

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

TALITA ELISABETE DIAS DE MIRANDA

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO DO FILHO

CURITIBA

2014

TALITA ELISABETE DIAS DE MIRANDA

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO DO FILHO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof. Dr. Elimar Szaniawski.

CURITIBA

2014

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo abordar a possibilidade de responsabilização civil do genitor que abandona afetivamente seu filho. Para tanto, analisa-se o desenvolvimento da responsabilidade civil no direito brasileiro, bem como se estabelece seu objetivo, suas modalidades e pressupostos. Em seguida, passa-se a temática do Direito de Família segundo a nova ordem constitucional. Na sequência, delimitam-se quais são os deveres paternos estabelecidos pelo ordenamento jurídico e trabalha-se a possibilidade de indenização por danos morais decorrentes da ausência de cuidado, criação e educação do filho. Por fim, apresentam-se algumas respostas do judiciário brasileiro para este tema e a repercussão do abandono afetivo no Poder Legislativo brasileiro.

Palavras-chaves: Responsabilidade civil. Abandono afetivo. Família. Indenização.

Sumário

1 INTRODUÇÃO.....	5
2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	7
2.1 Considerações iniciais.....	7
2.2 Conceito e função da responsabilidade civil.....	11
2.3 Modalidades de responsabilidade civil.....	13
2.3.1 Responsabilidade civil e penal.....	13
2.3.2 responsabilidade civil subjetiva e objetiva.....	14
2.3.3 responsabilidade contratual e extracontratual.....	15
2.4 pressupostos da responsabilidade civil subjetiva.....	16
3 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO DO FILHO.....	21
3.1 A família frente a nova ordem constitucional.....	21
3.2 a fundamentação jurídica para indenização pelo abandono afetivo: deveres inerentes ao poder familiar.....	25
3.3 Danos decorrentes do abandono afetivo e sua reparação.....	29
4 A VISÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO PARA OS CASOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO DO FILHO.....	34
5 O ABANDONO AFETIVO NO PODER LEGISLATIVO.....	44
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	51
ANEXO 1: Projeto de Lei do Senado nº. 700/2007.....	54
ANEXO 2: Projeto de Lei nº 4.294/2008.....	62

1 INTRODUÇÃO

Em que pese a responsabilidade civil tenha sofrido grande expansão no direito contemporâneo e hoje seu foco esteja na reparação do dano, sua aplicação no direito de família é bastante polêmica e percebe-se, pela doutrina e jurisprudência brasileira, que não se está perto de um consenso.

Em meio a discussões sobre essa questão, surgiram no judiciário brasileiro demandas de filhos que buscam indenização por danos morais sofridos em razão do abandono afetivo de seu genitor. Deixa-se claro, desde já, que o abandono afetivo, que será tratado neste trabalho, diz respeito a casos em que o pai ou a mãe, independentemente de cumprir ou não com suas obrigações alimentícias para com o filho, deixam de prestar a devida assistência moral ao filho, privando-o de sua convivência afetiva.

Sobre esse tema, como já dito, o judiciário brasileiro está dividido. Há decisões tanto pela condenação do genitor ausente quanto pela impossibilidade do pleito. Por essa razão, o presente estudo é pertinente.

O primeiro capítulo dedica-se ao instituto da responsabilidade civil em si. Apresenta-se seu desenvolvimento histórico, sua expansão e importância atual. Além disso, para que se possa construir um raciocínio coerente sobre este instituto, abordam-se suas modalidades no direito brasileiro e os seus pressupostos sob a ótica da responsabilidade civil subjetiva, visto que os casos de abandono afetivo se dão segundo esta espécie.

No segundo capítulo, intitulado responsabilidade civil pelo abandono afetivo do filho, discutem-se as transformações oriundas na nova ordem constitucional no direito de família, em especial a supremacia da dignidade da pessoa humana no seio da família e que transcende os princípios da igualdade, da liberdade dos membros familiares. Do mesmo modo, destaca-se a elevação dos filhos como sujeitos de direito (e não mais como objetos de direito), e suas consequências jurídicas. Com isso em mente, passa-se ao estudo dos deveres legalmente impostos aos pais, assim como se verifica se esses, quando violados, podem, ou não, ensejar

a responsabilização civil dos genitores. Neste capítulo, abordam-se também os danos morais que os filhos abandonados podem sofrer e sua possibilidade de reparação.

