

**FLÁVIO JOSÉ NEVES LUIZ**

**Indenização por Abandono Afetivo**

**Bacharel em Direito**

**FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS  
ASSIS  
2009**

**FLÁVIO JOSÉ NEVES LUIZ**

**Indenização por Abandono Afetivo**

**Monografia apresentada ao Departamento do curso de direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso, sob a Orientação específica do Prof. Ms. Leonardo de Gênova, e Orientação Geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.**

**FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS  
ASSIS  
2009**

## **Folha de Aprovação**

Assis, \_\_\_\_ d 17 de outubroe \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ 2009

**Assinatura**

**Orientador:** Leonardo de Gênova \_\_\_\_\_

**Examinador:** \_\_\_\_\_ Fabiana Ferraz de Marchi  
\_\_\_\_\_

## **Dedicatória**

AÀ Deus primeiramente, pelo esplendor da vida, presente em todas as atividades.

À minha família, em especial minha mãe e meu pai, meus avós, meu irmão e minha amada, pela compreensão e carinho.

Aos amigos e professores, pelo apoio e incentivo.

## **Agradecimentos**

Agradeço especialmente à minha querida mãe e amiga, ao orientador Prof. Ms. Leonardo de Gênova e aos senhores professores da instituição, pelo auxílio seguro e oportuno na orientação, aliados à experiência intelectual e profissional, que foram imprescindíveis para o desenvolvimento e conclusão deste trabalho.



## Sumário

Introdução.....	09
I- Noções gerais de família.....	1011
1.1- Breve histórico da família.....	101
1.2- Conceito de família.....	135
1.3- Conceito de filiação.....	2018
II- Responsabilidade Civil.....	202
2.1- Conceito de Responsabilidade Civil .....	202
2.2- Evolução histórica da Responsabilidade Civil.....	214
2.3- Teorias da Responsabilidade Civil (teoria objetiva e teoria subjetiva).....	2326
2.4- Dano moral.....	2629
III- Princípios do Direito.....	315
3.1- Princípios próprios do Direito de família.....	315
3.2- Princípio da dignidade da pessoa humana.....	316
3.3- Princípio da afetividade.....	326
3.4- Princípio da paternidade responsável.....	337
3.5- Princípio do melhor interesse da criança.....	338
3.6- Princípio da função social da família.....	349
IV- Afetividade.....	3540
4.1- Conceito de afeto.....	4035
4.2- Efeitos e prejuízos da falta de afeto.....	4361
4.3- Dever de convivência.....	3945
4.4- Aplicação da multa prevista no art. 249 do ECA.....	4450
4.5- Indenização por abandono afetivo.....	4652
Conclusão.....	519
Referências.....	5624
Anexos.....	5765

## **Resumo**

A indenização por danos à personalidade do filho é, atualmente, um dos temas mais polêmicos do Direito de Família. Em apenas um ano, duas sentenças e uma decisão confirmaram a necessidade de reparação ao filho, ainda que simbólica, por abandono afetivo. As implicações subjetivas e objetivas do descumprimento do dever de convivência são abordadas neste trabalho de forma especial, observando que o direito de família atual sofreu profundas transformações de ordem social, econômica, religiosa e política, entretanto, uma realidade nunca se modificou: todo ser humano tem a necessidade de ter pai e mãe presentes em sua formação. O abandono afetivo é uma espécie de dano moral, cometido pelo pai ou pela mãe. É um instituto novo e em desenvolvimento no qual uma ação ou omissão paterna causa no filho profunda dor e sofrimento atrapalhando seu desenvolvimento normal. O critério de fixação da indenização ainda não está pacificado, entretanto, esta lacuna não deve servir de fundamentação para a improcedência de ação neste sentido, pois a afetividade é um direito que deve ser tutelado. Assim, o abandono afetivo, se caracteriza ante ao comportamento dos pais, marcado por desprezo e indiferença em relação aos filhos, provocando-lhes grandes transtornos emocionais, intelectuais e, o cabimento de indenização nesses casos é evidente. Por isso deve-se lutar por este direito.

## **Palavras-chave**

família - responsabilidade civil - dano moral - abandono afetivo - indenização

## **Abstract**

The indemnity against damages caused to a son's personality is currently one of the most contentious issues of Family Law. In just one year, two sentences and a decision from the court confirmed the need for repair to his son, albeit symbolic, of emotional abandonment. Both subjective and objective implications in noncompliance with the duty of living together are approached in this work in particular, noting that the current family law has undergone major changes in social, economic, religious and political fields, however, one has never really changed: every human being has the need to have both parents present in their training. Emotional abandonment is a kind of moral damage, which can be committed by a father or mother. It is a new institute and development in which an action or omission concerned father in the son can cause both deep pain and suffering disrupting normal development. The criterion for setting the indemnity has not been pacified yet, however, this gap should not serve as grounds for dismissal of action to that effect, because the affection is a right which must be safeguarded. The abandonment of affection is characterized before the parents' behavior, marked by contempt and indifference to children, causing them great emotional and intellectual disturbances, and the pertinence of indemnity in such cases is evident. So you should fight for this right.

## **Keywords:**

family – civil responsibility – moral damage – affective abandon – indemnity

## **Abstract**

## **Keywords**

## **SUMÁRIO**

### **Capítulo 1. Noções gerais de família**

- 1.1 Breve histórico da família
- 1.2 Conceito de família
- 1.3 Conceito de filiação

### **Capítulo 2. Responsabilidade Civil**

- 2.1 Conceito de Responsabilidade Civil
- 2.2 Evolução histórica da Responsabilidade Civil
- 2.3 Teorias da Responsabilidade Civil (teoria objetiva e teoria subjetiva)
- 2.4 Dano moral

### **Capítulo 3. Afetividade**

- 3.1 Conceito de afeto
- 3.2 Efeitos e prejuízos da falta de afeto
- 3.3 Abandono Afetivo
- 3.4 Dever de convivência
- 3.5 Aplicação da multa prevista no art. 249 do ECA
- 3.6 Indenização por abandono afetivo

## **Introdução**

O abandono afetivo é considerado uma espécie de dano moral, ficando caracterizado quando o pai ou a mãe fere a dignidade do filho acerca de seus sentimentos, sua afetividade,

sua moral, provocando-lhe sensação de rejeição, abandono, tristeza e, em consequência afetando-o em seu desenvolvimento normal.

Esse instituto deve ser levado em conta até mesmo quando o pai oferece ao filho assistência material com regularidade, pois entende-se que uma não supre a outra, sendo que a assistência moral deve ser realizada independente da assistência moral.

A dor do abandono afetivo é imensurável, contudo, a busca de indenização pecuniária é uma forma de fazer com que os pais lembrem que possuem uma responsabilidade paterna e que esta não se esgota com a contribuição material.

A função dos pais sofreu profundas transformações no decorrer do tempo, pois aquela função autoritária deu lugar à educativa-afetiva, sendo que o pai, ao lado da mãe tem o dever de ajudar o filho a crescer física, intelectual e moralmente e se desenvolver, acima de tudo respeitando-o e tratando-o com o carinho e atenção assegurados pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade. Assim, sempre que este dever for descumprido e estiver presente o nexo causal entre a ação ou omissão e o dano causado ao filho, surge a responsabilidade civil, que configura o direito à indenização por abandono afetivo.

A indenização por abandono afetivo é um instrumento de punição ao descumprimento dos deveres da assistência afetiva, moral e educacional do qual se revestem os pais, de modo que o referido instituto venha a amparar o filho que se encontre nessa situação.

Assim, o presente trabalho procura analisar a evolução histórica do direito de família até chegar ao direito de família atual. Busca também, fazer um estudo dos princípios referentes ao tema, e, ainda refletir sobre a função paterna, a responsabilidade civil, o cabimento da indenização entre outros, até se chegar à análise do tema abandono afetivo e a possíveis soluções com a finalidade de evitar o abandono afetivo.

**11. NOÇÕES GERAIS DE FAMÍLIA** *Noções gerais de família*

## 1.1. Breve histórico da família

Observando a história da humanidade, encontraremos em todas as culturas, quer oriental, quer ocidental, os agrupamentos humanos. Alguns elementos antropológicos levam a supor que nos primórdios da evolução humana, os homens se reuniam em torno de algo ou de alguém, constituindo uma família, o segmento social de origem mais primitiva já reconhecida, portanto nessa sociedade estabelecia-se um comunismo primitivo, situação na qual os produtos coletados por um grupo de indivíduos eram divididos criteriosamente entre todos os membros da tribo e não se tinha o estabelecimento de privilegiados nessa partilha. Porém, o domínio da natureza pelo homem procedeu-se lentamente e os homínidas souberam equipar-se com instrumentos mais eficazes para sua sobrevivência.

O estudo da história da família começa, de fato, em 1861, com o *Direito Materno* de Bachofen (SICHES, 1968, p. 552). Antes dessa data, não se poderia sequer pensar em uma história da família. As ciências históricas ainda se achavam, nesse domínio, sob a influência dos Cinco Livros de Moisés. A forma patriarcal da família, pintada nesses cinco livros com maior riqueza de minúcias do que em qualquer outro lugar, não somente era admitida, sem reservas, como a mais antiga, como também se identificava, descontando a poligamia, com a família burguesa de hoje, de modo que era como se a família não tivesse tido evolução alguma através da história. No máximo, admitia-se que nos tempos primitivos pudesse ter havido um período de promiscuidade sexual.

É certo que, além da monogamia, conheciam-se a poligamia no Oriente e a poliandria, na Índia e no Tibete; mas estas três formas não podiam ser dispostas, historicamente, em ordem sucessiva: figuravam juntas, umas ao lado das outras, sem nenhuma conexão.

Também é verdade que, em alguns povos do mundo antigo e em algumas tribos selvagens ainda existentes, a descendência é contada por linha materna e não paterna, sendo aquela, a única válida e que em muitos povos contemporâneos é proibido o casamento dentro de determinados grupos maiores, naquela época ainda não estudados de perto, ocorrendo este fenômeno em todas as partes do mundo; esses fatos, certamente, eram conhecidos, e a cada

dia a eles se acrescentavam novos exemplos. Mas ninguém sabia como abordá-los e, inclusive na obra de E.B.Tylor (apud KEESING, (1961, p. 406) apareciam como “costumes exóticos”, ao lado da proibição vigente em algumas tribos selvagens de tocar na lenha que ardesse com qualquer instrumento de ferro e outras futilidades religiosas semelhantes.

Todavia, Orlando Gomes, com muita propriedade nos lembra que:

a evolução jurídica da família importa, entre os povos de nossa área cultural, a partir de Roma. O direito romano deu-lhes estrutura inconfundível, tornando-a unidade jurídica, econômica e religiosa, fundada na autoridade soberana de um chefe. De seu acentuado caráter político resultou a analogia entre sua organização e a do Estado. A família romana assentava no poder incontestável do *pater família*, “sacerdote, senhor e magistrado”, em sua casa – que se exercia sobre os filhos, a mulher, os escravos, multiformemente, permitindo-lhe dispor livremente das pessoas e bens, ao ponto de se lhe reconhecer o *jus vitae et necis*. (GOMES, 2001, p.39).

Assim, pode-se observar que na família romana, berço da civilização, o afeto, embora pudesse existir, não era o elo entre os membros da família e muito menos o nascimento. O pater podia até sentir por sua filha um profundo sentimento de carinho, porém este não poderia lhe dar qualquer bem de seu patrimônio ((COULANGES *apud* VENOSA, 2008, p. 04). A família estava ligada por um vínculo mais forte que o nascimento: a religião doméstica e o culto aos antepassados (VENOSA, 2008, p.04). O pater era quem dirigia estes cultos, a mulher quando contraía matrimônio abandonava o culto do pai e começava a seguir o culto do marido. Dentro deste período, a família era um grupo de pessoas sob o mesmo lar que invocava os mesmo antepassados. (VENOSA, 2008, p. 04).

Desde o direito romano que o ordenamento jurídico organiza-se baseado na autoridade paterna. A estrutura familiar romana era pautada na pessoa do pai, era ele o chefe da família, o sacerdote, o deus, o pater.

Na idade moderna, o papel da mulher começa a ser destacado dentro da relação familiar, assumindo tanto o papel de mãe como ajudando no poder econômico da família, mas ainda subordinada ao marido. As relações pessoais evoluíram e as relações familiares foram se pautando também a partir dessas relações determinantes para a identificação das sociedades e da forma com que são estabelecidas as relações de trabalho e renda.

A velha sociedade baseada nos laços de sangue explode no choque das classes sociais que se desenvolvem, onde o Estado tem uma participação incontestável. Há também uma significativa mudança no próprio casamento, em que a liberdade sexual se apresenta, bem como a ativa participação da mulher na divisão do trabalho.

A Revolução Industrial acrescentou essa possibilidade de reformulação dos padrões existentes, enfim a busca de igualdade de direitos foi proferida e buscada, com vários avanços para o desempenho da mulher na sociedade atual. Com a independência financeira da mulher começam a surgir as divergências entre homem e mulher. Esta quer um companheiro e ele uma mulher submissa. Daí começam a surgir as primeiras produções independentes, quando estas mulheres desejam ser mães sem ter um marido, ou ainda as uniões estáveis, onde ambos começam a conviver debaixo do mesmo teto sem o vínculo matrimonial. Antes a mulher cuidava dos filhos porque não tinha outra coisa a fazer senão cuidar da casa e da prole.

Com a revolução feminina, esta mesma mulher começou a trabalhar fora, cuidar da casa, da prole e do próprio marido. A figura materna estava intimamente ligada à pessoa dos filhos e, até certo tempo, a lei e a doutrina a protegiam de ficar sem eles. Era uma situação cultural, pois cabia ao homem apenas sustentar sua família e a mulher manter sua família unida, dado a este fator sócio-cultural que os filhos eram sempre mais ligados à figura da mãe do que a do pai, que estava sempre fora trabalhando e quando em casa chegava estava cansado demais para conversar com seus filhos, tirando a velha concepção que cabe somente a mãe criar e educar os filhos.

Atualmente, já se reconhece a importância da participação paterna no contexto da vida de um filho, a necessidade de sua atenção e afeto para proporcionar a esta criança um desenvolvimento harmônico e sadio. A presença marcante da figura paterna começa a ressurgir gradativamente dentro do seio familiar, onde o pai, não só trabalha e garante o sustento da casa, mas também conversa, brinca, fiscaliza e contribui para a saudável relação do grupo como um todo.

O direito brasileiro passou por inúmeras mudanças em relação à família. O Código Civil de 1916 por ser do século XIX trazia uma visão conservadora e patriarcal para o direito de família e consagrava a superioridade masculina determinando assim o poder exclusivo da família ao homem. O primeiro grande avanço se deu com o Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 6121/1962), que deu a capacidade da mulher e a aceitou como colaboradora do marido ao que tange a educação e a criação dos filhos.

A Constituição de 1988 patrocinou a maior reforma já ocorrida no direito de família, foi a partir da Constituição que os direitos e as obrigações de homens e mulheres foram igualados. Desse modo, a família advinda desta Constituição tem o papel específico de fazer valer, no seu seio, a dignidade dos seus integrantes como forma de garantir a felicidade pessoal de cada um deles. A construção de sonhos, a realização do amor, a partilha do sofrimento, enfim, os sentimentos humanos devem ser compartilhados nesse lugar de afeto e respeito.

Avanço significativo também aconteceu no Código Civil de 2002 em seu art. 1632 que traz: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.”. Desta forma, o artigo citado estabeleceu que, mesmo diante da dissolução do casamento, da união estável ou dos vínculos afetivos, não altera as relações entre pais e filhos, deixando claro que o que foi rompido fora à relação afetiva homem e mulher e não os laços paterno-filial, cabendo aquele que não ficou com a guarda, o direito-dever de visitas, de fiscalização, de ajudar na educação e promover dentro de suas possibilidades financeiras o cumprimento da obrigação alimentar. Assim, vê-se como a legislação civil põe em relevo a notória importância da função parental na formação da pessoa.

