Direito, atualmente, entende-se que o dano moral não mais se limita tão somente à dor, sofrimento ou tristeza interiores; sob a égide de sua tutela estão englobados todos os bens relativos à personalidade do ser humano, os chamados bens personalíssimos.

4.2 DANO MORAL E RESPONSABILIDADE CIVIL





Nos dizeres de San Tiago Dantas, todo e qualquer ordenamento jurídico tem como principal objetivo a repressão do ilícito e, por conseqüência, a proteção daquilo que é lícito.

A palavra “responsabilidade”, segundo o vocabulário jurídico origina-se do vocábulo responsável, do verbo responder, do latim *respondere*, que tem o significado de responsabilizar-se, vir garantindo, assegurar, assumir o pagamento do que se obrigou, ou do ato que praticou.

O termo “civil” refere-se ao cidadão, assim considerado nas suas relações com os demais membros da sociedade, das quais resultam direitos e obrigações, a exigir e a cumprir, respectivamente.

Sendo assim, da conjugação destes dois vocábulos, pode-se depreender que, basicamente, a idéia contida na expressão responsabilidade civil é a de atribuir responsabilidade ao cidadão pelas conseqüências advindas de sua conduta frente aos demais membros da sociedade.

Segundo a professora Maria Helena Diniz (2006, p.37), a expressão responsabilidade civil corresponde, na verdade, a um conjunto de medidas legais que imponham àquele que praticou determinado ato danoso, causando danos de ordem material e/ou moral a terceiros, o dever de reparar tais danos.

Já José Cretella Júnior (1994) concebe a responsabilidade civil como sendo a situação especial de toda pessoa física ou jurídica, que, em decorrência de infração a norma ou preceito de direito objetivo, cause danos a terceiros, ficando, portanto, sujeita a determinada sanção.

A convivência social, através da ordem jurídica, impõe a todos, indistintamente, um padrão legal de comportamento; deveres que, de acordo com a natureza do direito correlato, podem ser positivos, negativos, ou, simplesmente, de mera tolerância.

Como conseqüência desta imposição acima mencionada, na hipótese de violação de um deste(s) dever(es) jurídico(s), configurado estará o ato ilícito; o qual, acarretando dano(s) a outrem, gerará, para este último, o direito de obter daquele uma reparação a este(s) dano(s).

Portanto, percebe-se haver um dever jurídico originário, chamado por alguns doutrinadores de primário, que, em decorrência de sua violação, gerará um outro dever jurídico, agora sucessivo, também chamado de secundário, para aquele que praticou a referida violação.(CAVALIERI FILHO, 2004, p.94)

Logo, como o(s) dano(s) sofrido(s) pode(m) ser tanto de ordem patrimonial quanto moral, e, sendo a idéia de responsabilidade civil a de fazer-se a composição ou, não sendo esta possível, pelo menos a compensação, deste(s) dano(s), este(s) último(s) considerado em sua





generalidade, clara e indubitável se configura a hipótese de haver-se responsabilização civil decorrente não somente do dano patrimonial, mas também, do dano moral.

5. ABANDONO AFETIVO E DANO MORAL

5.1 O DEVER DE ASSISTÊNCIA DOS PAIS A SEUS FILHOS MENORES

A Constituição Federal, logo em seu art. 1º, inciso III, estabelece como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, a qual somente poderá ser preservada caso, previamente, se preserve, igualmente, a entidade familiar, bem como todos os direitos que a asseguram e resguardam.

Mais adiante, em seu art. 205, a Constituição Federal impõe à família, em conjunto com o próprio Estado, o dever de promover e incentivar à educação como forma de desenvolver as pessoas preparando-as para o exercício da cidadania.

Entretanto, muito embora os dispositivos acima citados, é em seu art. 227, *caput*, que a mesma Constituição Federal traz a sua maior “contribuição” à proteção da criança e do adolescente. No referido dispositivo, Esta dispõe ser uma obrigação conjunta da família, da sociedade e do Estado o dever de garantir, com prioridade absoluta, entre outros, os direitos à vida, à alimentação, à educação, à dignidade, ao respeito, à convivência familiar; bem como de se colocar crianças e adolescentes a salvo de todas e quaisquer formas de discriminações, violências, crueldades e opressões.