O terceiro capítulo, denominado a visão do judiciário brasileiro para os casos de responsabilidade civil pelo abandono afetivo do filho, expõe alguns casos concretos relevantes sobre o tema. Chama-se atenção para o acórdão paradigmático do Superior Tribunal de Justiça¹, o qual respondeu algumas questões sobre o tema e concretizou uma nova vertente para os casos de responsabilidade civil por abandono afetivo: nesses casos, a ilicitude não está em não amar o filho, mas no descumprimento da imposição legal do dever de cuidar.

Por fim, aborda-se a repercussão do abandono afetivo no Poder Legislativo, apresentando-se dois projetos de lei referentes ao tema.

¹ STJ – 3º T. Resp. 1.159.242-SP

2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Considerações iniciais

Neste primeiro capítulo serão feitas algumas considerações acerca da responsabilidade civil no direito brasileiro. Tais observações são relevantes para compreendermos adequadamente a forma como esse instituto se dá nas relações familiares e, particularmente, nas relações paterno filiais.

Não se pretende esgotar as considerações sobre o instituto, dada sua complexidade e vasta aplicação, somente pontuar questões mais pertinentes, sem as quais não se poderia adentrar a matéria específica da responsabilidade civil pelo abandono afetivo.

Primeiramente, devemos analisar, ainda que brevemente, a evolução histórica da responsabilidade civil, pois, a ideia de reparação do dano se sustenta, primordialmente, na busca pela manutenção da harmonia e do equilíbrio social, observa-se que tal instituto é dinâmico e está sujeito a transformações. À medida que as civilizações se desenvolvem, surgem também novas situações que ocasionam danos e podem ensejar reparação e, segundo José de Aguiar Dias:

“é por isso que não foi possível até hoje, malgrado o esforço dos melhores juristas, estabelecer uma teoria unitária e permanente (no sentido relativo que o termo tem em direito) da responsabilidade civil. O instituto é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se (...) para oferecer em qualquer época (...) o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes”².

O conceito de responsabilidade civil, na forma que conhecemos hoje, é relativamente recente. Nos tempos primitivos, o dano não se submetia ao direito. Prevalecia a chamada vingança privada, na qual a sanção ao ilícito dava-se pela reação do próprio ofendido que, por seus instintos naturais, buscava fazer justiça com as próprias mãos.

² DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. p. 25.

A reação do ofendido não se submetia a regras ou limitações. A forma como o dano seria reparado estava nas mãos da própria vítima, ou seja, imperava verdadeiramente um direito à vingança. O revide do prejudicado não era reprimido pela tribo e nessa época não havia, ainda, o elemento da culpa como pressuposto à reparação.

Com o passar do tempo, esse costume se consagrou na Lei de Talião³, famosa pela máxima “olho por olho, dente por dente”. Nas palavras de Alvino Lima, a vingança privada pode ser compreendida como: (...) forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para reparação do mal pelo mal⁴.

Da vingança privada, evoluiu-se para a busca do ressarcimento e, com isso, sobreveio a fase da composição. Percebeu-se que a vingança, na forma como se dava, não oferecia reais vantagens ao ofendido; ao contrário, resultava em dois lesados, e no caso de um dano involuntário, a reparação não era possível.

Nesse período o prejudicado passa a receber uma compensação econômica, mas esta só era possível se a vítima assim o quisesse, pois a composição não era obrigatória. Foi instituída uma tarifação aos danos, isto é, a reparação se dava segundo um valor já preestabelecido, pois para cada lesão, havia uma pena ou compensação.

Esse sistema foi recepcionado pelo Código de Hamurabi⁵ e pela Lei das XII Tábuas⁶, que, segundo Arnaldo Rizzardo, “remanesce, ainda hoje, em certas regiões de origem islâmica, onde se preveem diferentes penas corporais para delitos de furto, de estupro, de morte, de lesões”.⁷

Foi somente na Roma antiga que, ao poder público assumir a exclusividade do poder punitivo, surgiu a ação de indenização. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, nesse período diferenciou-se a “pena”, aplicada aos delitos públicos – os quais se caracterizavam em ofensas mais graves e que atingiam a ordem – da “reparação” aplicada aos delitos privados. Esse autor salienta que “Nos delitos

³ Talião, ao contrário do se possa pensar, não é um nome próprio, tem origem no latim *talionis*, que significa idêntico. Os primeiros vestígios do princípio de Talião podem ser encontrados no Código de Hamurabi, 1770 a.c., no reino da Babilônia.