O direito e a família crescem juntos, evoluem, buscam formas para regular e manter as relações familiares seguras e protegidas das mazelas da sociedade. É de tamanha importância este direito que a Constituição Federal incumbiu não só a família a preservação e guarda destes direitos, mas estendeu a toda sociedade e ao Estado, como forma de priorizar e garantir a efetivação, conservação e proteção destes, inclusive ao que trata do direito dos filhos, estabelecendo assim um vínculo com o princípio da máxima proteção da pessoa dos filhos. O direito de família é um direito protetivo e assistencial, pois além de proteger os entes desta

estrutura deve prestar-lhes a assistência necessária para o seu desenvolvimento harmônico e feliz.

A evolução da sociedade transformou os relacionamentos familiares, de família patriarcal, em que tudo girava em torno do pai que inclusive dispunha sobre o direito a vida de seus filhos e subordinados, para, uma família afetiva, cujos laços que unem esta célula são os afetos.

Maria Helena Diniz (2007 p.12 e /13) entende família como o “grupo fechado de pessoas composto de pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto, numa mesma economia e sob a mesma direção.”

Deve-se, portanto, vislumbrar na família uma possibilidade de convivência marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É um instrumento para a realização integral do ser humano. (DINIZ, 2007, p.13).

Conclui-se, então, que a célula básica da família, formada por pais e filhos, não se alterou notoriamente com a sociedade urbana-moderna. Porém, a família atual, ainda se diferencia das formas antigas no que tange as suas finalidades, composição e papel de pais e mães.

## **1.2. Conceito de família**

O termo família é derivado do latim “*famulus*”, que significa “escravo doméstico”. Este termo foi criado na Roma antiga para designar um novo grupo social que surgiu entre as tribos latinas ao serem introduzidas à agricultura e também à escravidão legalizada (<http://pt.wikipedia.org>).

É evidente que a família constitui o caso por excelência de formação ou grupo social suscitado pela natureza, pelos fatos da geração e os dela conseqüentes. Entretanto, o fato de que a família se origine primariamente nesse fenômeno natural, de nenhum modo significa que a família seja simples produto da natureza. Pelo contrário, deve-se ter consciência clara de que a família é uma instituição criada e configurada pela cultura, isto é, religião, moral, costumes e direito para regular as condutas vinculadas à geração. Neste sentido, o escritor e professor francês Émile Faguet (apud SICHES, (19668, p.552) observa que de todas as vitórias da cultura sobre a natureza, o matrimônio monógamo é a mais brilhante, a mais vigorosa e talvez a mais fecunda. Os fatos do impulso sexual, da procriação, do desamparo das crianças, do antagonismo dos sexos e também das gerações, em vez de ficarem ao azar dos meros fatores biológicos e psíquicos, mercê da instituição da família, são canalizados e regulados.

Na configuração e regulação moral, religiosa, social e jurídica da família, intervêm considerações sobre a moralidade dos indivíduos, acerca dos interesses materiais e espirituais das crianças, a boa constituição e o bom funcionamento da sociedade. Numa ou noutra forma, em quase todas as culturas e civilizações, predominou a idéia de que a sociedade será assim como as famílias. Se as famílias estão bem estabelecidas, bem ordenadas e funcionam bem, elas serão a fonte de bem-estar, grandeza e propriedades sociais.

A motivação essencial da família, nas diversas formas que esta apresentou na história, é a necessidade de cuidar, alimentar e educar a prole. É característico do ser humano o fato da lentidão com que chega a ser capaz de valer-se por si mesmo, tanto no que se refere à aprendizagem de onde e como obter alimento e satisfazer as outras necessidades primárias (habitação, vestuário, etc.), como também no que diz respeito à aprendizagem de abster-se dos atos perigosos para si e para os demais.

Assim sendo, para satisfazer essas necessidades dos filhos, foi criada a instituição da família. As suas formas são muito variadas ao longo da História e nas diversas civilizações, porém todas têm em comum um esquema de instituição que implica a união estável dos progenitores, bem como entre eles e os filhos até a maturidade física e intelectual destes.

Entretanto, com o decorrer dos tempos, os conceitos e opiniões dos indivíduos sobre os mais variados assuntos estão se modificando, bem como estão existindo significativas mudanças de comportamentos. Portanto, deve-se pensar sobre qual é o conceito de “família” nas diferentes

sociedades e quais são as formas alternativas da vida familiar, suas forças e fraquezas, inclusive em nosso próprio sistema familiar.

Costuma-se falar de famílias, como se todos soubessem o que são famílias. Pode-se ser identificado como famílias estruturas de pessoas que vivem juntas por certo período de tempo, e se encontram ligadas por laços de matrimônio ou parentesco.

Quanto mais se avança no estudo da dinâmica da família, mais difícil torna-se discernir em que medida a dinâmica da “família” é semelhante e contrastante com a de outros grupos que não se designa por famílias, para não se falar já das diferenças entre as diversas famílias.

A dinâmica e estruturas que se encontram nos grupos que, na nossa sociedade, são chamados famílias, poderão não ser facilmente detectáveis em grupos denominados famílias noutro contexto de espaço e tempo.

A palavra “família” pode tomar, em determinados casos, um sentido consideravelmente vago como resultado da complexidade dos arranjos matrimoniais existentes. Assim, no conceito de Maria Helena Diniz:

Direito de família é o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela (DINIZ, 2007, p.07).

Devido a essa imprecisão e também porque a palavra tende suscitar na lembrança de cada pessoa o meio particular que lhe é conhecido e que pode parecer erroneamente ser universal ou pelo menos “normal”, alguns estudiosos sugeriram a sua abolição do vocabulário científico. De qualquer modo, sempre que a palavra “família” é usada, só adquire significação quando se formula a exata definição do grupo e da cultura a que ela se refere.

Nosso próprio sistema familiar é um exemplo daquilo a que freqüentemente se chama o tipo de família “conjugal”, baseada no laço matrimonial e normalmente constituída de pai e mãe que criam os filhos dentro de um certo tipo de lar. Há, porém, outros grupos étnicos nos quais a família, se assim pode-se ser chamada, não inclui a participação tão direta do pai no esquema das coisas.

Para alguns estudiosos, a família é a base da sociedade e garantia de uma vida social equilibrada, célula sagrada que deve ser mantida intocável a qualquer custo.

Apesar de existir uma tão grande variedade de tipos familiares, todos eles possuem notas comuns, o que tornam possível falar da família em termos gerais. Expressada com uma ou outra palavra, é unânime a afirmação de que a família é a instituição social fundamental. Com efeito, a socialização do indivíduo começa e continua se desenvolvendo sob a influência predominante da família durante os anos da infância e da mocidade nos quais a impressionabilidade e a receptividade são maiores. Exatamente a motivação essencial da família consiste no fato de que quando os filhos nascem, necessitam ser cuidados, conservados em sua existência e educados, o que não podem fazer por sua própria conta, nem sequer podem pedi-lo, pois que ainda não têm consciência nem vontade suficiente para nenhuma dessas atividades.

O grande filósofo e sociólogo inglês do século XX, R.G. Collingwood (apud SICHES, (1968, p. 556), diz que essencialmente uma família consta de pais e filhos. Pode conter ainda outros elementos, mas serão acidentais, fortuitos. Procurando dar uma definição geral de família, que abarque todas as suas formas, MacIver (apud SICHES, ( 1968, p. 556) dizcomenta que “a família é um grupo, definido por uma relação sexual e suficientemente precisa e duradoura, para prover a procriação e educação dos filhos”. Pode ou não incluir parentes colaterais, descendência de segundo ou posterior grau, ou membros adotados, mas essencialmente a família está constituída pela conjunta dos esposos com sua prole, formando uma unidade coletiva definida. Toennies (apud SICHES, (1968, p. 556) define a família como a relação de homem e mulher para procriar filhos de comum acordo; vontade, tanto do homem como da mulher, de reconhecê-los como seus e de cuidá-los, mas vontade também, quando não se chega a nenhum filho, de viver juntos, de proteger-se mutuamente e de gozar os bens comuns.

A família é a instituição social mais universal. Numa ou noutra forma existe em todas as sociedades, lugares e épocas no desenvolvimento da humanidade. Mesmo em muitas espécies animais existe uma forma de certo modo equivalente à família, não se esquecendo a diferença intransponível entre o humano e o animal.

Grande importância sociológica tem o fato de que é muito freqüente a consagração religiosa do matrimônio como comunidade de vida permanente e exclusiva. A participação religiosa

alcança seu auge quando o matrimônio é elevado à categoria de “sacramento”. A família é então colocada num nível de instituição sagrada em que se realizam fins de alto valor e se lhe dá maior permanência (SICHES, 1968, p. 557).

É unânime o reconhecimento de que a família é o mais importante de todos os grupos primários, isto é, dos constituídos por relações e interações em presença, face a face.

É a família um dos maiores exemplos de comunidade total ou supra-funcional com sociabilidade passiva, ou seja, com participação num patrimônio de crenças, valorizações, idéias, sentimentos, formas práticas de conduta, e com sociabilidade ativa, isto é, com processos de cooperação deliberada, visando a realização de fins.

Como instituição, a família é universal e permanente, mas cada família em particular tem uma duração limitada, que não vai além da vida de seus membros originários (esposos e seus filhos). Quando se fala de uma família ao correr dos séculos, em realidade faz-se referência a uma sucessão de famílias que trazem o mesmo nome e que estão numa relação de descendência umas de outras.

A família conjugal monógama tem uma origem remotíssima, no próprio berço da humanidade, ainda que em outros povos, sobretudo de vida primitiva, mas também em culturas adiantadas, como por exemplo a muçulmana, hajam surgido e se tenham desenvolvido muitos outros tipos de família, se manifesta uma tendência à vida conjugal monógama (SICHES, 1968, p. 553).

A família conjugal moderna não abarca diversas gerações (avós, pais filhos, netos), mas tão somente os progenitores e sua prole. A família tradicional nas sociedades ocidentais foi durante muito tempo a chamada *família conjugal monogâmica extensa*, originada no antigo Israel e desenvolvida na Grécia e em Roma, na Idade Média, e mesmo na Idade Moderna e no século XIX, a qual compreendia três gerações num só lar (avós, pais, filhos e netos), e em relações muito estreitas com os parentes colaterais (SICHES, 1968, p. 555).

Essa família conjugal extensa ainda persiste em grau considerável, mormente em algumas zonas rurais. Mas nos últimos decênios foi alcançando mais generalidade a família conjugal restrita, que compreende somente num lar os esposos e seus filhos.

A família tem estado em evidência. Por um lado ela tem sido o centro de atenção por ser um espaço privilegiado para arregimentação e fruição da vida emocional de seus componentes. Por outro, tem chamado a atenção dos cientistas, pois ao mesmo tempo, que sob alguns aspectos mantém-se inalterada, apresenta uma grande gama de mudanças.

É comum ouvir referências à “crise familiar”, “conflito de gerações”, “morte da família”. Ela também suscita grandes polêmicas, sendo para alguns a garantia de uma vida social equilibrada, já para outros, a instituição familiar deve ser combatida, pois representa um entrave ao desenvolvimento social; é algo nocivo, é o local onde as neuroses são fabricadas e onde se exerce a mais implacável dominação sobre as crianças e as mulheres. No entanto, o que não pode ser negado é a importância da família tanto ao nível das relações sociais, nas quais ela se inscreve, quanto ao nível da vida emocional de seus membros. É na família, mediadora entre o indivíduo e a sociedade, que se aprende a perceber o mundo e a se situar nele. É a formadora da primeira identidade social do indivíduo, sendo sua grande matriz de identidade.

A instituição familiar tem ocupado a atenção de estudiosos de todas as ciências sociais. O que essas abordagens têm tido em comum, via de regra, é o fato de ver a família apenas através da ótica de uma disciplina científica especializada. Pode-se verificar que muitas vezes se repete, com argumentos tirados do repertório científico, o que a ideologia tem veiculado dentro da própria família: a representação da instituição familiar como algo natural e imutável. Assim, por exemplo, Talcott Parsons (apud CARDOSO, (1968, p. 56/57) dá à família uma grande importância, pois para ele a sociedade é um sistema no qual as relações dessa com o indivíduo se dão de forma harmoniosa e auto-reguladora. A família teria por função desenvolver a socialização básica numa sociedade que tem sua essência no conjunto de valores e de papéis.

A Constituição de 1988, em seu artigo 226, ampliou, entre nós, o conceito de família para reconhecer como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como a união estável entre homem e mulher.

### **1.3. Conceito de Filiação**

A filiação pode ser definida como sendo a relação de parentesco existente entre pais e filhos, ou ainda como sendo o modo como se transmite, em um sistema de parentesco, o

nome, o local de habitação e/ou dependência a uma classe matrimonial e que se realiza seja pelo pai (sistema patrilinear), seja pela mãe (sistema matrilinear, ou até mesmo pelas duas combinações possíveis das duas linhagens materna e paterna (filiação bilateral ou bilinear). Portanto, pode-se afirmar com toda a certeza que todo ser humano tem pai e mãe, mesmo que seja através de inseminação artificial ou outras modalidades de fertilização assistida, pois quaisquer que sejam os métodos utilizados não se dispensam o progenitor, o doador, mesmo não sendo essa forma de paternidade tradicional. Assim sendo, o Direito tem que automaticamente aceitar a verdade científica.

Desse modo, a procriação é, portanto, um fato natural, apesar de que no que diz respeito ao Direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos, pois a filiação compreende todas as relações, bem como sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos. Assim, nesse aspecto, o direito da filiação abrange também o pátrio poder, ou seja, o poder familiar que os pais exercem em relação aos filhos menores, assim como os direitos de proteção e de assistências em geral.

Conforme a visão de Silvio de Salvo Venosa a filiação é, destarte, um estado, o *status familiae*, tal como concebido pelo antigo Direito. Todas as ações que visam a seu reconhecimento, modificação ou negação são, portanto, ações de estado (VENOSA, 2008, p.212). Enfim, o termo filiação expressa a relação existente entre o filho e seus pais, sejam aqueles que o geraram, sejam aqueles que o adotaram, sendo que nesse sentido, a adoção volta a ganhar a importância social que teve no Direito Romano.

Entretanto, em meados do século XX, a legislação brasileira, numa tendência universal foi alterando-se e gradativamente foram sendo introduzidos direitos familiares, bem como direitos aos filhos provindos também de relações extramatrimoniais.

A Constituição de 1988 culminou por vedar qualquer qualificação relativa à filiação. Assim sendo, a terminologia do Código de 1916 (filiação legítima, ilegítima e adotiva) de importância fundamental para tal conhecimento, passou a ter conotação e compreensão didática e textual e não mais essencialmente jurídica.



## **2II .- RESPONSABILIDADE CIVIL**Responsabilidade Civil

### **2.1 .- Conceito de Responsabilidade Civil**

Segundo entendimento de Maria Helena Diniz. (2007, p. 35).

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

Assim, pode-se dizer que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém, seja esta moral ou patrimonial que, atuando, a princípio ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

Na realidade, a palavra “responsabilidade” é oriunda do verbo latino *respondere*, significando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo. Portanto, tal termo, tem sua raiz latina *spondeo*, fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais, ou seja, estabelecer uma obrigação a quem assim respondia. (DINIZ, 2007, p. 33). Porém, a afirmação de que o responsável será aquele que responde e que responsabilidade é a obrigação do responsável, ou ainda, o resultado da ação pela qual a pessoa age ante esse dever, não deve ser suficiente para solucionar o problema e para conceituar a responsabilidade, pois se a pessoa agir de conformidade com a norma ou com seu dever, pode se leviano dizer acerca de sua responsabilidade, pois tal indivíduo pode continuar responsável pelo procedimento em si, mas não terá nenhuma obrigação traduzida em reparação de dano, como um substituto do dever de obrigação prévia, por ter cumprido tal obrigação. Assim sendo, a responsabilidade é a circunstância da infração da norma ou obrigação do agente, servindo, portanto, para demonstrar a posição daquele que não executou o seu dever.