Tais preceitos constitucionais são reforçados por disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069/90, o qual veio regular, de maneira mais específica, a situação da criança e do adolescente, procurando, através de seus dispositivos, estabelecer uma série de obrigações aos pais e ao Estado, como forma de se alcançar àqueles objetivos idealizados pelo texto constitucional.

Sendo assim, em seus artigos 1º e 2º, a referida lei estabelece, respectivamente, seu objeto, bem como limita subjetivamente sua aplicação, estabelecendo, tendo a faixa etária como parâmetro, quem deva ser considerado criança e adolescente. A seguir, em seu art. 3º, a referida lei dispõe que crianças e adolescentes devem gozar de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, e que lhes sejam asseguradas as condições e oportunidades necessárias para que possam se desenvolver física, moral, mental e espiritualmente, em um ambiente de liberdade e dignidade.





Mais adiante, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu capítulo III, art 19, estabelece que toda criança e adolescente tem o direito de ser criado e educado no “seio de sua família”, fazendo-se esta, excepcionalmente, se substituir por uma outra entidade familiar, denominada família substituta, nas hipóteses, e de acordo com o estabelecido nos artigos 28, 155, 164 e 165 do referido Estatuto.

Oportuno se faz definir o que a psicologia considera como pessoa normal. De acordo com esta ciência, pessoa normal é aquela que capaz de, de maneira satisfatória, relacionar-se, não somente consigo mesma, mas também com os outros.

Diante de tal conceito, pode-se depreender que o objetivo que se busca com o estabelecimento destas medidas protetivas relativas às crianças e aos adolescentes é o de se formar indivíduos equilibrados para o convívio social. Daí, ao dispor, de maneira expressa, o Estatuto da criança e do Adolescente, acerca do direito de convivência, está, antes de tudo, buscando o pleno desenvolvimento da personalidade daquela criança e/ou adolescente; pois, se privados desse convívio familiar, muitas vezes não se desenvolverão conforme o esperado, passando, conseqüentemente, a apresentar desvios de personalidade e dificuldades em estabelecer relacionamentos com os outros.

Da leitura dos dispositivos constitucionais, bem como das disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, depreende-se que o convívio familiar adequado é fundamental para o desenvolvimento psíquico-social da criança e do adolescente, ensejando, aos responsáveis aos quais cabe o dever de direção da entidade familiar, na hipótese de desrespeito às obrigações legalmente impostas inerentes a este dever de direção, a aplicação da sanção administrativa prevista no art. 249 do Estatuto, cumulável com as providências judiciais necessárias dependendo da infração praticada.

Note-se, com isto, que a lei não apenas impõe aos pais a obrigação de sustentar e manter financeiramente seus filhos menores, mas também de promover-lhes todo o amparo necessário para o pleno desenvolvimento físico, mental, moral, social etc., destes; o que significa que, na falta do cumprimento destes deveres pelos seus responsáveis, poderá ser exigido pelos filhos, seja através de sanção administrativa, seja por meio de uma reparação civil, a composição ou reparação desta falta.(CAROLINE SAID DIAS, 2005)

5.2 A IMPORTÂNCIA DO CONVÍVIO E DO AFETO PATERNO





Primeiramente, cabe salientar que é de suma importância para o adequado desenvolvimento dos filhos a presença tanto da figura materna quanto da paterna; desnecessário se faz, portanto, tecer qualquer comentário a respeito da importância da presença da mãe na vida de seus filhos; frise-se, neste ponto, que o abandono e/ou a má-conduta materna na criação e educação dos filhos, acarretarão conseqüências, muitas vezes irreparáveis, na formação da personalidade futura de seu(s) filho(s), as quais, igualmente como acontecem à figura paterna, estarão sob o manto da responsabilização civil.