⁴ LIMA, Alvino, Da culpa ao risco. p. 10.

⁵ Conjunto de leis escritas num monumento monolítico (rocha de diorito), contendo 282 leis. Conta-se que foi escrito pelo rei Hamurabi, aproximadamente em 1700 a.c.

⁶ Consiste na publicação e compilação das leis empregadas na República Romana. Ocorreu em 451 a.c. e elevam esse nome porque foram publicadas em doze tabletes de madeira.

⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil. p. 33.

públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima”⁸.

É no direito romano, com a *Lex Aquilia*⁹, que a responsabilidade civil tem seu grande marco. Sobre esse diploma, Sílvio de Salvo Venosa ensina que a culpa passou a ser essencial e que se puniam os danos injustamente causados, ainda que inexistente “relação obrigacional preexistente”. Além disso, o autor destaca que “em princípio a culpa é punível, traduzida pela imprudência, negligência ou imperícia, ou pelo dolo. Mais modernamente a noção de culpa sofre profunda transformação e ampliação”¹⁰.

Apesar de essa lei não conter os moldes da responsabilidade civil do direito moderno, ela significou o princípio de uma teoria formulada na ideia de culpa e foi fonte para o que hoje chamamos de responsabilidade aquiliana, ou extracontratual, que será tratada mais adiante.

Paulatinamente, o direito francês foi aperfeiçoando as ideias tecidas no direito romano, até que se chegou a um princípio geral da responsabilidade civil. Isso permitiu que as possibilidades de composição obrigatória não fossem taxativas. Nesse sentido, afirma Carlos Roberto Gonçalves:

“aos poucos foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou imprudência. Era a generalização do princípio aquiliano: *in lege Aquillia et levíssima culpa venit*, ou seja, o de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar”¹¹

Nos artigos 1.382¹² e 1.383¹³, do Código de Napoleão, tem-se a concepção de culpa *in abstracto* e a vertente da culpa delitual e da culpa contratual. A partir disso, essas ideias foram difundidas em várias legislações do mundo e o direito francês seguiu aprimorando esses conceitos, por meio da jurisprudência e da atualização desses textos.

Sobre esses aspectos, conclui Arnaldo Rizzardo:

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. p.05.

⁹ Lei romana promulgada, possivelmente, em 286 a.c.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. p. 19.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. p.06.

¹² Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui um dommage, oblige celui par la faute dequel il est arrivé, à réparer.

¹³ Chacun est responsable du dommage qu’il a causé nonseulement par son fait, mais encore par as négligence ou par son imprudence.

“Sob a influência cristã, a responsabilidade fundada na culpa evoluiu, ao mesmo tempo em que foram sendo abandonadas as situações de compensação obrigatória e as indenizações tarifadas. Ficou consolidada a possibilidade de reparação sempre que existente a culpa, ainda que em grau leve. Já ao tempo do Código de Napoleão ficou destacada a responsabilidade civil da penal, a contratual da extracontratual, com a inserção de regras sobre tais espécies.”¹⁴

Assim, a responsabilidade civil, tal como conhecemos hoje, começou a se delinear a partir da formulação de uma noção de culpa. Todavia, o progresso ocasionado pelo desenvolvimento industrial fez com que surgissem, também, novas ocasiões ensejadoras de reparação. Nesse sentido, explica o referido Autor:

“No curso da Revolução Industrial, as injustiças sociais e a exploração do homem pelo homem levaram à inspiração de ideias de cunho social, favorecendo o aprofundamento e a expansão da teoria da responsabilidade objetiva, com vistas a atenuar os males decorrentes do trabalho e dar maior proteção às vítimas de doenças e da soberania do capital (...) Nas últimas décadas, tem adquirido importância a teoria do risco, que assenta a responsabilidade no mero fato de exercer uma atividade perigosa, ou de utilizar instrumentos de produção que oferecem risco pela sua manipulação ou controle (...) Vai evoluído e se impondo a responsabilidade objetiva, que subdivide-se em teoria do risco e teoria do dano objetivo. Em consonância com a primeira, advindo dano na prática de atividade de risco, desencadeia-se o dever de reparar ou indenizar. Já pela segunda, o ressarcimento decorre automaticamente pela verificação do dano. O que se verifica é a tendência de dar proeminência ao instituto da reparação, que decorre do mero exercício de uma atividade de risco, ou do aparecimento de um dano. Entretanto, mantém-se a responsabilidade subjetiva que se coloca ao lado da objetiva, naqueles desdobramentos.”¹⁵

Dessa forma, o surto de progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas. A teoria objetiva permite que haja dever de reparação mesmo quando ausente a culpa do ofensor. Ela se expressa no direito moderno pela teoria do risco e pela teoria do dano objetivo.