AssimEntretanto, pode-se notar, as grandes dificuldades que a doutrina enfrenta para conceituar objetivamente a responsabilidade civil, pois alguns autores se baseiam na culpa do

indivíduo para definir a responsabilidade. Autores como Pirson e Villé (*apud* Diniz, (2007, p.34) conceituam a responsabilidade como a obrigação imposta pelas normas às pessoas no sentido de responder pelas conseqüências prejudiciais de suas ações; já, outros autores, como é o caso de Sourdat (*apud* DINIZ, (2007, p.34) define a responsabilidade civil com o dever de reparar dano decorrente de fato de que se é autor direto ou indireto. SAVATIER *apud* DINIZ, (2007, p.34) a considera como a obrigação de alguém reparar dano causado a outrem por fato seu ou pelo fato de pessoas ou coisas que dele dependam. Outros autores ainda, como Jossierand (*apud* DINIZ, (2007, p.34), vê a responsabilidade civil sob um aspecto mais amplo, deixando de lado a questão da culpabilidade, mas enxergando-a no ângulo da repartição de prejuízos causados, equilíbrio de direitos e interesses, comportando assim dois pólos: o objetivo, em que enfoca o risco criado e o subjetivo, enfocando a culpa.

Portanto, tendo em vista tantas dimensões doutrinárias, Serpa Lopes (*apud* DINIZ, 2007, p. 34), conclui que a responsabilidade é a obrigação de reparar um dano, seja ele por decorrência de uma culpa presumida ou por uma circunstância meramente objetiva.

Ainda conceitua Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 21) que a responsabilidade civil leva em conta, primordialmente, o dano, o prejuízo, o desequilíbrio patrimonial, embora em sede de dano exclusivamente moral, o que se tem em mira é a dor psíquica ou desconforto comportamental da vítima.

Assim sendo, é que com base nessas considerações, que pode-semos conceituar no início deste capítulo a responsabilidade civil como sendo a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou ainda, de simples imposição legal. Tal definição guarda, em sua estrutura, a idéia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva) e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).

## **2.2 .- Evolução histórica da responsabilidade civil**

O Direito Romano, como sempre, também é o ponto de partida para se encontrar a questão das raízes da responsabilidade civil.

Assim, nas primeiras formas organizadas de sociedade, como também nas civilizações pré-romanas tal responsabilidade origina-se da concepção de vingança privada, ou seja, uma forma primitiva, porém compreensível do ponto de vista da civilização humana, a qual dominava a vingança coletiva se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes. Posteriormente, houve uma evolução da responsabilidade civil dentro de um grupo para uma reação individual, isto é, partiu-se para uma vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, querendo reparar o mal pelo mal, usando a Lei de Talião: “Olho por olho, dente por dente”; “quem com ferro fere, com ferro será ferido”. Porém, observa-se dentro do Direito Romano, a preocupação de uma evolução na Lei supra mencionada em conceber a possibilidade de composição entre a vítima e o ofensor, evitando-se assim, a aplicação da pena de Talião (DINIZ, 2007, p. 10/11).

Segundo Alvin Lima (apud GONÇALVES, (2005, p. 04), a vingança é substituída pela composição a critério da vítima, porém subsiste como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido.

Posteriormente, em um período mais avançado acerca da responsabilidade civil, surge uma soberana autoridade, o legislador começa a coibir abusos, e o poder público intervém para declarar quanto e como a vítima pode ter o direito de retaliação. É quando, então, a pessoa que causou a lesão sofre danos idênticos ao da pessoa que foi lesada (DINIZ, 2007, p. 10/11).

Observa Carlos Roberto Gonçalves:

Num estágio mais avançado, quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça com as próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada. É quando, então, o ofensor paga um tanto ou quanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo em consequência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidentes do trabalho. É a época do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas (GONÇALVES, 2005, p. 4/5).

Porém, é na Lei Aquília que se dá um marco de grande importância na evolução histórica da responsabilidade civil, dando nome à nova designação da responsabilidade civil, sendo o início da jurisprudência clássica com relação à injúria e “fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana, que tomou da Lei Aquília o seu nome característico”. (DIAS apud GONÇALVES, 2005, p. 5).

Assim, a Lei Aquília veio para cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, tendo-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal maneira que o culpado poderia se isentar de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Desta forma passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente, estabelecendo as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor. Com isso, tal lei introduziu o prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante. Contudo, num estágio mais avançado com o avanço do tempo, as sanções dessa lei foram aplicadas aos danos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material. O Estado passou, então, nessa época, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança. Tal composição veio a fazer parte no direito romano com a finalidade de se ter a pena privada, bem como a reparação, tendo em vista que na época não havia grande distinção entre a responsabilidade civil e a penal. Sendo assim, na Idade Média, com a estruturação da ideia de dolo e de culpa, com a conseqüente elaboração dogmática da culpa, distinguiu-se a responsabilidade civil da pena. (DINIZ, 2007, p. 11).

Mais tarde, o direito francês, aperfeiçoando as ideias românticas ficou estabelecido um princípio geral da responsabilidade civil, abandonando assim, o critério de enumerar os casos de composição obrigatória. Vagarosamente, certos princípios, como direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil perante a vítima da responsabilidade penal em relação ao Estado; a existência de uma culpa contratual, que são a das pessoas que descumprem as obrigações e que não se liga nem a crime nem a delito, mas sim, se origina da negligência ou imprudência, que foram sendo estabelecidos, exercendo influência em outros povos. Inicia-se, portanto a era da generalização do princípio aquiliano, qual seja, o de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar. (GONÇALVES, 2005, p. 5/6).

Sintetizando essa visão da responsabilidade civil no direito da antiguidade e dando um salto histórico, observa-se que a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana, foi incorporada no grande monumento do legislativo da idade moderna, ou seja, o Código Civil de Napoleão, o qual influenciou diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916. Porém, tal teoria clássica da culpa não conseguia satisfazer todas as necessidades da vida comum, na grande massa de casos concretos em que os danos se perpetuavam sem reparação por causa da impossibilidade de comprovação do elemento anímico. Assim, dialeticamente falando, dentro do próprio sistema se começou a vislumbrar na jurisprudência novas soluções, com a ampliação do conceito de culpa, bem como da aceitação de novas teorias dogmáticas, as quais defendiam a reparação do dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2008, p. 12).

Pode-se assim encerrar essas considerações históricas, porém lembrando que tais teorias passaram a ser amparadas nas legislações mais modernas, sem desprezo total à teoria tradicional da culpa, mais recentemente, mencionadas pelo Novo Código Civil Brasileiro.

### **2.3 .- Teorias da responsabilidade civil (teoria objetiva e teoria subjetiva)**

Como mencionado anteriormente, o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação em que uma pessoa (física ou jurídica), deva arcar com as conseqüências de um ato, fato, ou negócio danoso, acarretando o dever de indenizar. Assim o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

A responsabilidade civil enquanto fenômeno jurídico, decorrente dos conflitos do homem em sociedade é em sua essência um conceito peculiar, e por isso faz-se necessário estabelecer uma classificação sistemática, tomando por base justamente a questão da culpa e depois da natureza da norma jurídica violada.

A teoria Clássica do direito baseia-se em três pressupostos para indenização da vítima, isto é, como poderá ocorrer a responsabilidade civil: “um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano”. (BESSON apud GONÇALVES, 2005, p. 4). Assim, pode-se classificar a teoria da responsabilidade civil em objetiva ou subjetiva.

Conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: (2008, p. 13).

A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo. Esta culpa, por ter natureza civil se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência conforme cediço doutrinariamente, através da interpretação da primeira parte do art. 159 do Código Civil de 1916 (“*Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*”), regra geral mantida, com aperfeiçoamentos, pelo art. 186 do Código Civil de 2002 (“*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*”). (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2008, p. 13).

E ainda observa Carlos Roberto Gonçalves: (2005, p. 21).

Conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano.

Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “subjetiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. (GONÇALVES, CARLOS ROBERTO, 2005, p. 21).

Assim, pode-se concluir que a obrigação de indenizar, ou seja, reparar o dano é a consequência juridicamente lógica do ato ilícito, conforme trata os arts. 1.518 a 1.532 do Código Civil de 1916 (“Das obrigações por atos ilícitos”). Sabe-se que o Código Civil de 2002, de forma mais técnica, não abre um título para as “obrigações por ato ilícito”, mas sim, de maneira genérica, estabelece um título próprio para a “responsabilidade civil”, dividindo-o em dois capítulos, sendo que o primeiro refere-se sobre a obrigação de indenizar (arts. 927 a 943) e o segundo refere-se a parâmetros da própria indenização (arts. 944 a 954).

EntãoPortanto, do ponto de vista da doutrina subjetiva, têm-se a noção básica da responsabilidade civil que é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa, cabendo sempre ao autor o ônus da prova de tal culpa do réu. Entretanto, existem situações em que o ordenamento jurídico atribui a responsabilidade civil a alguém por dano que não foi

causado diretamente por ele, mas sim por um terceiro com quem mantém algum tipo de relação jurídica. Em tais casos, trata-se a princípio, de uma responsabilidade civil indireta, em que o elemento culpa não é desprezado, mas sim presumido, em função do dever geral de vigilância a que está obrigado o réu.

Porém, existem casos também, em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa, sendo que quando isso ocorre, está-se diante do que se convencionou chamar de “responsabilidade civil objetiva”. Conforme tal responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, pois somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar. Geralmente, as teorias objetivas da responsabilidade civil, costumam enfocá-las como mera questão de reparação de danos, fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente.

A teoria objetiva é adotada em alguns artigos do Código Civil, sendo eles: arts. 936, 937, 938, 929, 930, 939, 940, 933 e o parágrafo único do art. 927. Também em algumas leis esparsas como por exemplo na Lei n. 6453/77, no Decreto Legislativo n. 2681/12, na Lei n. 6838/81, o Código de Defesa do Consumidor e outras. (GONÇALVES, 2005, p. 24) O Código de Defesa do Consumidor adota como regra a responsabilidade objetiva. “[...] a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, mas fica circunscrita a seus justos limites.” (GONÇALVES, 2005, 24).

Deve-se ressaltar aqui, que o movimento objetivista surgiu no final do século XIX, quando o Direito Civil passou a receber influência da Escola Positiva Penal.

Observa-se que o sistema material do Código Civil Brasileiro brasileiro, pendeu adotou, como regra, ao princípio para da a teoria subjetivista, inferindo-se de uma simples leitura do art. 159 do Código Civil de 1916, correspondendo ao art. 186 do Código Civil de 2002, o qual fixa a regra geral da responsabilidade civil, porém isso não quer dizer que as teorias objetivas foram totalmente abandonadas.

Para ocorrer a reparação do dano deve haver o descumprimento de uma obrigação, seja ela contratual ou extracontratual, que cause dano a alguém e o nexo de causalidade entre o fato e o dano procedido do fator culpa, isto é, para esta teoria exige provar a culpabilidade do agente para produção do evento danoso. (GONÇALVES, 2005, p. 26).

Conforme Carlos Roberto Gonçalves: (GONÇALVES, 2005, p. 26)

Quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no art. 186 do Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada de aquiliana.

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

A culpa do agente é analisada sobre os prismas da negligência (deixar de agir), imprudência (agir de forma imoderada, sem os cuidados necessários) e Imperícia (falta de habilidade técnica para agir). A culpa ou o dolo do agente devem existir para poder haver a indenização, motivo este que os juristas tanto defendem a existência de um dano na vida de uma criança como pressuposto para obter a indenização. (GONÇALVES, 2005, p. 11). Esta teoria leva em consideração as atitudes do agente, quando este conhecer e querer o resultado (ato danoso) ou quando embora não o conhecesse e não quisesse, agir com imprudência, imperícia ou negligência (ato culposo).

Sem abandonar tal regra, inova o Código Civil de 2002, no parágrafo único do seu art. 927, ao estabelecer que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Assim sendo, a nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vigore uma regra geral dupla de responsabilidade civil, em que de um lado se tem a responsabilidade subjetiva, como regra geral inquestionável do sistema anterior, porém coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano.

Tais considerações se fundamentam na teoria de que ninguém deve ser lesado pela conduta alheia.

#### **2.4 .- Dano Moral**

Um dos aspectos positivos da nova Codificação Civil brasileira é justamente o reconhecimento forma e expreso da reparabilidade dos danos morais. Porém, o conceito do que é dano moral, dentro do ordenamento pátrio, não está claro, delineado ou específico, deixando lacunas sobre o que é efetivamente este dano.

Conceituar algo precisa-se de muita cautela. Os romanos, com sua prudência característica já diziam “omnis definitio periculosa est”. Definir é sempre perigoso. Em sua obra exemplar, Antonio Jeová Santos (2003, p. 92) diz: “Afirmar que dano moral é lesão não patrimonial é nada definir. Princípio decorrente da boa lógica indica que não se define, introduzindo um conceito negativo no objeto definido”. Em contrapartida, a citação abaixo, oferece uma conceituação positiva sobre o que seria dano moral e que apresenta um rigor científico incontestável. “Pode-se definir o dano moral como a lesão aos sentimentos que determina dor ou sofrimentos físicos, inquietação espiritual, ou agravo as feições legítimas e, em geral, toda classe de padecimentos insuscetíveis de apreciação pecuniária. (ALSINA apud SANTOS, 2003, p. 95).

AssimConforme citado acima, o dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, ou seja, o dano moral é aquele que lesiona a esfera da personalidade de um indivíduo, de seus direitos, violando a intimidade, sua vida privada, honra e imagem ou bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Esse conceito é fundamental para a conclusão deste estudo, notadamente no que diz respeito ao fato da lesão se dar em direitos, cujo conteúdo não é pecuniário e nem comercialmente redutível a dinheiro, porém isso não quer dizer que o indivíduo não tenha suas compensações pecuniárias em caso de violação.

Como observa Silvio de Salvo Venosa

(2008, p. 41) “Ddano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade”.

Desta forma, entende-se que o dano moral é uma dor ou afetação negativa do estado anímico, psicológico ou espiritual na vida de uma pessoa.

Para Gonçalves, esta tentativa de conceituar o dano moral busca adentrar no conteúdo do dano, isto é na sua consequência, como podemos observar a seguir:

O dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor a consequência do dano. (GONÇALVES, 2005, p. 565).

Para ele, Gonçalves, o dano moral é uma lesão a um direito assegurado por lei como os direitos da personalidade (vida, honra, decoro, intimidade, sentimentos afetivos) e direitos da pessoa (nome, capacidade, estado de família), previstos na Carta Magna de 1988. “[...] não deve o julgador afastar-se das diretrizes nela traçadas, sob pena de considerar dano moral pequenos incômodos e desprazeres que todos devem suportar na sociedade em que vivemos” (GONÇALVES, 2005, p. 566).

Comentando ainda acerca que estes direitos são taxativos e devem ser analisados de acordo com os parâmetros do bom senso, pois acredita-se que para a vida em sociedade, o indivíduo deve estar preparado para suportar as mais variadas perturbações do dia-a-dia e que o dano moral só deve ser levado em conta quando for fora da normalidade e que interfira intensamente na vida e no comportamento do indivíduo. (CAVALIERE apud GONÇALVES, 2005, 567).

A comprovação do dano moral, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é incompreensível e mais uma vez vai depender da corrente de entendimento do julgador. O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe in re ipsa. Trata-se de presunção absoluta. (GONÇALVES, 2005, p. 570).

Entende-se por esta definição que, salvo em alguns casos, como o exemplo dado, o de inadimplemento contratual, que não se faz necessário a prova pericial do abalo sofrido, pois

há situações impossíveis de se questionar, como a dor de uma mãe que perdeu um filho, ver jurisprudência abaixo:

“Dano Moral – Morte de filho – Verba devida aos pais – Falta de amor por aquele não demonstrada – Irrelevância dos motivos dele não estar presente na vida diária dos pais, com visitas mútuas.” (BRASIL apud GONÇALVES, 2005, p. 570).