Entretanto, no que diz respeito à figura paterna, durante muito tempo foi admitido que este se mantivesse ao largo do dever de acompanhamento do desenvolvimento de seu(s) filho(s); não se atentava para a importância de sua presença, nem para as conseqüências danosas advindas de sua ausência; tendo sido, no decorrer dos tempos, sempre mais comum que os pais se desincumbissem de participar da vida do menor, sobremaneira quando separado da mãe (DIAS 2005).

O que se quer dizer é que cada qual dos pais têm seu papel no desenvolvimento do ser humano; e que as sequelas de uma criação má conduzida é o principal fator desencadeador de um desajuste social de todo e qualquer indivíduo.

Não que se queira concluir que a presença única e exclusiva da mãe seja fatal para a formação da personalidade de uma criança; entretanto, deve-se atentar para a ausência da figura paterna, na medida em que, por mais que sejam significativas a interação entre mãe e filho(s), os efeitos da influência do pai sobre seu(s) filho(s) pode ser, igualmente, extrema, seja este efeito bom ou mau.

Segundo estudos científicos realizados,⁴ é o pai quem mostrará a seu filho o caminho da masculinidade, aquilo que este último deverá vir a ser.

Ainda segundo estes estudos, os pais, durante os primeiros anos de vida de suas filhas, representam, para estas, a figura do sexo masculino. Estas aprenderão a amar ou a odiar os homens, a confiar, ou não, neles muito devido ao relacionamento que têm, ou tiveram, para com seus pais.

Crianças que crescem envoltas pelo carinho e afeto de seus pais possuem maior auto-estima, aprendem e se desenvolvem melhor, apresentam menos propensão à depressão, ou seja, se sentem seguras, e, portanto, se desenvolvem melhor e mais adequadamente que àquelas que se defrontam com a ausência de um pai.





Em suma, o pai tem como tarefa servir de elo de ligação entre a apresentação e a aceitação da realidade à criança; sendo ele o representante da lei, do limite, da realidade para seus filhos.⁵

Outrossim, além de serem modelos a seguir, os pais possuem uma grande importância no convívio social de uma criança e adolescente.

Com efeito, a criança e o adolescente possuem, nos dias atuais, uma gama de compromissos sociais, os quais, na maioria das vezes, exigem a presença dos pais. Logo, não é difícil imaginar quanto pode sofrer uma criança que não tenha pais para acompanhá-las em tais compromissos. Esta ausência, por certo, trará grandes frustrações morais, atingindo, assim, a honra subjetiva daquela criança que como forma de fugir de tais humilhações acaba por não querer comparecer a tais compromissos sociais.

5.3 A ADMISSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PAIS PELA MÁ CONDUTA NO AUXÍLIO DO DESENVOLVIMENTO DE SEUS FILHOS

A convivência saudável entre pais e filhos não se esgota, tão somente, com a manutenção relativa aos aspectos, puramente, materiais destes últimos por parte daqueles. Não se trata de promover educação, alimentação e guarda destes menores; é preciso muito mais do que isto para que os filhos tenham condições de atingir o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Não mais se entende a família como uma entidade onde os pais detêm o poder sobre seus filhos sendo, apenas, os responsáveis por sua criação. Atualmente, a família, ou melhor, a entidade familiar passou a ser compreendida como uma comunidade afetiva onde o carinho, a atenção e o respeito mútuo entre pais e filhos fazem parte, de forma indissolúvel, deste contexto.

A garantia de uma convivência harmônica entre os membros de uma família está determinada no art. 227 da Constituição Federal, o qual, conforme já mencionado em passagem anterior deste texto, além de dispor sobre o dever conjunto da família, da sociedade e do Estado em assegurar as condições mínimas necessárias ao desenvolvimento da

⁴ www.pailegal.com.br com acesso em abril de 2015.





criança e do adolescente, também estabelece o dever de colocá-las a salvo de toda e qualquer forma de discriminação, exploração, crueldade ou negligência por parte de terceiros.⁶

De nada adiantaria todas as disposições legais previstas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente relativas à proteção e direitos destes últimos, se não fosse possível compelir os responsáveis a respeitá-las, ou, em último caso, impor-lhes uma indenização compensatória pela não observância dos ditames legais. Equivaleria isto, a não conferir meios de se garantir a eficácia dos dispositivos respectivos.