Na teoria do risco o agente que assume o risco de uma atividade, que possa oferecer perigo a vida de outrem, está “obrigado” a ressarcir os danos resultantes dessa atividade, vale dizer que se admitem excludentes da responsabilidade nesses casos. Por exemplo, um operário que sofra um acidente de trabalho, sempre terá direito à reparação, independentemente da culpa do patrão. A responsabilidade do patrão não decorre de sua culpa, mas do fato de que ele é o dono das máquinas e instrumentos de trabalho que provocaram o incidente. Enquanto que pela teoria do

¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil. p. 34.

¹⁵ Idem.

dano objetivo, “desde que exista um dano, deve ser ressarcido, independentemente da ideia de culpa”¹⁶.

No Brasil, subsiste como regra geral a responsabilidade subjetiva, com base na culpa, presente no art. 186 do Código Civil de 2002: *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

Para concluir, vale o entendimento de Roberto Gonçalves:

“primitivamente, a responsabilidade era objetiva, como acentuam os autores, referindo-se aos primeiros tempos do direito romano, mas sem que por isso se fundasse no risco, tal como concebemos hoje. Mais tarde (...) abandonou-se a ideia de vingança e passou-se à pesquisa da culpa do autor do dano. Atualmente, volta-se ao objetivismo. Não por abraçar, de novo, a ideia de vingança, mas por se entender que a culpa é insuficiente para regular todos os casos de responsabilidade”.¹⁷

Assim, a responsabilização civil foi em sua origem de cunho objetivo, mas, com o tempo, passou a basear-se na ideia de culpa, sobressaindo sua modalidade subjetiva. Atualmente, “volta-se ao objetivismo” fundamentado no risco e no dano objetivo.

Feita essas breves considerações acerca da evolução da responsabilidade civil, passaremos, então, ao estudo de seu conceito e função.

2.2 Conceito e função da responsabilidade civil

A função da responsabilidade civil está relacionada, essencialmente, com a razão de ser e o objetivo da ordem jurídica. A ordem jurídica possui o objetivo de coibir o ilícito e amparar o lícito. Por essa razão, acredita-se que prevalece os dias de hoje uma ideia formulada no direito romano, conhecida pela máxima *neminem laedere*, de que há um dever geral de não se lesar nenhuma pessoa¹⁸. Nos ensinamentos de Francisco Amaral:

“As normas jurídicas são normas de comportamento ou de organização que emanam do Estado ou por ele têm sua realização garantida. Pertencem, portanto, à ordem ética, que estabelece as leis do dever ser. Sua existência prendesse à necessidade de se estabelecer uma ordem que permita a vida em sociedade, evitando ou solucionando conflitos,

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. p.07.

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. p.23.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. p. 02.

garantindo a segurança nas relações sociais e jurídicas, promovendo a justiça, a segurança, o bem comum, com o que também garante a realização da liberdade, da igualdade e da paz social, os chamados valores fundamentais e consecutivos da axiologia jurídica. Seu objeto é, em suma, o comportamento das pessoas, que se visa disciplinar ou orientar de acordo com os valores fundamentais de cada grupo social”¹⁹

Quando uma pessoa desrespeita alguma norma, ou dever, imposta pelo ordenamento jurídico, comete um ilícito. O ilícito pode, ou não, gerar um dano a alguém. Todavia, o dano gerado a outrem faz nascer uma obrigação, a de reparar esse dano. Nesse ponto ingressa-se no propósito da responsabilidade civil.