Em alguns casos, o juiz pode indeferir as provas técnicas apresentadas, por que muitas vezes o abalo sentido pode ser demonstrado através de testemunhas e que nem sempre os psicólogos ou os peritos conseguem captar o abalo sentido, vejamos a seguir:

Prova – Perícia psicológica – Pretensão a sua realização de indenização de danos morais – Alegações que podem ser demonstradas por testemunhas – Inexistência de caráter técnico a ser verificado – Indeferimento – Agravo não provido (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO apud GONÇALVES, 2005, p. 570).

O dano moral sofrido atinge mais do que o psicológico da vítima, atinge sua estima, sua vontade. A sensação de levar sua dor ao judiciário e não ver sua pretensão acolhida gera mais danos ainda; a sensação de injustiça, de não ser importante, por isso, os julgadores devem ter sensibilidade para apurar e valorar o dano moral, por que ele vai além do bem juridicamente tutelado, ele vai pesar para uma vida inteira e o judiciário não pode deixar de apreciar as circunstâncias que aconteceram os danos.

“Muitos julgadores ainda criam objeções quanto à responsabilidade do dano moral indenizável”. (CAHALI apud GONÇALVES, 2005, p. 571).

Muitas são as objeções contra a reparação indenizatória do dano moral, argumentando que não cabe ao judiciário dar valor monetário à dor e que esta não se pode medir.

Já se pode reconhecer, assim, que o princípio segundo o qual ‘o dano moral não é indenizável’ pertence já agora ao passado histórico do nosso direito privado; embora reconheçamos a existência ainda de juízes e julgados que, estacionados no tempo, persistem em tributar-lhe uma saudosa e cômoda fidelidade, fazendo ouvidos moucos aos reclamos da justiça social e não se apercebendo de que o direito, como experiência vivida, acelera-se no seu processo evolutivo de adaptação. (CAHALI apud GONÇALVES, 2005, 571).

(VENOSA, SILVIO DE SALVO, 2008, p. 41).

E foi seguindo esta linha de raciocínio que o Superior Tribunal de Justiça decidiu o recurso especial interposto por um pai (Vicente Fortes), condenado pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, a indenizar seu filho, (Alexandre Fortes), por abandono afetivo, alegando que não cabe indenização para o abandono afetivo, haja vista, para haver configuração do dano moral pressupõe-se a prática de ato ilícito e que “[...] escapa ao arbítrio do judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.” (GONÇALVES apud BRASIL, 2005, p. 51).

Desta forma a decisão do Superior Tribunal de Justiça vai de encontro a tudo que foi dito nos parágrafos acima, inclusive ao que já está mais do que debatido em toda doutrina e jurisprudência que a indenização por dano moral representa um bônus ainda que pequeno para suprir a tristeza, a dor sofrida pela vítima. O que não se pode duvidar que uma criança abandonada afetivamente por seu pai não terá um abalo quase impossível de se suportar tanto na sua esfera psíquica quanto na moral.

A reparabilidade do dano moral se consolida na ordem constitucional brasileira, com o advento da Constituição Federal de 1988, que prevê expressamente indenizações por dano moral em seu art. 5º, V e X, seguindo-se pelo novo Código Civil brasileiro.

A pacificação da possibilidade de indenização por dano moral parte da Constituição Federal em seu artigo 5º - Direitos e Garantias Individuais – assegurando “o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.” (n.V); e declarando invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (n.X). (GONÇALVES, 2005, p. 577).

A Constituição Federal, quando assegurou o dano moral indenizável como uma garantia aos direitos individuais, elevou a qualidade de princípio, “princípio da reparação do dano moral” que encontrou a sua inserção dentro do direito positivo pela lei mais alta e firme deste país. É um princípio cogente, isto é, obrigatório para o legislador e para o juiz. (PEREIRA apud GONÇALVES, 2005, p. 577).

A reparabilidade do dano moral se consolida na ordem constitucional brasileira, com o advento da Constituição Federal de 1988, que prevê expressamente indenizações por dano moral em seu art. 5º, V e X, seguindo-se pelo novo Código Civil brasileiro.

Assim, o dano psíquico é modalidade inserida na categoria de danos morais, para efeitos de indenização, pois o dano psicológico pressupõe modificação da personalidade, com sintomas palpáveis, inibições, depressões, bloqueios de comportamento entre outros, e é evidente que tais danos podem decorrer de conduta praticada por terceiro, por dolo ou culpa. Também, o dano moral, não abrange somente os danos psicológicos, mas também pela dor ou padecimento moral e que não aflora perceptivelmente em outro sintoma. Portanto, tal desconforto anormal decorrente de conduta do ofensor é perfeitamente indenizável.

Ainda observa Silvio de Salvo Venosa (VENOSA, 2008, p. 44).

A prova do dano moral, por se tratar de aspecto imaterial, deve lastrear-se em pressupostos diversos do dano material. Não há, como regra geral, avaliar por testemunhas ou mensurar em perícia a dor pela morte, pela agressão moral, pelo desconforto anormal ou pelo desprestígio social. Valer-se-á o juiz, sem dúvida, de máximas da experiência. Por vezes, todavia, situações particulares exigirão exame probatório das circunstâncias em torno da conduta do ofensor e da personalidade da vítima. A razão da indenização do dano moral reside no próprio ato ilícito. Deverá ser levada em conta também, para estabelecer o montante da indenização, a condição social e econômica dos envolvidos. O sentido indenizatório será mais amplamente alcançado à medida que economicamente fizer algum sentido tanto para o causador do dano como para a vítima. O montante da indenização não pode nem ser caracterizado como esmola ou donativo, nem como premiação. Ressalte-se que uma das objeções que se fazia no passado contra a reparação dos danos morais era justamente a dificuldade de sua mensuração. O fato de ser complexo o arbitramento do dano, porém, em qualquer campo, não é razão para repeli-lo. (VENOSA, SILVIO DE SALVO, 2008, p. 44).

Portanto, fica patente a importância do direito da reparabilidade por um dano moral, haja vista, a problemática causada na personalidade de um indivíduo.



### **III - Princípios do Direito**

Conforme a visão de Miguel Reale (2001, p. 306) “[...] princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.”

É na Constituição Federal que surge o modo de ver o direito, “Verdadeira Carta de Princípios”. (DIAS, 2005, p.51).

A autorização legal para a utilização dos princípios em caso de omissão da lei é o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que diz: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (REALE, 2001, p. 306).

Diante do exposto, o juiz, quando houver omissão da lei diante do caso de abandono afetivo, poderá também, se prevalecer do artigo 4º da lei supra citada e decidir de acordo com os princípios do direito.

#### **3.1 - Princípios próprios do Direito de Família**

O certo é que existem princípios gerais que se aplicam à todos os ramos do direito, assim, o princípio da dignidade, da igualdade, da liberdade, princípio da proibição de retrocesso social, da proteção integral a crianças e adolescentes. Seja em que situações se apresentem, sempre são prevalentes, não só no ambiente do direito da família. No entanto, há princípios especiais que são próprios das relações de família e que devem sempre servir de norte na hora de se apreciar qualquer relação que envolva questões familiares, despontando entre eles o princípio da afetividade. (DIAS, 2005, p. 55).

### 3.2 - Princípio da dignidade da pessoa humana

Princípio consagrado na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, segundo MORAES (2004, p. 128).

É um valor espiritual e moral inerente a pessoa humana, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício de direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria.

“O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.” (MORAES, 2004, p. 129).

A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do Direito Romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterun non laedere* (não prejudique ninguém) e *suun cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido). (MORAES, 2004, p. 129).

### 3.3 - Princípio da afetividade

“Com a consagração do afeto a direito fundamental, resta enfraquecida a resistência dos juristas que não admitem a igualdade entre as relações biológicas e socioafetiva”. (DIAS, 2005, p.66).

O afeto foi consagrado na legislação pátria como direito fundamental para garantir a dignidade de todos, embora à palavra afeto não esteja inserida no contexto da Constituição, a mesma assegurou o afeto como obrigação Estatal. (DIAS, 2005). O reconhecimento do afeto como princípio é de máxima importância e dignidade, que, além de dar a igualdade entre os irmãos, biológicos ou adotivos, respeitou seus direitos fundamentais como patrimônio e alimentos. Estabeleceu o direito de convivência entre pai e filho, reconheceu outros modelos de família e a adoção como forma de escolha afetiva. LOBO (apud DIAS, 2005, p.66) apontou quatro fundamentos essenciais ao princípio da afetividade, dentro da Constituição Federal de 1988, entre eles: “a igualdade de todos os filhos independente da origem (CF 227 § 6º); a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 §§5º e 6º); a comunidade formada por qualquer dos filhos e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4º) e o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (CF 227)”.

Para DIAS (2005, p. 67).

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, e não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família.

Desta forma, a autora, demonstrou que os laços afetivos não nascem do vínculo sanguíneo e sim da convivência e do respeito entre os integrantes da família e que manter este vínculo é garantir a felicidade de seus entes. Aduz ainda que: “A posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto.” (DIAS, 2005, p. 67).

As relações paterno-filiais são pautadas em imagens positivas onde se pressupõe que, os pais e filhos se entendem, compreendem-se, são amigos, divergem, brigam, mas que são partes da mesma unidade, da mesma célula familiar, produzindo assim um relacionamento afetivo harmonioso.

### **3.4 - Princípio da paternidade responsável**

Prevê o art. 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal que: “o planejamento familiar é livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável”.

De acordo com tal princípio, a família deve outorgar aos filhos havidos do casamento ou não, todos os meios para seu pleno desenvolvimento físico, psíquico e intelectual.

Os pais devem sempre buscar orientação preventiva e educativa. No mesmo sentido afirma LISBOA (2004, p. 49):

As informações necessárias à paternidade responsável devem estar correlacionadas com o acesso pleno à informação e às técnicas e meios possíveis de regulação da fecundidade humana, admitindo-se a esterilização voluntária: a) se o homem ou a mulher estiver em sua plena capacidade, contando com, no mínimo, 25 anos de idade ou dois filhos, e b) se houver risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto.

Alguns doutrinadores unem o princípio da liberdade com o da paternidade responsável, porém tal estudo pode ser mais adequado visto separadamente, pois o primeiro trata da livre decisão no planejamento familiar e o segundo é mais restrito à relação responsável dos pais com seus filhos e do acesso à informação que os pais devem buscar na prevenção para evitar gravidez indesejada, bem como adequada orientação aos filhos, o que influi na formação de seu caráter.

### **3.5 - Princípio do melhor interesse da criança**

O art. 227, caput, da Constituição Federal reza 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 a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Desse modo, percebe-se que a criança e o adolescente gozam de proteção integral assegurando-se a eles pela lei e por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A respeito, interessante é a posição de TARTUCE (2006, p. 7):

Conforme reconhecido pela Convenção de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças. O Código Civil de 2002, em dois dispositivos, acaba por reconhecer esse princípio de forma implícita. O primeiro é o art. 1.583 do Código Civil em vigor, pelo qual, no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por consentimento mútuo ou pelo divórcio direto consensual, será observado o que o cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos. O segundo é o art. 1.584 do Código Civil, que estabelece que não havendo acordo entre os cônjuges, a guarda deverá ser atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Como se pode perceber, a culpa quanto ao término da relação não mais influencia na guarda dos filhos, devendo ser aplicado o princípio em estudo para a busca da proteção integral da criança ou o melhor interesse do menor, conforme resguarda a Constituição Federal.

### **3.6 - Princípio da função social da família**

Frase muito afirmada por mestres e doutrinadores e bem cabível a esse princípio é: “a família é a célula mater da sociedade”, que, certamente foi amparada pela Constituição Federal em seu art. 226, caput: “a família é a base da sociedade, tendo especial proteção social do Estado”.

Tantas proteções a essa entidade são dadas, porém pode-se questionar qual seria sua função para a sociedade. A esse respeito, tem o referido princípio, que ensina que a família é a base do ser humano que nasce, vive e se reproduz nela. Sua função, é portanto, possibilitar

aos seus integrantes elementos imprescindíveis para sua realização em todos os aspectos da vida.

No entender de TARTUCE (2006, p. 9):

As relações familiares devem ser realizadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade, isso porque a sociedade muda, a família se altera e o Direito deve acompanhar essas transformações.

Não reconhecer a função social da família seria como não reconhecer a própria sociedade, de modo que quando a família vai mal a sociedade também vai mal, havendo uma estreita correlação entre as duas, de modo que é da família que nasce o Estado.

Alguns doutrinadores entendem que, além desses, existem outros princípios acerca do Direito de Família, porém estes transcritos, com certeza, são os mais relevantes e os que merecem maior destaque no tema ora abordado.

## **IV - Afetividade**

### **4.1 - Conceito de afeto**

Afeto é a emoção em geral ou qualidade de sentimento de um indivíduo, sendo o constituinte dinâmico da emoção. Os estados emocionais e sentimentais formam a afetividade, um dos aspectos do comportamento humano. Por sentimento entendemos o estado afetivo brando, suave, de prazer, desprazer em relação a um objeto, pessoa ou idéia que vêm a formar os sentimentos. Distinguem-se das emoções por serem reações mais calmas e com uma experiência mais complexa, com mais elementos intelectuais (lembranças, imagens, idéias). (WARREN, 1981, p. 139). Assim são os sentimentos de alegria, tristeza, júbilo, ódio, medo, raiva, todos ligados às necessidades adquiridas. Portanto, os sentimentos são específicos do homem, surgiram com o desenvolvimento histórico e variam com as mudanças das necessidades sociais. Quanto às emoções, são as reações caracterizadas por um grau muito forte de prazer ou desprazer e por uma reação motora geralmente intensa. Embora tenham os nomes dos sentimentos (ciúme, cólera, raiva, amor, aflição, etc.), as emoções são experiências mais simples, ligadas às necessidades naturais, aos motivos de sobrevivência. Uma alteração brusca do ambiente provoca uma emoção e não um sentimento. Todavia, é preciso se ter em conta que a reação afetiva depende do sujeito, em primeiro lugar, pois um mesmo fato pode precipitar reações bem diferentes em pessoas que foram educadas e viveram de modo diverso.

Os psicanalistas foram as pessoas que maior importância deram ao aspecto afetivo do comportamento humano. A posição de Freud, focando o desenvolvimento individual, revela como para ele o ser humano, ao invés de ser racional, era mais um ser emotivo. Assim, os pais deveriam ter consciência de como o desprazer e a tristeza, a raiva e o medo, a angústia e o ciúme de seus filhos causam preocupações e ansiedade destes. Para controlar a vida emocional dos filhos é necessário saber porque e como se estabelecem os sentimentos e emoções da personalidade do indivíduo.

Para Jean Piaget (1979, p. 234), a afetividade é um processo que se dá concomitante à inteligência. Tanto o desenvolvimento do pensamento como das emoções só se dão se um acompanhar o outro, isto é, não ocorre desenvolvimento intelectual se não houver afetividade. A criança se nesta fase por um egocentrismo puro, ou seja, ela se vê como o centro de tudo e no início logo que nasce, o bebê sequer se diferencia do meio. Ao final do período sensório-motor ela já se percebe como um objeto totalmente diferenciado do meio. A afetividade no início está totalmente centrada no corpo do bebê. Com o seu relacionamento com o meio através de satisfações e insatisfações a afetividade vai sendo transportada também para objetos e pessoas. O seio é o primeiro objeto em que a afetividade vai se descentralizar, depois as pessoas mais próximas, geralmente a mãe. O bebê reage à presença de estranhos mostrando-se inquieto e às vezes até irritado. A criança passa a escolher o objeto afetivo, sendo esta escolha dependente das relações que ela estabelece no meio, podendo ser agradáveis ou desagradáveis, e por último, ao final do período sensório-motor, concomitante com a socialização da ação quando a linguagem se torna seu meio mais importante de comunicação, ocorre a transferência de afetividade, deixando ela de ser o único centro.

Diante da análise de Piaget, uma criança psicologicamente afetiva tem maiores chances de crescer saudável, equilibrada emocionalmente e é capaz de vencer os obstáculos normais da vida. Então, afeto é a troca de sentimentos, respeito, valores, desejos, experiências, amor, entre pessoas que se relacionam diariamente e a personalidade de um indivíduo é a organização integrada por todas as características cognitivas, afetivas e físicas e por isso é que a falta de afeto dos pais em relação a seus filhos dão uma imensa diferença na edificação da personalidade da criança e conseqüentemente do futuro adulto.