Ações ou omissões, voluntárias ou não, que causem dano a outrem, como visto anteriormente, são passíveis de penalização ao agente causador deste dano; seja através da condenação ao pagamento de indenizações pecuniárias, seja através da efetiva reparação do ⁵ *Ibid.* dano causado.

Dispõe o ordenamento jurídico brasileiro, conforme estabelecido no art. 186 do Código Civil, que aquele que, violando direito, causar dano a outrem, ainda que este seja de natureza exclusiva moral, comete ato ilícito. Mais à frente, o mesmo Código Civil, em seu art. 927, estabelece que aquele agente que, por sua conduta ilícita, causar dano a terceiros, fica obrigado a repará-lo.

Desta forma, a ação ou omissão voluntária, negligente ou fruto de imprudência, que venha a dificultar, ou mesmo impedir, o pleno desenvolvimento da personalidade do menor, portanto, causadora de um dano, moral, a este último, enquadra-se, precisamente, no conceito de ato ilícito expresso no art. 186 do Código Civil; ensejando, nos termos do art. 927 do mesmo diploma legal o dever de reparar o dano causado, ainda que de natureza exclusivamente moral, neste caso, ao menor.

Doutrinariamente, há duas modalidades de responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro; a Responsabilidade Objetiva, que se caracteriza pela desnecessidade de comprovação de culpa por parte do agente causador do dano, bastando, para que fique caracterizada, que reste demonstrada a conduta ilícita do agente, o dano causado a outrem (resultado), e o nexo de causalidade entre esta conduta ilícita do agente e o dano sofrido pela vítima.

Já a Responsabilidade Subjetiva, que é a que está sendo, de fato, analisada, diferentemente da anterior, se caracteriza pela necessidade de se demonstrar além da conduta ilícita do agente, o dano à vítima, e o nexo entre a conduta e o resultado, também a culpa do agente pela prática da conduta tida como ilícita. Nesta modalidade de





Responsabilização Civil, só responde, a princípio, aquele que der causa a um fato danoso a outrem, provada sua culpa.

Sendo assim, aquele pai, ou responsável, pelo desenvolvimento do menor, que deixar de garantir a este a convivência familiar a que tem direito e em função de sua omissão, acarretando a este menor “vazios” em seu desenvolvimento psíquico, moral, social, etc., direitos estes garantidos pela legislação pátria, estará, indubitavelmente, praticando, com sua conduta, um ato ilícito; e, portanto, se sujeitando à incidência do art. 927 do Código Civil, ficando, conseqüentemente, obrigado a reparar o dano causado, frise-se, ainda que este seja de natureza, exclusivamente, moral.

É bem verdade que a condenação ao pagamento de uma indenização pecuniária do responsável pela má conduta com relação ao(s) menor(es) sob sua responsabilidade, não visa, tão somente, à reparação do dano sofrido por este(s), mesmo porquê, se não na totalidade, mas, pelo menos, na maioria das vezes, tal indenização não repara de maneira efetiva o dano sofrido, mas, tão somente, o compensa, visto o mesmo, em função do tempo, e/ou do próprio andamento do processo judicial, ter se tornado irreparável; mas também, e, talvez, principalmente, desestimular outros pais ou responsáveis a virem praticar atos ilícitos, como, por exemplo, o abandono afetivo, que possam causar dano(s) a seus filhos ou tutelados.

6.DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DO TEMA

Recentemente, o abandono paterno foi levado ao judiciário como sendo um gerador de reparação pelo dano moral sofrido.

Longe de haver uma uniformidade acerca do entendimento sobre o tema objeto do presente estudo, em tais decisões surgiram questões tormentosas relativas ao papel dos pais na criação dos filhos. Caberia somente aos pais o dever de sustento material? Bastaria garantir o acesso ao lazer, saúde, moradia para assim cumprir os preceitos legais? Ou dentro destes preceitos encontra-se a subsistência emocional? Esta, também seria uma obrigação legal dos pais? A ausência de afeto, companheirismo, por parte dos pais para com seus filhos pode ser motivo de indenização por dano moral?