Sérgio Cavalieri Filho assim define a responsabilidade civil:

“em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo de corrente da violação de outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”²⁰

Segundo esse doutrinador, obrigação e responsabilidade não se confundem. A obrigação consiste em dever primário, enquanto que a responsabilidade é um dever decorrente, uma vez que é posterior à violação de uma obrigação. Por essa razão, ele cita a afirmação de Larenz que diz que “a responsabilidade é a sombra da obrigação”. Assim, o responsável será aquele que violou um dever jurídico preexistente.

O Código Civil Brasileiro de 2002 consagra esse entendimento, no título “da obrigação de indenizar”, em seu art. 927, no qual estabelece que aquele que comete ato ilícito fica obrigado a indenizar. Assim a obrigação de que trata a responsabilidade civil é a de indenizar.

A natureza jurídica dessa obrigação de indenizar pode ser voluntária ou legal. Diz-se voluntária aquela que tem origem em um negócio jurídico, no qual as partes puderam, ao menos em tese, exercer sua autonomia da vontade. Enquanto que as legais são impostas pela lei, pois é a própria lei que determina em quais situações ocorrer esse dever de indenizar.

Quanto à função da responsabilidade civil, podemos dizer que esta se relaciona ao sentimento de justiça da sociedade. Quando um ato ilícito ocasiona um dano, há ruptura do equilíbrio jurídico-econômico entre a vítima e o ofensor. O sentimento de justiça faz com que haja necessidade de reestabelecer o equilíbrio,

¹⁹ AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. p. 96.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. p. 02.

semelhantemente como havia no *status quo ante*, isto é, busca-se a recomposição da vítima à condição antecedente à lesão, para tanto há a indenização.

Assim, a responsabilidade civil busca a recomposição, moral ou patrimonial, para reestabelecer o desequilíbrio causado pela perda, diminuição ou deterioração ao patrimônio do lesado, patrimônio esse que pode ser de ordem moral.

2.3 Modalidades de responsabilidade civil

2.3.1 Responsabilidade civil e penal

Quando falamos em responsabilidade, devemos esclarecer que há a responsabilização no campo civil e no campo penal ou criminal. Ambas possuem em comum uma ilicitude, que Segundo Cavalieri Filho:

“A ilicitude (...) [é], essencialmente, contrariedade entre a conduta e a norma jurídica (...) será chamada de ilicitude penal ou civil tendo exclusivamente em vista a norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente. No caso do ilícito penal, o agente infringe uma norma penal, de Direito Público; no ilícito civil, a norma violada é de Direito Privado”²¹

Seguindo esse raciocínio, tanto a responsabilidade civil quanto a responsabilidade penal pressupõem a violação de um dever jurídico. Todavia, a responsabilidade penal acarreta uma sanção de natureza repressiva, expressa em uma pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniária. Enquanto que a responsabilidade civil se concretiza na indenização, dada sua natureza reparatória.

A possibilidade de responsabilização penal não exclui a viabilidade de uma reparação cível²². Pois, se o agente, ao causar dano a outrem, também infringe lei penal, poderá ser responsabilizado civil e penalmente.

Roberto Gonçalves assevera que “a responsabilidade criminal é pessoal, intransferível, respondendo o réu com a privação de sua liberdade, a

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. p. 14.

²² **Art. 935.** A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal (Código Civil Brasileiro de 2002).

responsabilidade civil é patrimonial: é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações”²³. Contudo, deve-se lembrar que, conforme dito, a penalização criminal também pode ser restritiva de direitos ou pecuniária.

2.3.2 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

A distinção entre a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva leva em consideração o elemento da culpa como pressuposto, ou não, para o dever de indenizar.

Diz-se responsabilidade subjetiva aquela que considera o elemento da culpa como fundamento para responsabilização, ou seja, só há responsabilização do agente se comprovada sua culpa. Por essa razão, essa teoria também é chamada de teoria da culpa.

Essa modalidade pode ser verificada no art. 186 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Segundo Cavalieri Filho, “a palavra culpa está sendo aqui empregada em sentido amplo, *latu sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo”²⁴.

Ao passo que a responsabilidade objetiva se diferencia pelo fato de não ser necessário culpa do agente para que haja responsabilização. Essa modalidade ocorre por imposição legal, a lei atribui “a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa”.²⁵ Assim, na responsabilidade civil objetiva, também conhecida como responsabilidade legal, a responsabilidade decorre apenas da constatação do dano e do nexo de causalidade, dispensando-se a culpa.