#### **4.2 - Efeitos e prejuízos da falta de afeto**

Como já foi dito anteriormente, a crucial importância do exame dos fundamentos das relações e dos vínculos familiares radica na circunstância de que é no seio deste grupo que o indivíduo nasce e se desenvolve, moldando sua personalidade ao mesmo tempo em que se integra ao meio social. Durante toda a sua vida, é na família que o indivíduo encontra conforto e refúgio para sua sobrevivência.

A “chave da compreensão da interação entre o desenvolvimento pessoal e a mudança social reside na família”, como adverte DIOGO LEITE DE CAMPOS. (2008, p. 50).

A compreensão da atual textura da família prevista na Constituição Federal explica o avanço cultural, social, político e ideológico do País, que ocorreu ao longo dos tempos e desaguou na Constituição de 1988. Da análise do tratamento conferido à entidade familiar pelos textos constitucionais, extrai-se à conclusão de que somente a Carta Magna em vigor cuidou de recepcionar, com grande propriedade, os mencionados avanços.

A partir da inclusão das diversas formas de família, conclui-se que o elo entre os componentes é o afeto, o respeito, a vontade de seguir juntos, o tratamento igualitário. O elo biológico ou genético não mais sustenta a base familiar.

Conforme José Sebastião de Oliveira (2002, p. 233), “a afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros – a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social – é, sem dúvida alguma, uma das maiores características da família atual.”

A base da família deve ser, acima de tudo, centrada na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social, uma família “repersonalizada” e “despatrimonializada”, conforme proposto pela Constituição Federal de 1988, assentada numa ordem jurídica sob diversos princípios fundamentais que, alcançados à órbita constitucional, emanam valores para todo o sistema.

Mais do que nunca a relação paterno-filial assume destaque nas disposições sobre a temática da família. A previsão de outras formas, tais como a procriação, a proibição da discriminação

da filiação quanto à sua origem, a paternidade socioafetiva, deixa clara a preocupação com os filhos, enquanto verdadeiros sujeitos (não mais assujeitados ao poder paterno ou, mais especificamente, ao poder do pai).

No seio da entidade familiar, não há que se contentar única e exclusivamente com a coexistência diária e constante. Os genitores, na assunção de seus papéis de pais e não somente genitores, devem cuidar para que seus encargos não se limitem ao aspecto material, ao sustento, mas sim também cuidar da alma, da moral, do psíquico. Estas são as prerrogativas do poder familiar e, principalmente, da delegação divina de amparo aos filhos. Se rompido o elo conjugal, importante se faz que a convivência familiar seja mantida ou até mesmo intensificada diante das adversidades causadas pelo desenlace. Quanto à filiação, rompe-se a coexistência ou coabitação, jamais o dever de convivência. “Não é bom que o homem esteja só”. (Gênesis, 2, 18).

Atualmente, existe somente uma história a ser contada sobre a família, ou seja, a família democrática, com vida familiar individual e solidariedade social, igualdade emocional e sexual; direitos e responsabilidade mútuos nos relacionamentos sobre os filhos; copaternidade, contratos vitalícios de paternidade; autoridade negociada sobre os filhos; obrigações dos filhos para com os pais; a família socialmente integrada. Não se pode mais falar em família, mas sim em famílias. São recompostas, ampliadas, monoparentais, hetero ou homossexuais, socioafetivas, entre tantas outras formas de viver o afeto e a solidariedade. No compasso da evolução social, a legislação foi tornando-se mais branda no que se refere à filiação, notadamente quanto ao tratamento discriminatório a ela dispensado. A partir da nova modelagem da família, fundada no afeto, na entreajuda e na valorização dos seus membros, houve maior possibilidade de convívio entre pais e filhos, acentuando-se os sentimentos, alargando a preocupação e colaboração de uns com os outros.

Observa Maria Silvana Carbonera (1998, p. 297-8):

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

A partir dessa valorização dos membros da família e da importância dos interesses individuais desses sujeitos, a preocupação com a formação e o desenvolvimento da personalidade tornou-se imperiosa e mais evidente. Neste contexto, a filiação, notadamente quando se trata de menores, ganha especial atenção, uma vez que se trata de seres com personalidade em formação, pelo que se faz ainda mais imperiosa a convivência familiar plena. Por tudo isso, é a família considerada o melhor lugar de afeto e da formação da personalidade do indivíduo.

Como muito bem observa Jacqueline Figueiras Nogueira (2001, p. 95): “... Lar é lar, cama é cama, leite é leite, pão é pão, e afeto é afeto, em qualquer lugar do mundo, quando se coloca nos gestos, nos lábios e no coração esse sentimento nobre que se chama amor.”

Vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana, pois o acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja plena verdadeira aversão à solidão, a ponto de se ter por natural a idéia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso. Fato incontroverso, no entanto, que o ser humano encontra sua gênese num contexto familiar, seja de qualquer espécie.

Com propriedade, a Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (1998, p.8) alerta que não importa a posição que o indivíduo ocupe na família ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence.

“... o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores, e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.” (1999, p. 8).

No âmbito da família, cada um ocupa um lugar, uma função, sob o ponto de vista da estruturação psíquica.

Comenta com muita propriedade Rodrigo da Cunha Pereira (1999, p. 36): “Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente.”

A família é o primeiro espaço de convivência do ser humano. Referência fundamental para que a criança se desenvolva, é na família que, independentemente de sua configuração ou “roupagem”, se aprendem e se incorporam valores éticos e onde são vivenciadas experiências afetivas, representações, juízos e expectativas. Por óbvio que a formação da personalidade dos filhos depende diretamente da participação, da atuação, do posicionamento e da forma como os genitores exercem os seus papéis de pai e de mãe, como estabelecem e mantêm a convivência familiar. A partir de um ambiente familiar em que recebam confiança, amor, atenção, afeição, enfim, dos vínculos firmados com os entes familiares é que os filhos demonstrarão capacidade para formar novas relações humanas. Do nascimento à fase adulta, os filhos crescem e se desenvolvem em torno da auto-estima, do senso de moralidade, responsabilidades, empatia e de outros tantos aspectos ligados à formação da personalidade. É por isso que a cautela em torno da convivência familiar nasce com o indivíduo, uma vez que é determinante para sua personalidade a forma e o contexto familiar quando de seu ingresso à vida.

A criança precisa e depende de seu criador. Se ela é negligenciada, maltratada, rejeitada e abandonada, não desenvolve suas capacidades básicas e sofre prejuízos em sua personalidade. Assim, podemos observar o quão importante é o afeto na vida e crescimento emocional e psicológico de crianças e adultos.

### **4.3 - Dever de convivência**

A atribuição expressa e inflexível dos papéis dos indivíduos nas relações familiares pode ser sentida com mais ênfase no que tange às relações paterno-filiais. Ponto pacífico que, em todos os tempos e sob todas as roupagens, sempre foi sagrado o contato paterno-filial, posto que a filiação é, quase sempre, intuito dos pares e da solidificação das uniões.

Historicamente, como já visto anteriormente, o filho assumia papel secundário, ao lado da mãe, em detrimento do poder supremo do pai. Sua posição na esfera familiar era de absoluta sujeição e submissão, colocando-se sob a espada do “pátrio poder”.

Na constância do casamento, o maior da família dentro da sociedade antiga, os pais tinham a livre disposição sobre os interesses dos filhos, o que se dava pelo exercício do “pátrio poder”, concernente aos filhos “legítimos”, “legitimados”, “legalmente reconhecidos” e “adotivos”.

Da leitura do Código Civil brasileiro de 1916 é possível extrair-se com clareza o conteúdo dos papéis de pai e mãe quanto à pessoa dos filhos, sobretudo em notória desigualdade entre aqueles. Dispunha o art. 380 do C.C.: “Art. 380 - Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.”

Como decorrência do exercício do “pátrio poder”, já estava prevista a convivência familiar, ainda na constância do casamento, no inciso II do art. 384 do C.C. Embora a previsão fosse de um direito dos pais terem os filhos em sua companhia e guarda, já não era admissível que a convivência familiar se esgotasse apenas nestas esferas, mesmo porque as demais previsões deste mesmo artigo deixam claro que o papel dos genitores vai muito além das obrigações objetivas. Cabe frisar que a tutela prevista no Código Civil de 1916 era, predominantemente, em prol da figura paterna e dos interesses do grupo familiar. A filiação não tinha posição de destaque, sobretudo em razão da discriminação existente com base na sua origem (filhos legítimos, adulterinos, incestuosos, etc.). Porém, como já tratado anteriormente, houve gradativa alteração no modelo de família, a partir das transformações jurídicas e sociais operadas no curso do século XX.

O centro das atenções deslocou-se do grupo e da figura paterna para os sujeitos, entendidos individualmente. Passou-se a valorizar as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais.

Na família, os papéis foram mantidos, porém, houve modificação no modo como os mesmos passaram a ser desempenhados. Do ponto de vista da filiação, deu-se maior relevância aos direitos e interesses da prole, passando a legislação a versar, com maior propriedade, sobre institutos de assistência paterno-filial dentro do princípio igualitário, a começar pela supressão da predominância de um dos genitores. Surge daí, inclusive, a alteração do nome “pátrio poder”, que tinha origens no patriarcalismo, desde a “patria potestas” da Roma antiga.

Conforme PONTES MIRANDA (apud SILVA, 2004, p. 134):

A *patria potestas* dos romanos era dura criação de direito despótico, e não tinha correlação com os deveres do pai para com o filho. É certo que existiam deveres, porém esses quase só eram provindos da moral. Juridicamente, a *patria potestas* constituía espécie do direito de propriedade. O *pater familias* podia renunciar a esse direito, dando a terceiros os filhos *in mancipio*, ou enfeitando-os.

Essa alteração conceitual já se dera, em parte, com a nova redação do art. 380 do Código Civil de 1916, ao referir que o pátrio poder competia aos pais, quando a primitiva redação falava em poder do pai e, na sua falta, da mãe. Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) já cuidara de acertar ponteiros com expressa menção em seu art. 21, de que o pátrio poder é exercido pelos pais, em igualdade de condições. No entanto, a denominação “poder familiar” ainda conserva uma carga de supremacia e comando que não se coaduna com o verdadeiro sentido. Isso porque os pais têm, com relação aos filhos, um complexo e relevante conjunto de deveres e não propriamente de poder. Melhor seria, talvez, adotar a nomenclatura de vários ordenamentos jurídicos, “autoridade parental”, conforme o Código Civil francês.

Como registra Paulo Luiz Netto Lobo (2003, p. 190)

A evolução gradativa, ao longo dos séculos, deu-se no sentido da transformação de um poder sobre os outros em autoridade natural com relação aos filhos, como pessoas dotadas de dignidade, no melhor interesse deles e da convivência familiar.

Fato incontroverso e independente à denominação é a gama de deveres, responsabilidades, obrigações que cercam a relação paterno-filial que, mais do que nunca, deve ser objeto de constante análise e discussão, principalmente, como se colocou no patamar jurídico e legislativo, a proteção da pessoa dos filhos, sobretudo quando incapazes, a partir das notáveis mudanças introduzidas no sistema jurídico na visão do grupo familiar, embasados nos princípios maiores da Constituição Federal de 1988: respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III); tratamento igualitário às pessoas (arts. 5º, inciso I, 226, § 5º, e 227, § 6º); dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais de uma experiência baseada na convivência familiar e comunitária, a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227).

A Constituição Federal, além de passar a enumerar os direitos e as garantias individuais do cidadão, no art. 5º, introduziu na doutrina constitucional a declaração especial dos “direitos fundamentais da infanto-adolescência”, proclamando a “doutrina da proteção integral” e consagrando direitos específicos que devem ser universalmente reconhecidos. Cuidou-se, pois, de recepcionar a proteção integral já difundida em outros ordenamentos jurídicos e também no Brasil, como informa a Professora Tânia da Silva Pereira (1997, p. 642-643):

A declaração de Genebra de 1924 já determinava a ‘necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial’. A Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 (Paris) já previa para a infância o ‘direito a cuidados e assistências especiais’. A Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, assinada pelo Brasil, representa princípios para os signatários e não obrigações para estes Estados. A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como ‘Pacto de San José’, ratificada pelo Brasil em 1992, prevê no art. 19 que ‘todas as crianças têm direito às medidas de proteção que a condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado’. Na década de 80, as Regras de Bejing (Resolução 40.33 da Assembléia Geral da ONU de 29.11.1985) estabeleceram normas mínimas para a administração da Justiça da Infância e Juventude. Merecem referência, ainda, as Diretrizes de Riad para a prevenção da delinquência juvenil e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade, ambos os documentos aprovados na Assembléia Geral da ONU de 1990, as quais se somaram aos demais ‘documentos internacionais’.”

Os mesmos preceitos previstos na Constituição estão contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.060/90), assegurando à criança e ao adolescente o gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (art. 3º), como a liberdade, o respeito e a dignidade (art. 15), pelo que são prioritariamente responsáveis os seus pais. É necessário que os genitores, na constância da união conjugal, tenham dimensão exata do real significado da convivência familiar que não se esgota na simples e diária coexistência ou coabitação. Do contrário, seria convivência doméstica e não familiar, que se extinguiria diante da dissolução do elo conjugal.

Constatada a inevitabilidade do decreto da falência da sociedade conjugal, uma das definições que se fazem necessárias é acerca dos interesses dos filhos, compreendidos entre estabelecimento de provimento material (alimentos), da colocação dos filhos sob guarda de um dos genitores ou quando possível, permanência com ambos, em se tratando de guarda compartilhada ou guarda conjunta, e, por fim, estabelecimento de critérios que garantam a preservação do contato paterno-filial, hodiernamente tratado como “direito de visitas”.

Discorrendo acerca da impropriedade da denominação “direito de visitas”, sobretudo em razão da singularidade do contato que tal intuito parece denotar ao instituir um genitor “visitante”. A psicanalista Françoise Dolto registrou sua completa aversão ao uso da expressão quando se fala entre o menor e o genitor: “Não suporto ouvir essa palavra, ‘direito’ de visita. É um dever de visita que o genitor descontínuo tem que cumprir. Não um direito, em absoluto. Deveriam mudar esses termos.” (1989, p. 53).

Visitar é “ir ver (alguém) em casa ou em outro lugar onde esteja, por cortesia, dever, afeição ou qualquer outro sentimento. Pode ser usada também no sentido de “inspecionar” e/ou “vistoriar” alguma coisa ou algo. Exatamente da acepção literal da palavra é que se chega à conclusão de que a demanda da filiação, quanto ao desenvolvimento de sua personalidade, extrapola a simples visitação. É de fato simplória a defesa de que a convivência familiar se esgota na garantia da presença física, na coexistência, com ou sem coabitação. A exigência da presença paterna não é apenas física. Soa paradoxal, mas só há visita entre quem não convive, pois quem convive mantém uma relação de intimidade, uma relação verdadeiramente familiar.

O descumprimento do dever de alimentos acarreta prisão civil do devedor, assim como os demais abandonos (moral e intelectual), por que o legislador pátrio assim definiu e esqueceu que: “nem só de pão vive o homem” (Mateus. 4:4). A falta de regulamentação, quanto a sanção para o descumprimento, está gerando inúmeras dúvidas a respeito de qual instituto utilizar para resguardar o direito de ter o filho em sua companhia e do filho de ter os pais em sua companhia.

O direito de visitas é uma obrigação de fazer infungível, isto é, personalíssima, que deve ser cumprida por aquele que a lei ou a decisão judicial assim definir. Este direito é assegurado em lei ao pai ou mãe não guardião, porém é um direito próprio do filho de com eles conviver e este direito reforça os vínculos paterno e materno filial. (DIAS, 2005, p. 401).