Percebe-se, desde logo, tratar-se de tema polêmico, controvertido, razão pela qual se faz necessário, ao se analisar cada caso concreto que ora se apresente à solução pelo Poder Judiciário, proceder-se com a devida e necessária cautela e prudência, a fim de que, quando da prolação da sentença meritória, se promova, efetivamente, justiça.





Ante a falta de uma doutrina específica que faça uma abordagem objetiva acerca do tema, e com a finalidade de se ilustrar a distinção existente entre os posicionamentos que vêm se formando ao longo do tempo entre os juristas, tem-se que, para o professor Álvaro Villaça Azevedo, o descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que necessita da 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.⁷

Já o Ministério Público gaúcho, instado a pronunciar-se em um caso concreto, tendo em vista o interesse de menor presente no feito, emitiu um parecer, através da promotora De Carli dos Santos, segundo a qual a questão não poderia ser solucionada tendo-se como base a reparação financeira, tendo em vista não haver cabimento o fato de o Poder Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor.⁸

Remonta ao ano de 2003 o primeiro pronunciamento judicial concernente ao tema; na época, o juiz de Direito Mário Romano Maggini, titular da 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, no Rio Grande do Sul, proferiu sentença ressaltando que a educação não abrange, tão somente, a escolaridade, mas também o dever de convivência familiar, de afeto, carinho, amor..., ou seja, criar as condições necessárias para a auto-afirmação da criança. Comparou o dano sofrido à imagem causado pela rejeição paterna com o dano resultante de acusação de débito injusta, concluindo ser menos aviltante ao ser humano dizer que havia sido, indevidamente, incluído no cadastro do SPC, do que dizer haver sido rejeitado por seu pai, entendendo que, cabendo ressarcimento moral sob o argumento da inclusão indevida no cadastro do SPC, tanto mais caberá pelo abandono moral, condenando, desta forma, o pai a pagar 200 salários mínimos à sua filha, a qual alegou não somente abandono material, mas também psicológico (moral), tendo em vista aquele ter lhe faltado com afeto, carinho, amor.⁹

O juiz gaúcho foi categórico em sua sentença ao afirmar que o sustento dos filhos correspondia, apenas, em uma das parcelas inerentes à paternidade; segundo ele, negar afeto ao filho consiste em agressão à lei, ensejando, portanto, uma sentença condenatória.

Como neste caso o pai foi condenado à revelia, a sentença transitou em julgado, encerrando-se a questão naquela instância. Em junho de 2004, no estado de São Paulo, o juiz de Direito Luís Fernando Cirillo, da 31ª Vara Cível Central, decidiu questão a ele submetida seguindo a mesma orientação de seu colega gaúcho. Na ocasião, prolatou sua sentença no





sentido de condenar o pai a pagar à sua filha uma indenização a título de dano moral, e para fazer face ao custo do tratamento psicológico a que esta última haveria que se submeter, tendo em vista que, no caso em tela, restou comprovado, por meio da realização de uma perícia técnica, que a jovem apresentava conflitos internos decorrentes da rejeição paterna.¹⁰

No entanto, a despeito das decisões proferidas em primeira instância ao longo de alguns juízos espalhados em nosso território, em 29 de Novembro de 2005, no julgamento do Recurso Especial nº 757411/MG, a 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, quatro votos a um, pelo não cabimento de indenização a título de danos morais

decorrente de abandono afetivo.¹¹ Houve agravo de Instrumento ao STF número AI 670352, distribuído ao Ministro Gilmar Mendes, tendo os autos baixado ao STJ em 04/10/2007

Consta do processo que o filho mantinha contato regular com seu pai até os seis anos de idade, e que, após o nascimento de sua irmã, esta fruto de um novo relacionamento de seu pai, este acabou por se afastar, de maneira definitiva, do convívio que tinha, até então, com aquele.