Em certas situações, estabelecidas pela lei, a culpa será presumida, enquanto que em outras a culpa não é exigível, pois a responsabilidade está fundamentada no risco. A esse respeito, leciona Roberto Gonçalves:

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. p.21.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. p. 16.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. p.22.

“a responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como ‘risco-proveito’, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*), ora mais genericamente como ‘risco criado’, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo”.²⁶

Desse modo, na responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco, a pessoa que exerce uma atividade considerada perigosa, dada seu potencial para oferecer riscos para terceiros, estará obrigada a reparar o dano causado em decorrência dessa atividade, independentemente de sua culpa.

2.3.3 Responsabilidade contratual e extracontratual

Chama-se de responsabilidade contratual a responsabilidade civil decorrente do descumprimento de uma obrigação jurídica preestabelecida em contrato. Isto é, o descumprimento de uma obrigação contratual faz nascer outra obrigação, a de indenizar.

Por outro lado, na responsabilidade extracontratual, também conhecida como aquiliana, não há nenhum vínculo jurídico preexistente entre a vítima e o agente causador do dano. Essa modalidade tem origem no descumprimento de um dever legal e não no descumprimento de uma cláusula contratual.

Ainda, Roberto Gonçalves destaca que a responsabilidade civil contratual e a extracontratual diferenciam-se também no que diz respeito ao ônus da prova, pois:

“Se a responsabilidade é contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. O devedor só não será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou de força maior. Incumbe-lhe, pois, o *ônus probandi*. No entanto se a responsabilidade for extracontratual (...) o autor da ação é que fica com o ônus de provar que o fato se deu por culpa do agente”²⁷

Logo, essa dicotomia leva em consideração o dever que foi descumprido. Contudo, cumpre esclarecer que essa divisão não é consenso na doutrina, pois para a chamada teoria unitária ou monista, não importa distingui-las, já que em ambas as modalidades o efeito será o mesmo: o dever de indenizar.

²⁶ Idem.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. p.29.

2.4 Pressupostos da responsabilidade civil subjetiva

Segundo Julio Cezar de Oliveira Braga: “A responsabilidade civil advinda do abandono afetivo se circunscreve no campo da subjetividade, mostrando-se imperiosa a evidência da culpa do agente na produção dos danos materiais ou morais”.²⁸ Por essa razão, aqui serão abordados os pressupostos da responsabilidade civil segundo o modelo subjetivo.

O artigo 186 do vigente Código Civil brasileiro traz a regra geral da responsabilidade civil: *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

Desse dispositivo extrai-se que são quatro os requisitos ensejadores da responsabilidade subjetiva: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, nexo de causalidade e o dano sofrido pela vítima. Os quais serão tratados a seguir.

O primeiro elemento diz respeito à ação ou omissão que, nas palavras de Cavalieri Filho, definem-se da seguinte forma: “a ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta (...) consiste (...) em um movimento corpóreo comissivo (...) a omissão (...) caracteriza-se pela *inatividade*, abstenção de alguma conduta devida”²⁹

Tem-se que a responsabilidade pode decorrer de ato do próprio agente que será responsabilizado ou de ato de terceiro que esteja sob responsabilidade do agente ou, ainda, pode decorrer de dano causado por coisas e animais que lhe pertençam.³⁰

A responsabilidade por ato de terceiros dá-se em relação aos danos causados pelos filhos, tutelados e curatelados, responsabilizando-se os pais, tutores e curadores à reparação. Assim como, é responsável o patrão em relação aos atos de seus empregados, os hoteleiros e educadores pelos hóspedes e educandos respectivamente, etc.

²⁸ BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. Indenização por abandono afetivo: do direito à psicanálise. p. 29.

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. p. 24.

³⁰ RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. p.06.

O pressuposto culpa é adotado em sentido amplo (*latu sensu*), abrangendo tanto a culpa *stricto sensu* quanto ao dolo.