É direito da criança manter contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, havendo o dever deste genitor em concretizar tal direito. Um filho necessita de carinho, amor, compreensão e convivência com seus genitores, a necessidade de afeto e amor dentro das relações familiares já está mais do que definida dentro do ordenamento jurídico, precisando agora, definir sua aplicabilidade dentro das situações reais. É direito do filho conviver com seus pais e não podem estes dispor de tal direito, alegando falta de tempo, ou que o genitor guardião está impedindo e assim frustrar a obrigação de visitá-lo. A falta de mecanismo legal para impor ao pai o cumprimento do dever de visita deixava, exclusivamente, à mercê da sua

vontade a forma e a periodicidade dos momentos de convívio. Aos filhos só sobrava aguardar pacientemente que o pai resolvesse vê-los. (DIAS, 2005, p. 404).

No que diz respeito ao estabelecimento da guarda, a legislação não se furtou de determinar a quem caberia a mesma. O parâmetro informador do Código Civil anterior foi o comportamento adulto, calcado na existência de culpa, especialmente no que diz respeito à atuação como cônjuge. Agregados a este aspecto estavam a idade e o sexo dos filhos.

O direito de visitas do pai ou da mãe “não-guardião”, por sinal, expressão não menos imprópria que “direito de visitas”, encontrava-se garantido pelo Código Civil de 1916, no art. 381: “Art. 381. O desquite não altera as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos. (arts. 326 e 327).”

A Lei do Divórcio também disciplinava: “Art. 15. Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.”

Num único dispositivo, amplo e genérico, o legislador nacional regulamentou três matérias importantíssimas: o direito de visitas, companhia e fiscalização. O que em outros ordenamentos é objeto de minucioso detalhamento se restringiu inicialmente, em nosso Direito, a uma reduzida disposição.

No Código Civil atual “garantia” encontra-se disciplinada no art. 1.589: “Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz”.

Ainda que mantidas a impropriedade no tratamento como “direito de visitas e companhia” ou faculdade conferida aos pais, que poderão exercê-lo, o aspecto relevante é que as disposições legais visam a garantir a convivência familiar, entendida como forma mais abrangente de garantir ao menor o direito de conviver com seus genitores, receber carinho, afeto, atenção, educação, cuidados com a saúde, formação psíquica, moral e ética, enfim, toda a assistência necessária ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo, como forma de resguardo de sua dignidade.

#### **4.4 - Aplicação da multa prevista no art. 249 do ECAEstatuto da Criança e do Adolescente**

O artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente (E.C.A.), prevê a possibilidade de aplicação de uma multa a àqueles que descumprirem, seja dolosamente ou culposamente, os deveres de sustento, guarda, educação e convivência familiar.

Art. 249 – Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrentes de tutela ou guarda, bem assim determinação de autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

A possibilidade de aplicação desta multa tem caráter pedagógico, haja vista, despertar a atenção para a importância do direito de convivência e agir de forma coercitiva contra o seu descumprimento. A aplicação da multa não chega a ser uma indenização e sim uma forma de rechaçar a atitude paterna em não cumprir com a obrigação de estar na companhia de seu filho. Além de que esta multa não é astronômica e vai variar de caso para caso podendo ser reaplicada em dobro no caso de reincidência. (DIAS, 2005, p. 62).

A multa estipulada no artigo 249 do Estatuto, da Criança e do Adolescente pelo descumprimento do pátrio poder, no valor de 3 (três) a 20 (vinte) salários de referência e aplicando-se em dobro, no caso de reincidência, pode ser uma boa forma de tentar mitigar a conduta omissiva destes pais.

As obrigações de pais, tutores e guardas, em relação às crianças e aos adolescentes, são de suma importância, necessárias ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, pois várias consequências podem advir do descumprimento destes deveres, tanto no que se refere aos menores com sanções na área civil como penal. Assim, o pátrio poder consiste no conjunto de direitos e deveres de proteção, assistência e outros deles emanados atribuídos aos pais no interesse da criança e do adolescente e de seus bens. Tem o pátrio poder a sua razão de ser na obrigação fundamental do núcleo familiar de educar a prole.

Quando os pais abusam dos direitos da criança e do adolescente de desenvolver harmonicamente sua personalidade, dão eles, o ensejo à intervenção do Estado, através do Judiciário, para garantia desse direito à vida e seu normal desenvolvimento.

Observa Carlos Eduardo Araújo Lima (2008, p. 946):

Não se deve esquecer que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos garantidos pelo Estado que se inscrevem na legislação tutelar tendo como paradigma a Declaração Internacional dos Direitos da Criança, que lhes assegura proteção material e moral.

Por isso, o pátrio poder insere-se na esfera do direito tutelar como função pública, cujos titulares são escolhidos em razão dos vínculos de parentesco. A lei parte do pressuposto de que os vínculos de sangue são a melhor garantia para o funcionamento correto da instituição.

Portanto, o caráter protetivo do pátrio poder, vai além da órbita do Direito Privado para assim ingressar na órbita do Direito Público, sendo uma função pública imposta pelo Estado aos pais, com a finalidade de que estes zelem pelo futuro de seus filhos. Da mesma forma, tal responsabilidade incide àquele que detém a tutela sobre a criança e adolescente, pois é de natureza idêntica ao do pátrio poder, podendo ser a tutela considerada como encargo imposto pelo Estado com fim público de zelar pela pessoa da criança e do adolescente que se encontra fora do pátrio poder, assim como àquele que detém a guarda de uma criança ou adolescente.

Observa-se assim, que é interesse do Estado assegurar a proteção de novas gerações, pois elas constituem matéria-prima da sociedade futura.

Portanto, é importante salientar que mesmo que o pai só venha a visitar seu filho por medo de ser condenado a pagar a multa prevista no artigo 249 do ECA Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual não deixa de ser indenizatória, ainda é melhor do que deixá-lo, gerando neste filho o total sentimento de abandono e rejeição por parte de seu pai, cabendo à genitora o dever de fiscalizar tais visitas, evitando qualquer situação vexatória para a criança. Fica assim provado que a discussão sobre a responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos, poderá gerar inúmeras controvérsias, haja vista a matéria ainda estar pautada em situações de foro íntimo.

O direito de família, como regulamentador e protetor desta entidade, poderá ainda sofrer inúmeras modificações para poder acompanhar a realidade e a evolução deste campo tão frágil da nossa sociedade, devendo primar por políticas públicas que busquem a reestruturação da família.

Concorda-se que dar valor monetário a uma situação que deveria ser de amor e respeito é degradante, porém, enquanto o legislador não disciplinar alguma forma de sancionar o descumprimento do dever de ter os filhos em sua companhia ou regulamentar de forma

objetiva e coercitiva o direito de visitas, deve-se de alguma maneira buscar a reparação, seja ela, através de multa ou indenização. O que não se pode concordar é com a conduta de deixar o filho em abandono, seja este material ou afetivo.

Não se trata de monetarização do afeto, de cobrança por falta de amor, mas sim de evitar que o pai, de quem se espera cuidado, carinho, atenção entre outros, coloque seu filho a mercê da sorte da vida.

Assim, o Judiciário, calcado em situações concretas, não deve avaliar pura e simplesmente o abandono como uma obrigação de dar amor, mas buscar as premissas que levaram ao ajuizamento de uma determinada ação. Avaliando todas as circunstâncias do caso em questão, deve-se ater à lei, pois esta é quem deverá ditar as regras de conduta da sociedade. Enfim, deve-se analisar cada caso de forma minuciosa.

Diante do exposto, conclui-se que, por hora, a aplicação do artigo 249 do Estatuto é um meio eficaz e legal para garantir o cumprimento do dever de visitas e sancionar o descumprimento. Posiciona-se assim, pela procedência da aplicação do artigo 249 do Estatuto, como mais uma maneira de tentar dirimir a conduta destes pais em não ter os filhos em sua companhia.

#### **4.5 - Indenização por abandono afetivo**

Conforme dispositivo constitucional abaixo transcrito, a convivência familiar encontra-se garantida como dever da família, da sociedade e do Estado:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança a 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-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Tal convivência, conforme já exposto, não se esgota na manutenção dos filhos na companhia e guarda dos genitores, na constância da sociedade conjugal como prerrogativa do poder familiar (inciso II do art. 1.634 do Código Civil), tampouco na famigerada “possibilidade” de tê-los em sua companhia e de visitá-los, após o desenlace (art. 1.589 do Código Civil).

Por intermédio da convivência familiar os filhos resguardam o “direito ao pai” na acepção mais sagrada e ampla da palavra, que vai muito além, por exemplo, do direito ao conhecimento da origem genética como também da coexistência com o genitor, que por sinal, não deve ser confundido com pai. Neste sentido, ensina a Professora Giselda Maria Fernandes

Novaes Hironaka (2000, p. 177):

... por direito ao pai deve-se entender o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de se colocar em situação de aprender os valores fundamentais da personalidade e da vida humanas, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver, como de resto é o que ocorre – em quase toda a extensão mencionada – com a grande maioria dos animais que compõem a escala biológica que habita e vivifica a terra.

Garantir ao filho a convivência familiar significa respeitar seu direito de personalidade e garantir-lhe a dignidade, na medida em que depende de seus genitores não só materialmente. O descumprimento do dever de convivência familiar gera um vazio no desenvolvimento afetivo, moral e psicológico do filho. É fato tão condenável quanto repugnante que pode ocasionar, de imediato, a perda do poder familiar, conforme previsto no art. 1.638 do Código Civil, tanto por caracterizar como abandono quanto por ser classificado como prática de ato contrário à moral dos filhos. Aliás, o art. 227 da Constituição Federal já prevê a proteção do menor contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. É indubitoso que a negativa de convivência familiar importa nos ilícitos ora descritos que se tornam mais graves quando o agressor é o genitor que, embora reconhecidamente recebeu a prole, a ela não defere o amparo afetivo, a assistência moral e psíquica, atingindo, por consequência, sua honra, a dignidade, a moral e a reputação social, enfim, atributos ligados à personalidade deste ofendido.

Apenas devemos salientar que não se pode confundir abandono afetivo, com o moral, intelectual e nem o material, embora alguns autores estivessem a ele se referindo como moral. Os três tipos de abandono estão disciplinados no Código Penal Brasileiro nos respectivos artigos: 244 (material), 246 (intelectual) e 247 (moral). Porém, o abandono afetivo propriamente dito, mesmo estando assegurado na Constituição como dever da família, do Estado e da sociedade, não fora regulamentado de forma coercitiva, com penas definidas, ainda está sem norte, tanto que as primeiras ações na justiça, que iremos comentar adiante, buscaram a reparação indenizatória fundado no artigo 186 do Código Civil ( ato ilícito).

Igual tratamento foi dado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que pôs em relevo o valor intrínseco do menor como ser humano e a necessidade de especial respeito a sua condição de pessoa em desenvolvimento. Nesse sentido, fez constar em um de seus dispositivos “tutelares” disposições que conduzem à responsabilidade civil paterna por condutas que estão aptas a abranger o descumprimento do dever de convivência familiar: “Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I – (...);

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

III – (...)”

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

A partir do dispositivo acima mencionado, está-se diante da expressa e definitiva proteção da criança e do adolescente, voltando o poder familiar ao seu interesse e bem-estar, ao desenvolvimento de sua personalidade e à preservação de sua dignidade como pessoa humana, instrumento privilegiado na preparação para o pleno exercício da cidadania.

Trata-se, em suma, da recusa de uma das funções paternas, sem qualquer motivação, que agride e violenta o menor, comprometendo seriamente seu desenvolvimento e sua formação psíquica, afetiva e moral, trazendo-lhe dor imensurável, além de impor-lhe ao vexame, sofrimento, humilhação social, que, ainda, infere intensamente em seu comportamento, causando angústia, aflições e desequilíbrio em seu bem-estar. Mesmo sendo menor, já estão tuteladas suas honras e moral, posto ser um sujeito de direito e, como tal, não pode existir como cidadão sem uma estrutura familiar na qual não há a assunção do verdadeiro “papel de pai”. Não há dúvida quanto à relevância da abordagem sobre a responsabilidade civil dos pais em razão dos prejuízos causados aos filhos, especialmente no que concerne ao desenvolvimento de sua personalidade.

Como bem observa CORTIANO JUNIOR (apud SILVA, 2004, p. 141):

Assim é que a tutela da personalidade humana ultrapassa a construção tradicional do direito subjetivo, devendo ser colocada em supremacia a todo e qualquer outro interesse colocado em jogo. Se a proteção das situações patrimoniais prende-se à previsão pelo direito objetivo, isto não acontece com a proteção que deve ser dada à personalidade humana que extrapola de qualquer previsão legal. Pode-se afirmar que a pessoa humana é o princípio do direito; sua proteção é o eterno problema do direito.

A imposição de sanção civil pela prática de ato danoso (rejeição, desconsideração, negativa, recusa, abandono) pelo genitor em desfavor de sua prole importa freio a tal conduta, além da reconsideração e o refazimento dos laços afetivos. Não se trata, pois, de “dar preço ao amor”, como assim defendem os que resistem ao tema em questão, nem 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 ser reprovável e grave.

Como ensina Rolf Madaleno: (apud SILVA, 2004, p. 142)

a punição pecuniária pelo dano imaterial tem um caráter nitidamente propedêutico e, portanto, não objetiva propriamente satisfazer a vítima da ofensa, mas, sim, castigar o culpado pelo agravo moral e, inclusive, estimular os demais integrantes da comunidade (...) a cumprirem os deveres éticos impostos pelas relações familiares.

Atentos ao rendimento da família e reconhecendo o afeto como o “animus” na formação e preservação da entidade familiar, os tribunais pátrios vêm recepcionando demandas de filhos privados da convivência com seus pais.

A Justiça gaúcha, por meio da Comarca de Capão da Canoa, em 16.09.2003, condenou o pai a indenizar o filho em razão do abandono afetivo, ponderando, com exatidão, sobre a amplitude dos deveres decorrentes da paternidade e da autoridade parental. O juiz de Direito Mario Romano Maggioni, da 2ª vara da Comarca de Capão de Canoa (RS), condenou um pai a pagar 200 salários mínimos à filha que alegara abandono material (alimentos) e psicológico (afeto, carinho, amor).

O juiz de Direito salientou, na sentença, que “a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto o amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme”. Ele comparou o dano à imagem causado por rejeição paterno com o dano por acusação de débito injusta. “É menos aviltante, com certeza, ao ser humano dizer ‘fui

indevidamente incluído no SPC' a dizer 'fui indevidamente rejeitado por meu pai', argumentou o juiz, entendendo que, se cabe ressarcimento por um dos danos, tanto mais caberá pelo outro.

O juiz gaúcho é categórico em afirmar que o sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. Para ele, negar afeto é agredir a Lei. "Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho", diz a sentença. Esse caso por ter ocorrido à revelia, não subiu ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já tendo a sentença transitado em julgado. O pai foi condenado à revelia, extinguindo-se a discussão naquela instância.

Posteriormente, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais também condenou o pai ao pagamento de indenização ao filho que foi rejeitado, abandonado, impedido pelo próprio pai de desfrutar de sua companhia e dele receber afeto, educação, formação psíquica e moral. No caso concreto, não se tratou de um abandono "puro e simples", de um pai que nunca teve contato com o filho. A paternidade, neste caso, foi planejada, vivida, exercida durante a infância e na constância do casamento dos genitores e posteriormente suprimida da vida, do desenvolvimento do filho, que buscou à exaustão o seu restabelecimento. Com enorme sensibilidade e atento à contemporânea e relevante estruturação da família, dispôs o julgador:

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

.... Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço parental com seu filho e o nexo causal entre ambos." (apud SILVA, 2004, p. 143)

A 31ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo, julgou questão semelhante, na qual a paternidade foi exercida e depois negada, em detrimento dos danos à personalidade do filho menor. O juiz de Direito Luis Fernando Cirillo, condenou um pai a pagar à filha indenização no valor de R\$ 50 mil reais para reparação de dano moral e custeio do tratamento psicológico dela. Por meio de uma perícia técnica, foi constatado que a jovem apresenta conflitos, entre os quais de identidade, deflagrados pela rejeição do pai. Ela deixou de conviver com ele ainda com poucos meses de vida, quando o pai separou-se da mãe. Ele constituiu nova família e teve três filhos.