Na ação indenizatória movida em face do pai, o filho afirmou que, mesmo tendo recebido a pensão alimentícia no valor de 20% sobre os vencimentos líquidos do pai, por várias vezes tentou uma reaproximação vislumbrando receber deste, apenas e tão somente, amor e reconhecimento; todavia, em retribuição, recebeu, inclusive em datas marcantes como aniversários, formatura e aprovação no vestibular, apenas abandono, rejeição e indiferença.

Em sede de primeira instância, por não entender, o magistrado, ter havido a comprovação dos danos alegados pelo filho, a demanda foi julgada improcedente por aquele; todavia, interposta apelação pelo filho, a sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, reconhecendo o direito do autor, condenou o pai a pagar uma indenização no valor de 200 salários mínimos, mais juros moratórios, pelo dano moral e

⁷ MELO, Nehemias Domingos de. Abandono moral: Fundamentos da responsabilidade civil. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, nº 114. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=512>> Acesso em: 3 abril 2015.

⁸ MELO, Nehemias Domingos de. Abandono moral: Fundamentos da responsabilidade civil. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, nº 114. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=512>> Acesso em: 3 abril. 2015.





psíquico causado ao filho pelo seu abandono. Tomando por base o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, os desembargadores da referida Câmara Cível fundamentaram sua decisão sob a alegação de que a responsabilidade dos pais para com seus filhos não se pauta apenas no dever de alimentar, mas também no de possibilitar o seu desenvolvimento humano.¹²

No recurso especial interposto pelo pai perante o STJ, o advogado do réu (progenitor) afirmou que a indenização fixada pelo Tribunal de Alçada tinha caráter abusivo, e que representava uma forma de “monetarização” do amor, alegando, ainda, que a ação indenizatória era fruto de um inconformismo por parte da mãe do menor por ter tomado ciência de uma ação revisional de alimentos, proposta pelo pai do menor, na qual buscava uma redução no valor da pensão alimentícia. Acrescentou ainda que, mesmo tendo o filho atingido a maior idade, o pai continuava a pagar a referida pensão.¹³

Instado a se pronunciar a respeito, o Ministério Público opinou por parecer em sentido favorável ao réu, sob a justificativa de não caber ao Poder Judiciário condenar ninguém ao pagamento de uma indenização por falta de amor.¹⁴

Ao votar, o ministro Fernando Gonçalves, considerando que a lei prevê, apenas, como punição, a perda do poder familiar, sustentou que a determinação da perda deste poder, pena civil mais severa a ser imputada a um pai, já se encarregava da função punitiva ao mesmo, e que mostrava de forma eficiente à sociedade que o Direito não se compadecia com a conduta de abandono. Ainda em seu voto, o ministro indagou se seria possível às partes, após a condenação do pai por não ter atendido às necessidades afetivas de seu filho, reconstruir um novo relacionamento entre si, ou, ao contrário, representaria, de forma definitiva, um afastamento mútuo devido à “barreira” erguida durante o processo.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, o ministro Jorge Scartezzini proferiu voto favorável ao provimento do recurso da defesa por considerar que, por maior que tenha sido o sofrimento do filho em razão do afastamento do qual foi vítima, o Direito de Família tem princípios próprios que não deveriam ser “contaminados” por outros com

⁹ NOTÍCIAS do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias>. Acesso em 3 dez. 2005.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ ALEGAÇÃO de abandono afetivo não enseja indenização por dano moral. Pailegal.net. Disponível em: <http://www.pailegal.net/textoimprime.asp?rvTextoId=1134265357> Acesso em 5 dez 2005.





significados de ordem material-patrimonial. Concluiu que a ação consistia em uma busca de dinheiro indevida, por entender que ao pai também cabia o direito de ação contra o filho sob o fundamento de ter sido constrangido pela acusação de abandono feita por este último.¹⁵

Único a votar pelo não reconhecimento do recurso interposto pela defesa, o ministro Barros de Monteiro considerou que a destituição do poder familiar não consistia em óbice à concessão de uma indenização a título de danos morais, pois, ao lado da assistência econômica, o pai tem o dever de, também, assistir a seu filho moral e afetivamente. Segundo ele, apenas na hipótese de ocorrência de um motivo maior para o abandono, estaria, o pai, desobrigado a uma possível indenização.¹⁶