Quanto à culpa do agente, Arnaldo Rizzardo assevera que, em que pese não seja fácil defini-la, “a palavra culpa (...) [abrange] toda espécie de comportamento contrário ao direito, seja intencional ou não. Trata-se de violação de uma obrigação preexistente, a qual consiste no dever de não prejudicar ninguém”. No tocante ao dolo, o doutrinador afirma que “corresponde à prática voluntária de uma infração à lei”.³¹

Assim, o dolo e a culpa não se confundem. Pois, embora a conduta voluntária esteja presente em ambos, no dolo a conduta tem origem ilícita, uma vez que se busca um resultado antijurídico; enquanto que a culpa “nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados”.³²

A relação de causalidade “é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo ‘causar’, utilizado no art. 186”³³. Isto é, a pessoa só é responsável se houver correspondência entre sua ação e o dano sofrido pela vítima. “Se houver dano mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar”³⁴

Por fim, o elemento que, segundo a doutrina tradicional, é o elemento central da responsabilidade civil: o dano. Segundo essa corrente, não há que se falar em indenização ou ressarcimento sem que exista dano. Ainda que o indivíduo aja com culpa ou dolo, se sua ação ou omissão não causar dano a outrem, não há responsabilização civil, sob pena de se causar enriquecimento ilícito da alegada vítima.

Contudo, cumpre esclarecer que, no direito contemporâneo, principalmente relacionado com os princípios de um Estado de bem-estar social, não se trabalha mais somente com a hipótese de um dano que ocorreu no passado. Hoje surgem preocupações relativas a medidas preventivas e protetivas que buscam evitar o dano. Nas palavras de Paulo Lobo:

Ocorre que o Estado e o direito assumiram novas funções, incluindo as preventivas e de proteção, de modo a evitar danos, lançando mão principalmente de proibições de conduta, como a proibição de vendas de

³¹ RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. p.02-03.

³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. p. 31.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. p. 34.

³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. p.06.

produtos, para o que a mera circulação ou exposição já constitui fato ilícito; nessas hipóteses, o dano não é requisito, mas consequência que pode ocorrer ou não, pois pode conter-se em obrigação de não fazer (retirar os produtos de circulação). Do mesmo modo, é mais útil prevenir o dano ao meio ambiente do que repará-lo, até porque, na maioria das vezes, é irreparável; daí o princípio de precaução.³⁵

Assim, ao lado da responsabilidade que busca reparar o dano, temos também que considerar a percepção moderna alusiva à prevenção da ofensa.

Além disso, cumpre esclarecer que nem sempre a responsabilidade civil decorrerá da prática de um ato ilícito (culposo). Há casos nos quais a origem da responsabilidade se dá em fatos jurídicos não culposos ou, ainda, lícitos.

Dessa forma, no direito contemporâneo os pressupostos e requisitos da responsabilidade civil foram relativizados, havendo, ao lado da doutrina tradicional, a responsabilidade sem culpa, a responsabilidade por causa lícita, a responsabilidade preventiva e a responsabilidade sem dano efetivo.

Paulo Lôbo assevera que o que há em comum entre essas singularidades da responsabilidade civil é a sua imputação “a alguém em face de determinado fato lícito ou ilícito gerador de obrigação extranegocial”.³⁶

Por questão de interesse e adequação, seguiremos segundo o raciocínio da doutrina tradicional.

Continuando a questão do dano, conforme o interesse protegido, ele será de natureza patrimonial (também conhecido como dano material), ou moral. No dano patrimonial atinge-se a esfera econômica do indivíduo, causando-lhe ofensa ou diminuição em seu patrimônio. Rizzardo afirma que “no dano patrimonial, há um interesse econômico em jogo. Consuma-se o dano com o fato que impediu a satisfação da necessidade econômica”.³⁷ Ainda, recorda o autor que o dano de natureza patrimonial pode ser subdividido em dano emergente e em lucro cessante:

“Quando os efeitos atingem o patrimônio atual, acarretando uma perda, uma diminuição do patrimônio, o dano denomina-se emergente *damnum emergens*; se a pessoa deixa de obter vantagens em consequência de certo fato, vindo a ser privada de um lucro, temos o lucro cessante *lucrum cessans*.”³⁸

Da noção de dano patrimonial podemos extrair um conceito negativo acerca do dano moral: o dano moral é aquele que não conserva uma índole patrimonial, ou seja, é o dano imaterial tido como um sofrimento que não decorre de perda

³⁵ FAMÍLIA e responsabilidade: teoria e prática do direito de família. p. 16.

³⁶ FAMÍLIA e responsabilidade: teoria e prática do direito de família. p. 18.

³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. p.17.