O juiz Cirillo, em sua sentença, afirma “a decisão da demanda depende necessariamente do exame das circunstâncias do caso concreto, para que se verifique, primeiro, se o réu teve efetivamente condições de estabelecer relacionamento afetivo maior do que a relação que afinal se estabeleceu e, em segundo lugar, se as vicissitudes do relacionamento entre as partes efetivamente provocaram dano relevante à autora” o pai apelou da sentença ao Tribunal de Justiça de São Paulo.

Essas decisões demonstram a coragem e a sensibilidade com que os tribunais vêm tratando a filiação, colocando-a a salvo da negligência, do descaso, do desinteresse, da irresponsabilidade dos genitores. Trataram, pois, de aplicar todos os princípios e normas que norteiam a proteção aos filhos, especialmente em razão do descumprimento involuntário e desmotivado do dever de convivência familiar.

Considerando que, no contexto social e jurídico atual, se afiguram presentes a paternidade socioafetiva, a desbiologização da paternidade, a adoção e as diversas formas de fecundação artificial, é indispensável a dissociação entre o genitor e pai, para, então, compreender a juridicidade, a legalidade, a justiça e a adequação das decisões ora mencionadas. Partindo-se da premissa de que “pai é quem cria”, tem-se por certo que nesta “criação” deve estar inserida como prioridade a assistência afetiva, moral, psíquica, sobretudo considerando a “nova roupagem” da família como lugar de afeto e da estruturação de seus membros.

Nas reiteradas decisões, o aspecto de extrema relevância é que a configuração do abandono voluntário em resposta a uma intensa busca do filho pela presença paterna, pela convivência familiar em sentido amplo, pelo afeto. Após lançar mão das várias formas de cessar a rejeição paterna, coube-lhes, como último recurso, as mencionadas ações.

Como assevera com propriedade o Professor Lourival Serejo: (apud SILVA, 2004, p. 144):.

o ato de um filho procurar a Justiça para reclamar afeto de um pai ausente reflete a nova família do milênio que se iniciou recentemente buscar mais autenticidade em suas relações internas e, tal qual a letra de um hino oficial brasileiro, como qualquer outro, quer receber o afeto que se encerra no coração de cada pai, para poder crescer consciente de sua dignidade e de sua função no seio familiar.

A discussão sobre abandono afetivo, por ser um assunto relativamente novo dentro da esfera jurídica, está permeado de dúvidas e questionamentos, assim como, um dia esteve o instituto da indenização por dano moral. O novo é assustador, mas é necessário, principalmente para a mudança dos paradigmas e evolução da sociedade. Regular o direito de convivência é dar a estas crianças a referência familiar, é respeitar a dignidade de cada membro, é garantir o mínimo existencial a seus componentes e dar-lhes o direito de buscar realizar o sonho de ser feliz.

## Conclusão

A família já constituída é exatamente um dos exemplos típicos de comunidade, sobretudo para os filhos, pois estes despertam a consciência no seio da família e são impregnados por seu ambiente.

Relativamente aos cônjuges, que entraram em sua relação matrimonial por um contrato de associação, cabe dizer que até certo ponto, ao longo do tempo, chegam a formar uma espécie de quase-comunidade, pois nos casos em que há união, forma-se um espírito comum que modela os dois. Diz-se “até certo ponto”, porque, apesar da intimidade das relações entre esposos e da recíproca solidariedade que os une, maior ainda quando existem filhos, ele e ela conservam o senso de suas respectivas individualidade, e sempre a relação entre eles é interindividual.

Para os filhos a família é uma verdadeira comunidade, porque nela se encontram sem o concurso de sua vontade, e porque não exercem o governo das funções de sustento e educação, que são desempenhadas pelos pais. Ao contrário, o par conjugal, que é o núcleo básico da família, é uma associação na qual os dois cônjuges ingressam voluntária e livremente em virtude de seu consentimento ao celebrarem o contrato matrimonial. Nota-se que para nossa cultura ocidental cristã, o ato de contrair matrimônio é um ato contratual.

Mesmo na doutrina da Igreja Católica ou Evangélica, do ponto de vista do Direito Canônico, além da dignidade de sacramento que tem o matrimônio, ele é considerado juridicamente um contrato, no qual os ministros são os próprios contraentes, pois a função do sacerdote no casamento é semelhante apenas a de um notário que autoriza. Observa-se que a instituição do matrimônio está regulada não só por preceitos religiosos e por costumes sociais, mas ainda e principalmente pelo Direito, tanto pelo civil como pelo eclesiástico.

Pode-se observar então que o matrimônio está regulado juridicamente. Apesar disso, encontram-se muitas relações sociais que não estão reguladas pelo Direito, como ocorrem especialmente com muitas relações interindividuais, além de que outras relações sociais só o estão pelo costume e pelos convencionalismos. Se o matrimônio fosse algo que dissesse respeito exclusivamente aos dois esposos e a ninguém mais, certamente a sociedade, e menos

ainda o Estado, nem tampouco a religião, ter-se-iam ocupado em regulá-lo. Se a relação sexual permanente ou estável de um par implicasse somente um assunto de amor entre os dois participantes nunca se teria produzido uma regulação jurídica sobre ela. Mas como essa relação implica a perspectiva do nascimento e da educação dos filhos, e, por conseguinte, diz respeito à vida social em seu conjunto, as instituições sociais, o Estado, a religião, promulgaram normas muito estritas sobre o matrimônio, para torná-lo uma instituição estável, com funções definidas, com direitos e obrigações para os esposos, assim como para os filhos.

Assim, a família sempre foi, é e continuará sendo o núcleo básico de qualquer sociedade. Sem família não é possível nenhum tipo de organização social ou jurídica. É nela que se estruturam os sujeitos e onde esses encontram amparo diante de eventual crise estrutural.

A família, concebida como um grupo social que se modifica de acordo com as transformações operadas no meio em que se insere, não permaneceu estática no curso do século XX. A evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos, econômicos e sociais provocaram mudanças profundas na estrutura e na “roupagem” da família e nos diversos ordenamentos jurídicos. Todas essas mudanças culminaram, em síntese, na ruína da família patriarcal e, em última escala, na valorização do componente da estrutura familiar, a partir da noção da dignidade da pessoa humana, esculpidas em quase todas as Constituições democráticas.

No lastro da alteração da organização familiar, o tratamento dispensado à filiação, também sofreu alterações, a começar pela igualdade independentemente de sua origem. A criança e o adolescente foram reconhecidos como titulares de direitos fundamentais constitucionais e de proteção difundida pela doutrina da proteção integral. O cerne da filiação é a família. A identidade pessoal da criança e do adolescente tem vínculo direto com a identidade do grupo familiar, em primeira instância. Daí surge a responsabilidade primordial dos genitores na formação da personalidade do indivíduo, cabendo-lhes dar amor, orientação ética e moral, educação, alimento, respeito; ensinar a viver e a sobreviver, tudo isso por meio da convivência familiar que, conclui-se, é um dever dos genitores, e, em contrapartida, um direito dos filhos.

Não se trata, como visto, da coexistência diária e contínua, que se esgota na coabitação ininterrupta ou esparsa, conforme persiste ou se extingue o elo conjugal. Tanto no desenrolar da entidade conjugal como após sua extinção, ambos os genitores persistem como co-

responsável pela prole em todos os âmbitos, exatamente diante da preservação do poder familiar.

É urgente que se proceda à dissociação entre a convivência familiar com o dever/direito de visitas/companhia/fiscalização, para difundi-la como garantia de uma efetiva e perpétua participação na formação e no desenvolvimento da personalidade dos filhos, visando sempre ao melhor interesse desses e no resguardo de sua dignidade. Em contrapartida à relevância e imperiosidade da garantia e preservação do dever de convivência, na acepção ampla, como ora defendido, tem-se que o descumprimento deste dever importa em sérios prejuízos á personalidade do filho. Isso autoriza a imediata efetivação de medidas previstas nos diplomas legislativos pertinentes na tutela dos interesses da filiação e decorrentes a responsabilidade civil dos pais para com os filhos, sobretudo a condenação do pai pelos danos causados, como já se faz presente em nossa jurisprudência.

Não há dúvida quanto à ofensa à dignidade, à integridade psicofísica e ao dano à personalidade do filho que deve ser, sim, reparado pelo pai, quando for o causador. Os menores, sobretudo, têm a salvo todos os seus interesses e são priorizados no âmbito de todas as relações, inclusive as familiares, ou seja, devem ser protegidos inclusive dos atos lesivos de seus próprios genitores.

Nos dias atuais, é crescente o número de separação, divórcios, dissoluções das entidades conjugais, mas o fim do vínculo é entre o casal, pois pais e filhos são para toda a vida. Nem mesmo as arestas deixadas pelo fim da conjugalidade, ou por sua existência, podem atingir a relação paterno-filial, posto que sagrada, soberana e eterna, cabendo muito mais aos pais do que aos filhos lutar por sua preservação.

Não se trata de dar preço ao amor, tampouco de estimular a “indústria dos danos morais”, mas sim de lembrar a esses pais que a responsabilidade paterna não se esgota na contribuição meramente material.

### **Capítulo 3. Afetividade**

### 3.1. Conceito de afeto

## CONCLUSÃO

A família já constituída é exatamente um dos exemplos típicos de comunidade, sobretudo para os filhos, pois estes despertam a consciência no seio da família e são impregnados por seu ambiente.

Relativamente aos cônjuges, que entraram em sua relação matrimonial por um contrato de associação, cabe dizer que até certo ponto, ao longo do tempo, chegam a formar uma espécie de quase-comunidade, pois nos casos em que há união, forma-se um espírito comum que modela os dois. Diz-se “até certo ponto”, porque, apesar da intimidade das relações entre esposos e da recíproca solidariedade que os une, maior ainda quando existem filhos, ele e ela conservam o senso de suas respectivas individualidade, e sempre a relação entre eles é interindividual.

Para os filhos a família é uma verdadeira comunidade, porque nela se encontram sem o concurso de sua vontade, e porque não exercem o governo das funções de sustento e educação, que são desempenhadas pelos pais. Ao contrário, o par conjugal, que é o núcleo básico da família, é uma associação na qual os dois cônjuges ingressam voluntária e livremente em virtude de seu consentimento ao celebrarem o contrato matrimonial. Nota-se que para nossa cultura ocidental cristã, o ato de contrair matrimônio é um ato contratual. Mesmo na doutrina da Igreja Católica ou Evangélica, do ponto de vista do Direito Canônico, além da dignidade de sacramento que tem o matrimônio, ele é considerado juridicamente um contrato, no qual os ministros são os próprios contraentes, pois a função do sacerdote no casamento é semelhante apenas a de um notário que autoriza. Observa-se que a instituição do matrimônio está regulada não só por preceitos religiosos e por costumes sociais, mas ainda e principalmente pelo Direito, tanto pelo civil como pelo eclesiástico.

Pode-se observar então que o matrimônio está regulado juridicamente. Apesar disso, encontra-se muitas relações sociais que não estão reguladas pelo Direito, como ocorre especialmente com muitas relações interindividuais, além de que outras relações sociais só o estão pelo costume e pelos convencionalismos. Se o matrimônio fosse algo que dissesse respeito exclusivamente aos dois esposos e a ninguém mais, certamente a sociedade, e menos ainda o Estado, nem tampouco a religião, ter-se-iam ocupado em regulá-lo. Se a relação sexual permanente ou estável de um par implicasse somente um assunto de amor entre os dois participantes nunca se teria produzido uma regulação jurídica sobre ela. Mas como essa

relação implica a perspectiva do nascimento e da educação dos filhos, e, por conseguinte, diz respeito à vida social em seu conjunto, as instituições sociais, o Estado, a religião, promulgaram normas muito estritas sobre o matrimônio, para torná-lo uma instituição estável, com funções definidas, com direitos e obrigações para os esposos, assim como para os filhos.

As leis contemporâneas cercaram a pequena família independente, de definições jurídicas muito claras quanto às relações entre marido e mulher e entre pais e filhos menores. Tais leis revelam o intenso interesse da sociedade em que essas unidades íntimas tenham um êxito relativo. Constituem, também, um índice da natureza altamente experimental da família moderna. Por isso a ordem jurídica brasileira não apóia a união homossexual, nem tampouco a adoção de uma criança por um homossexual, apesar do Projeto de Lei 1151/95 já estar tramitando na Câmara dos Deputados Federais.

Com toda a certeza a questão da possibilidade da adoção por casais homossexuais é de extrema polêmica. Tanto, que mesmo nas populações mais civilizadas do mundo, essa questão ainda não obteve uma unanimidade.

Portanto, a questão da adoção ou não adoção por casais homossexuais pode trazer grandes conseqüências futuras para nossa sociedade. Diante de uma questão de tanta importância e de tantas repercussões futuras para toda a comunidade humana, cabe às pessoas, julgar o que de fato seria melhor para a criança a ser adotada, no que diz respeito ao seu bem-estar e seu desenvolvimento psicossocial.

## BIBLIOGRAFIA

### Referências

CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. 2. ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Homem e sociedade**. 4. ed. São Paulo: Editora Companhia Editora Nacional, 1968.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade: repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 22. ed. (revista atualizada de acordo com a reforma do CPC). São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 21. ed. (revista atualizada de acordo com a reforma do CPC). São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1989.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 6. ed. (revista e atualizada). São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. (revista de acordo com o novo Código Civil). São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999.

KEESING, Felix M. **Antropologia cultural**, 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

LIMA, Carlos Eduardo Araújo. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. 1. ed. São Paulo: Editora Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.

PIAGET, Jean. **A construção do real na criança**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1979.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. 2. tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SICHES, Luis Recaséns. **Tratado de sociologia**. 1. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1968.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Civil: Direito de família**. 8.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. v. 4.

WARREN, Howard. **Dicionário de psicologia**. São Paulo: Livraria Editora Iracema Ltda, 1981. (Enciclopédia de psicologia contemporânea).

### **Textos extraídos do www**

Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Fam%C3%Adlia>. Acesso em: 22/03/2009.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família**. Disponível em <http://www.cursofmb.com.br>>. Acesso em: 22 julho de 2009.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 9. ed. rev. de acordo com o Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 4.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. In\_\_\_\_\_. **Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. Loyola, 1999. Cap. 15, p. 397-412.

LAKATOS. Eva Maria, MARCONI. Marina de Andrade. Referencias bibliográficas. In: \_\_\_\_\_. *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 181 – 199.

MEDEIROS. João Bosco. *Redação Científica: A prática de Fechamento, resumo, resenhas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

1. Althusser, Louis, *Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado*, trad. Joaquim José de Moura Ramos, Portugal, Presença/Brasil, Martins Fontes. 1974.
2. Canevacci, Massimo (org.), *Dialética da Família*, trad. Carlos Nelson Coutinho, São Paulo, Brasiliense, 1982.
3. Chauí, Marilena, *O que é ideologia*, Brasiliense, 1982.
4. Engels, F., *A origem da família, da propriedade privada e do estado*, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2000.
5. Keesing, Felix M., *Antropologia Cultural, Fundo de Cultura*, 1961.
6. Linton, Ralph, *O Homem: uma introdução à Antropologia*, Martins, 1969.
7. Marcuse, H., *Eros e Civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud*, trad. Álvaro Cabral, Rio de Janeiro, Zahar, 1972.
8. Marx, K. e Engels, F., *A ideologia alemã*, trad. Wenceslao Roces, Buenos Aires, Pueblos Unidos, 1973.
9. Poster, M., *Teoria crítica da família*, trad. Álvaro Cabral, Rio de Janeiro, Zahar, 1979.
10. Siches, Luis Recasens, *Tratado de Sociologia*, trad. João Baptista Coelho Aguiar, Ed. Globo, 1968.
11. Suplicy, Marta, *Conversando sobre Sexo*, Círculo do Livro S.A., 1983.

## **Anexo “A”**

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

Vistos.