Apesar das decisões acima descritas, certo é que em 24/04/2012 o mesmo STJ ao julgar RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), cuja relatoria foi da Ministra Nancy Andrighi, deu parcial provimento ao recurso (ressaltando-se que a decisão não foi unânime) no sentido de reconhecer o direito a indenização por dano moral em decorrência de abandono afetivo, e condenou o pai a pagar ao filho a quantia de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Importante ressaltar que no seu voto a Ministra Nancy reconheceu a existência do dano, do nexa e da culpa do pai, ressaltando que:

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 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

¹² *Ibid.*





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.

Com isto, a despeito dos diversos aspectos jurídicos, éticos e morais que envolvem o tema em questão, é certo que, não obstante a jurisprudência que começa a se formar a respeito, ao operador do Direito caberá a devida cautela em eventuais proposições de ações futuras sob esse título; e, ao Poder Judiciário, que pautue suas decisões pela prudência e severidade, de modo que não se venha a dar abrigo a sentimentos de vingança ou revanchismos, onde a criança é usada visando-se, tão somente, a obtenção de indenizações; procedimentos estes com os quais a Justiça não pode, de forma alguma, compactuar.

7. CONCLUSÃO

Na elaboração da presente conclusão, embora difícil, forçoso se faz afastar a interpretação emotiva, de caráter pessoal, acerca dos argumentos trazidos à baila quando do desenvolvimento desta obra.

Imperiosa é a obtenção desta conclusão fundamentando-se na lei; levando-se, tão somente em conta, os aspectos jurídicos que envolvem os elementos centrais do presente estudo; tais como, a família, o menor, o dano, o poder familiar, a responsabilidade civil, etc.

Embora o Direito seja considerado uma ciência una, sua ramificação em áreas visa, apenas, facilitar o alcance de uma melhor compreensão acerca de seu extenso conteúdo; necessária é sua compreensão como um todo; sendo, portanto, inadmissível que determinada conduta seja tida como lícita para um(ns) de seus ramos, e ilícita para outro(s).

Como o estudo do tema em questão envolve múltiplas áreas da ciência do Direito, pois, ao passo que a família, o menor, o poder familiar têm disposições constantes da Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente – lei 8.069/90 -, os institutos da responsabilização civil e do dano moral encontram-se disciplinados de maneira mais concentrada no Código Civil, necessário se faz ter em mente que a conclusão fruto do presente estudo há que ser obtida em conformidade com os múltiplos aspectos inerentes aos ramos da ciência do Direito envolvidos.

Desta forma, após a análise dos inúmeros dispositivos legais mencionados ao longo do presente trabalho que atribuem aos pais, ou responsáveis pela entidade familiar, a titularidade do poder familiar, com todos os deveres e prerrogativas a ela inerentes, deveres estes que podem ser resumidos, basicamente, na obrigação que pais e/ou responsáveis têm em contribuir





para o pleno desenvolvimento da personalidade daqueles que se encontram sob sua responsabilidade, o fato de não agirem no sentido de contribuir para que este desenvolvimento seja obtido por parte daqueles que tem esse direito corresponde a uma lesão ao princípio, constitucionalmente previsto, da dignidade da pessoa humana; ao mesmo tempo em que fere o também princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Conforme mencionado no transcrito do presente estudo, já foram feitas pesquisas que demonstraram que a privação do menor em ter para si o carinho, o afeto, a atenção, o convívio familiar com seus pais, contribuem, de forma extremamente negativa, para a formação de seu caráter, sua personalidade.

Desta forma, não há dúvidas de que a privação acima mencionada gera, no menor da qual foi vítima, uma lesão, um dano moral, que, ainda que exclusivo, de acordo com a legislação vigente, art. 927, *caput* do Código Civil, há que ser reparado; e mais, fruto da interpretação que se obtém da leitura do art. 186 do mesmo diploma legal, tem-se ser dos pais ou responsáveis, visto terem sido destes a prática do ato ilícito contrário aos interesses do menor, a obrigação de reparação a tal(is) dano(s).