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

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

O Ministério Público manifestou-se pela extinção (fls. 29-33). Vieram os autos conclusos. Relatados. Decido.

## II

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

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

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

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

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

O demandado não contestou; portanto, presume-se que não está ensejando boa educação (amor, carinho, companhia etc.) à filha. A ausência de alimentos poder-se-á suprir mediante execução de alimentos. Os prejuízos à imagem e à honra da autora, embora de

difícil reparação e quantificação, podem ser objetos de reparação ao menos parcial. Uma indenização de ordem material não reparará, na totalidade, o mal que a ausência do pai vem causando à filha; no entanto, amenizará a dor desta e, talvez, propiciar-lhe-á condições de buscar auxílio psicológico e confortos outros para compensar a falta do pai. E, quanto ao demandado, o pagamento de valor pecuniário será medida profilática, pois fa-lo-á repensar sua função paterna ou, ao menos, se não quiser assumir o papel de pai que evite ter filhos no futuro.

### III

Face ao exposto, julgo procedente a ação de indenização proposta por Daniela Josefino Afonso contra Daniel Viriato Afonso, forte no art. 330, II, e no art. 269, I, do Código de Processo Civil, combinados com o art. 5º, X, da Constituição Federal e o art. 22 da Lei nº 8.069/90 para condenar o demandado ao pagamento de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais), corrigidos e acrescidos de juros moratórios a partir da citação.

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

Transitada em julgado, archive-se com baixa.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

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

MÁRIO ROMANO MAGGIONI - Juiz de Direito

## **Anexo “B”**

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

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

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

### **A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível N° 408.550-5** da Comarca de **BELO HORIZONTE**, sendo Apelante (s): **ALEXANDRE BATISTA FORTES MENOR PÚBERE ASSIST. PI SUA MÃE** e Apelado (a) (os) (as): **VICENTE DE PAULO FERRO DE OLIVEIRA**,

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

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

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

Assistiu ao julgamento pelo apelante, a Dr<sup>3</sup>. Thais Câmara Maia e Produziu sustentação oral pelo apelado, o Dr. João Bosco Kumaira.

Belo Horizonte, 01 de abril de 2004.

JUIZ UNIAS SILVA  
Relator

### **V O T O**

O SR. JUIZ UNIAS SILVA:

Trata-se de recurso de apelação interposto por Alexandre Batista Fortes -menor púbere representado por sua mãe - contra a r. sentença que, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada contra seu pai, Vicente de Paulo Ferro de Oliveira, julgou

improcedente o pedido inicial, ao fundamento de que inexistente onexo causal entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor.

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

Contra-razões às fls. 105-407.

É o relatório necessário.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Até os seis anos de idade, Alexandre Batista Fortes, ora apelante, manteve contato com seu pai de maneira razoavelmente regular. Após o nascimento de sua irmã, a qual ainda não conhece, fruto de novo relacionamento conjugal de seu pai, este afastou-se definitivamente. Em torno de quinze anos de afastamento, todas as tentativas de aproximação efetivadas pelo apelante restaram-se infrutíferas, não podendo desfrutar da companhia e dedicação de seu pai, já que este não compareceu até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura.

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

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

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

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

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

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

Custas pelo apelado.

## **Anexo “C”**

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

Vistos.

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

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

Houve réplica.

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

Foram ouvidas a autora em depoimento pessoal e cinco testemunhas. Juntado aos autos o laudo psicológico, sobrevieram pareceres dos assistentes técnicos das partes.

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

É o relatório.

Segue a fundamentação.

Examinada em suas linhas gerais, a presente demanda pode se afigurar, inclusive sob um ponto de vista sensato, carente de fundamento. Efetivamente, em princípio não se afigura razoável que um filho pleiteie em Juízo indenização do dano moral porque não teria recebido

afeto de seu pai, de quem sua mãe se separou ainda na infância do autor. Afiguram-se desde logo problemáticos aspectos imprescindíveis ao reconhecimento da procedência de tal pretensão, tais como a tradução monetária de sentimentos e a própria noção do afeto como algo obrigatório.

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

A paternidade provoca o surgimento de deveres. Examinando-se o Código Civil vigente à época dos fatos, verifica-se que a lei atribuía aos pais o dever de direção da criação e educação dos filhos, e de tê-los não somente sob sua guarda, mas também sob sua companhia (art. 384, I e II). Há, portanto, fundamento estritamente normativo para que se conclua que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia. Além disso, o abandono era previsto como causa de perda do pátrio poder (art. 395, II), sendo cediço que não se pode restringir a figura do abandono apenas à dimensão material. Regras no mesmo sentido estão presentes também no Código Civil vigente (arts. 1.634, I e II e 1.638, II).

É certo que o Código Civil em vigor explicita ser lícito o exercício exclusivo do agora denominado poder familiar por um dos pais, se não existir casamento (art. 1.631), a ponto de prever expressamente a perda do direito dos pais de ter os filhos em sua companhia na hipótese de separação judicial (art. 1.632). Mas a perda do direito à companhia não é absoluta, uma vez que o art. 1.589 da mesma lei prevê direito de visita, companhia e de fiscalização da manutenção e educação do filho em favor do pai ou da mãe que não detém a guarda.

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

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

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

Portanto, a decisão da demanda depende necessariamente do exame das circunstâncias do caso concreto, para que se verifique, primeiro, se o réu teve efetivamente condições de estabelecer relacionamento afetivo maior do que a relação que afinal se estabeleceu, e em

segundo lugar se as vicissitudes do relacionamento entre as partes efetivamente provocaram dano relevante à autora.

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

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

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

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

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

A Perita constatou também a contraposição das duas figuras paternas existentes na vida da autora. De um lado o réu rejeita sua condição de pai, ao argumento de que pai é quem cria. De outro lado, o segundo marido da mãe da autora também rejeita assumir o papel de pai da requerente, com o argumento de que o verdadeiro pai dela é o réu. Tem-se, portanto e desde logo, um fator de relevância suficiente para o apoio à tese de que a autora sofre, no plano psicológico-afetivo, a falta de uma figura paterna, pois nenhum dos chamados a exercer esta função a aceita ou a desempenha completamente.

Ademais, a análise da personalidade da autora constatou falta de definição de referenciais e padrões sociais familiares, distorções na expressão de afetos que resultam em explosões afetivas, desorganização interna e instabilidade emocional, comportamentos impulsivos e imprevisíveis, angústia e comportamento social superficial. Verificou-se também na autora ansiedade e percepção de hostilidade do meio para com ela própria. A autora demonstra compreensão incompleta da própria identidade integrada ao seu conjunto de sentimentos, bem como demonstra não ter compreensão adequada de sua rede de significados emocionais. Apresenta comportamento agressivo na tentativa de garantir para si a crença na própria autonomia e força perante o seu grupo social. A autora não tem clareza sobre sua identidade e tem uma imagem depreciativa de si; usa a agressividade como defesa e tem grande necessidade de afeto do meio, para compensar o desenvolvimento insuficiente de sua independência; apresenta-se confusa, dependente e com tendência a manter vínculo simbiótico.

A Perita judicial concluiu que a autora apresenta conflitos, dentre os quais o de identidade, deflagrados pela rejeição do pai (situação de abandono), uma vez que o réu não demonstra afeto pela autora nem interesse pelo seu estado emocional, focando sua relação com a requerente apenas na dimensão financeira, a ponto de considerar normal ter se esquecido da filha. A autora não teve possibilidade de conviver com uma figura paterna que se relacionasse com ela de forma completa, defrontada com a situação de ser formalmente filha do réu ao mesmo tempo em que tentava vivenciar uma relação pai/filha com o segundo marido de sua mãe. Seu referencial familiar se caracterizou por comportamentos incoerentes e ambíguos, disso resultando angústia, tristeza e carência afetiva, que atrapalham seu desenvolvimento profissional e relacionamento social.

As críticas ao laudo pericial formuladas pelo réu não abalam os elementos de convicção acima apontados, que amparam a conclusão de que a autora sofreu dano moral imputável ao requerido.

Nem mesmo o parecer da assistente técnica do requerido evidenciou impropriedade do teste psicológico adotado pela Perita judicial. Ao contrário do que argumenta o requerido, avulta o nexo de causalidade entre o comportamento omissivo do réu e os problemas de ordem psicológica apresentados pela autora. Por outro lado, nada indica que a alegação de dano moral decorra de mera indução promovida pela mãe da requerente. Não se sustenta nem mesmo à luz da Psicologia a tese de que os demais laços familiares mantidos pela autora sejam aptos a interferir nas consequências da omissão do réu em relação à autora. Seria o mesmo que sustentar a irrelevância psicológica da ausência da figura paterna só porque há outras figuras familiares atuantes. Já se assinalou não existir demonstração de que o réu ficou impossibilitado de manter contato da autora por algum fator invencível de responsabilidade de terceiro. O que se evidencia dos autos é que o réu se apegou já às primeiras dificuldades como pretexto para justificar seu desinteresse pela autora. Não há, assim, fundamento para se concluir que, a despeito de alguma intenção ou esforço do réu, tenha havido boicote ou impedimento invencível ao desempenho pelo requerido de seu dever de exercer seu papel de pai da autora. Tampouco se pode acolher a conclusão de que eventuais sentimentos depreciativos hoje vivenciados pela autora em relação ao réu sejam consequência de "programação" da mãe da requerente, muito menos que não haja justificativa, uma vez que o próprio réu admite ter se esquecido da autora e não se considerar seu pai.

O dado técnico de que anos de tentativas frustradas de aproximação e de convivência usualmente levam ao desinteresse do genitor que não permanece vivendo sob o mesmo teto em que está o filho não se aplica ao caso dos autos. Isso porque a prova coligida nos autos, notadamente a prova testemunhal produzida a pedido do próprio requerido, permite concluir que no caso do réu não houve o menor interesse em reverter as dificuldades normais de relacionamento que se seguem à separação de um casal.

O fato de o réu ter bom relacionamento com os filhos de seu segundo casamento não é suficiente para que se conclua que o afastamento entre as partes só se deu por culpa alheia ao requerido. Primeiro, porque não é incompatível com a explicação de que o réu, ao se separar de sua segunda esposa, simplesmente quis e se esforçou por manter seu relacionamento com os filhos dessa união, o que reforça a reprovabilidade de sua opção de não tratar sua outra filha da mesma forma. Em segundo lugar, porque o tempo de relacionamento do réu com esses filhos mais novos até a separação é fator suficiente para alterar bastante a situação, sem que com isso se possa relevar a omissão do requerido para com a autora, pois a requerente não pode ser punida pelo fato de não ter convivido tanto tempo com seu pai antes da separação de seus genitores.

Não há nos autos fundamento para o pressuposto, adotado pela assistente técnica da ré, de que a mãe da autora sempre dificultou os encontros entre as partes, boicotando sistematicamente o réu. Pelo contrário, a prova testemunhal apresenta um quadro em que dificuldades, se ocorreram, se deram apenas logo depois da separação dos genitores da autora, com o que a conclusão que exsurge é a de que afinal o réu abandonou a autora porque quis, a pretexto de que no começo a convivência não foi fácil.

Também não se pode acolher a conclusão de que a figura paterna que influenciou a personalidade da autora foi o segundo marido de sua mãe. A prova testemunhal e a prova pericial apontam, pelo contrário, condutas imputáveis ao réu e problemas psicológicos motivados pela atitude do requerido, e não de outras pessoas que conviveram com a autora.

É certo que a melhor e verdadeira solução de problemas psicológicos é a proporcionada pelo psicólogo, e não pelo juiz. Mas nem por isso o juiz pode deixar de prestar a tutela jurisdicional que lhe é requerida. Não se pode negar, no caso dos autos, a condenação do réu ao pagamento de prestação pecuniária, sob pena de se negar também a possibilidade de reparação do dano moral decorrente da perda de um ente querido, ou do abalo à honra ou a imagem, pois também vai contra a dignidade humana colocar preço na vida de um ente querido, ou na própria honra ou imagem.

Não procede o argumento de que a afirmação de que a autora foi rejeitada pelo réu se funda exclusivamente nas alegações da autora, pessoa cuja capacidade de avaliação e julgamento da realidade está comprometida, e de sua mãe. Nenhum dos elementos de convicção até agora apresentados para sustentar a conclusão de que o réu abandonou afetivamente a autora foi extraído de alguma declaração da mãe da autora, ao passo que a assistente técnica do réu, ao que tudo indica, colheu relato apenas do seu cliente.

O relacionamento da autora com o segundo marido de sua mãe não foi suficiente para elidir o dano decorrente do fato de a autora ter sido afetivamente abandonada pelo réu. Primeiro, porque pessoas nunca são completamente substituíveis, e, ainda que haja pouca ou nenhuma sequela em razão de substituição bem sucedida, a conduta reprovável do substituído não fica elidida nem absolvida. Em segundo lugar, porque a prova pericial apontou *déficit* na relação entre a autora e o segundo marido de sua mãe. E evidentemente não se pode imputar ao segundo marido da mãe da autora o inadimplemento de algum dever de afeto. Pêlos mesmos motivos, o dever e a responsabilidade da mãe da autora não interferem no julgamento da conduta do pai biológico. A mãe não pode, em última análise nem totalmente, suprir o afeto que deve provir de uma pessoa específica.

O laudo pericial explicita as consequências do abandono e não se funda apenas, nem automaticamente, na premissa de que o indivíduo adulto é consequência (apenas) do que viveu na infância. Como, tampouco, se pode se abstrair a influência da infância na personalidade do adulto, nada há de inadequado no teste aplicado pela perita judicial.

Efetivamente, não se pode exigir a realização completa do ideal. Mas as provas coligadas nos autos dão conta de que o réu poderia ter feito muito mais do que fez, e não o fez não porque foi impedido pela mãe da autora, e sim porque não quis.

Para que o réu seja condenado a indenizar o dano moral por ele causado à autora, não seria necessário que se demonstrasse que o requerido é o único culpado pelos dramas e conflitos atuais da autora, embora afinal não haja prova de nenhuma outra explicação para o estado psicológico atual da requerente além do abandono afetivo de que foi vítima por culpa do réu. Basta que se constate, como se constatou, o abandono de responsabilidade do requerido.

Os autos não contêm apenas demonstração de problemas psicológicos de uma filha. Mostram, também, uma atitude de alheamento de um pai, com o que o réu não está sendo condenado apenas porque sua filha tem problemas, e sim porque deliberadamente esqueceu da filha. O réu não foi paulatinamente excluído, contra sua vontade, do convívio com a autora, e sim aproveitou as primeiras dificuldades para ter um pretexto para se afastar, voluntariamente, da requerente. Sustentar que o abandono alegado pela autora é mera distorção criada no imaginário da autora por sua mãe frustrada é um argumento que não se sustenta, em face do comportamento do próprio requerido que se extrai destes autos, até porque o réu não fez nenhuma prova de que em "muitas situações" tenha sido impedido, por fatores alheios à sua própria vontade, de manter relacionamento afetivo com a autora.

Não procede o pedido de indenização de gastos com o tratamento psicológico até agora realizado, pois, segundo o depoimento da testemunha E., quem paga o tratamento é pessoa que não integra o pólo ativo da demanda (fls. 93/94).

O laudo pericial demonstra que há necessidade de continuação do tratamento psicológico.

A indenização do dano imaterial deve ser fixada por equidade pelo juiz, em atenção às circunstâncias do caso. A quantia de cinquenta mil reais se mostra suficiente para proporcionar à autora um benefício econômico relevante, ao mesmo tempo em que inflige ao réu uma perda patrimonial significativa.

ISTO POSTO, julgo parcialmente procedente a ação, para condenar o réu a pagar à autora a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com atualização monetária a partir da data desta sentença e juros de mora desde a citação, para reparação do dano moral, e ao custeio do tratamento psicológico da autora, a ser apurado em liquidação. Condeno o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) do valor atualizado da parte líquida da condenação, o que já leva em conta a sucumbência da requerente.

P.R.Int.

São Paulo, 5 de junho de 2004.

LUÍS FERNANDO CIRILLO - Juiz de Direito