Oportuno, senão fundamental, destacar que o abandono afetivo constitui indubitável, ofensa ao disposto nos artigos 1º, III; 5º, X, 6º; 226, § 5º e 227, *caput* da Constituição Federal; bem como ao disposto nos artigos 3º, 4º, 5º e previstos no título II da lei 8.69/90, Estatuto da Criança e do Adolescente; sendo, por tudo isto, reforçado o entendimento no sentido de ser cabível a indenização por danos morais advindas de seu cometimento.

Muito embora não haver sido favorável pela concessão da indenização por danos morais a conclusão chegada pela 4ª Turma do STJ quando do julgamento do Recurso Especial nº 757411/MG, no qual foi prolatado acórdão, por quatro votos a um, pelo não cabimento de indenização a título de danos morais decorrente de abandono afetivo, permito-me discordar da referida decisão; considerando, contrariamente ao acórdão prolatado, partilhando do mesmo entendimento manifestado pelo voto vencido do ministro Barros Monteiro, que, do mesmo modo que o genitor tem o dever de prestar assistência econômica, também lhe incumbe o dever de assistência moral e afetiva a seu filho. Entendimento este que, recentemente, veio a ser ratificado pela maioria dos ministros da Terceira Turma do STJ (Resp Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)) ao reconhecerem o direito ao recebimento da indenização por abandono afetivo.





Desta forma, a fim de se evitar desvios na personalidade daqueles que a tem em formação, devem, os pais, empreender o máximo de esforço ao seu alcance, no intuito de participar, da forma mais efetiva possível, da vida de seus filhos; sob pena de, assim não o fazendo, sofrerem as consequências previstas em lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTAVILA, Jayme de. *Origem do Direito dos Povos*, 7. ed. São Paulo: Ícone, 1999.

AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade Civil por Dano à Honra*, 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BRASIL. STJ – 3ª T., AGA 250722-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 19/11/1999.

BRASIL. STJ – 4ª T., Resp. 45305-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 02/09/1999.

BRASIL. STJ - 3ª T., Resp. 1.159.242 – SP, Rel. Min. Nancy Andrigui, julgado em 24/04/2012

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 2. ed., Malheiros Editores, Rio de Janeiro, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por Ato Legislativo *Revista Forense*. RJ, 286:11, abr. Jun/94

DASSI, Maria Alice Soares. *Indenização ao filho por descumprimento do dever de convivência familiar*. Disponível em: <http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/178> Acesso em 02 abril. 2015.

DIAS, Caroline Said. Os instrumentos jurídicos do Direito Civil disponíveis para fiscalização do cumprimento dos deveres parentais . Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-instrumentos-jur%C3%ADdicos-do-direito-civil-dispon%C3%ADveis-para-fiscaliza%C3%A7%C3%A3o-do-cumprimento-dos>. Acesso em: 05 abril. 2015

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 7. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.





DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao Novo código Civil – Da responsabilidade Civil das preferências e privilégios creditórios*, V. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1057, 5 dez 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>. Acesso em: abril. 2015.

MELO, Nehemias Domingos de. *Abandono moral: Fundamentos da responsabilidade civil*. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 3, nº 114. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=512> Acesso em Acesso em: 3 abril. 2015.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. *Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

QUEIROGA, Antônio Elias de. *Responsabilidade civil e o novo código civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – direito de família*, V. 6. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil*, 5. ed. Rio de Janeiro. 1990.

SILVA, Cícero Camargo. Aspectos relevantes do dano moral. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em <http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3981>. Acesso em : 05 dez. 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – direito de família*, V 6. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEGAÇÃO de abandono afetivo não enseja indenização por dano moral. Pailegal.net. Disponível em: <http://www.pailegal.net/textoimprime.asp?rvTextoId=1134265357> Acesso em 5 dezi. 2005.

DIREITO de família no novo código civil. Pailegal.net. Disponível em: <http://www.pailegal.net/textoimprime.asp?rvTextoId=-1627972773> Acesso em 5 dez. 2005.

NOTÍCIAS do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias> Acesso em 5 de dez. 2005.