³⁸ Idem.

financeira. De outra forma, o dano moral pode ser compreendido em seu aspecto positivo, sendo aquele que guarda profunda relação com sofrimentos psíquicos ou moral, tais como o sentimento de tristeza, vexame, frustração, etc., que não sejam banais, conforme sustenta Cavalieri Filho:

“só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral”.³⁹

No cenário jurídico brasileiro atual já não se questiona se o abalo de ordem moral é ou não indenizável. Isso porque a Constituição Federal Brasileira de 1988 trouxe expressamente essa possibilidade em seu art. 5º, X: *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*. Tal concepção também vem explanada em nosso atual Código Civil, no 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*. (grifei).

Contudo, a questão que desencadeia numerosas discussões, na doutrina e jurisprudência brasileira e na comparada, é a avaliação do “preço da dor” nas indenizações de cunho moral.⁴⁰ Segundo Clayton Reis: “a dificuldade reside na profunda subjetividade que envolve a fixação de valores destinados a reparar o dano extrapatrimonial sofrido pela vítima”.⁴¹

De fato, a tarefa de fixar o *quantum* indenizatório capaz de satisfazer abalo moral de um indivíduo aparenta ser árdua e delicada. Para tanto, alguns fatores devem ser considerados pelo magistrado, conforme assevera o referido doutrinador:

“Para se proceder à avaliação do ‘preço da dor’ é necessário investigar a intimidade das pessoas, o seu nível social, o seu grau de sensibilidade, suas aptidões, o seu grau de relacionamento no ambiente social e familiar, seu espírito de participação nos movimentos comunitários, enfim, os padrões comportamentais que sejam capazes de identificar o perfil sensitivo do ofendido”.⁴²

Dessa forma, cabe ao juiz a sensibilidade para majorar a indenização pelo dano não patrimonial, atentando-se tanto para a repercussão o dano quanto para as qualificações individuais das partes envolvidas.

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. p. 84.

⁴⁰ REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização do dano moral. p. 116.

⁴¹ Idem.

⁴² REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização do dano moral. p. 117.

Encerramos, dessa forma, o panorama acerca da responsabilidade civil no direito brasileiro para dar início ao conteúdo pertinente a indenização pelo abandono afetivo do filho.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO DO FILHO

3.1 A família frente a nova ordem constitucional

Conforme abordado no capítulo inaugural, a responsabilidade civil está relacionada à prevenção ou à reparação de um dano. Esse instituto tem experimentado grande expansão no direito contemporâneo, que, segundo observa Maria Berenice Dias, “há uma acentuada tendência de ampliar o instituto da responsabilização civil. O eixo desloca-se do elemento do fato ilícito para, cada vez mais, preocupar-se com a reparação do dano injusto”.⁴³

A respeito da importância da responsabilização civil, Paulo Lôbo assevera que “sem responsabilidade não se pode assegurar a realização da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Os três princípios são interdependentes”⁴⁴.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 a reparação do dano de índole moral deixou de ser dúvida para se concretizar no cenário jurídico brasileiro. Até então havia confusão quanto a essa possibilidade, mas, atualmente, nos termos do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Com isso, “A reparação do dano moral no Direito brasileiro foi elevada à garantia de direito fundamental”⁴⁵.

Rolf Madaleno, citando o entendimento de Darcy Arruda Miranda, afirma que “todo homem tem um valor moral próprio dentro do seu círculo social e esse conceito passa integrar a sua personalidade e sua aceitação social depende da preservação desses valores éticos [...]”.⁴⁶ Seguindo esse raciocínio, o doutrinador conclui que:

“o dano moral respeita uma lesão aos sentimentos e afeições legítimas de uma pessoa, ou quando lhe ocasionam prejuízos que se traduzem em

⁴³ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. p. 115.

⁴⁴ FAMÍLIA e responsabilidade: teoria e prática do direito de família. p. 11.

⁴⁵ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. p. 343.

⁴⁶ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. p. 343.

padecimentos físicos, ou que de uma maneira ou outra perturbam a tranquilidade e o ritmo normal de vida da pessoa ofendida”.⁴⁷

Além de assegurar o direito à indenização dos danos morais, a Constituição Federal de 1988 foi um marco, também, para o Direito de Família. Deve-se lembrar de que no Código Civil de 1916 predominava uma lógica pautada nos valores da família do século XIX, na qual o Estado pouco intervia, evidenciando-se sua natureza patriarcal, heterossexual, matrimonial e hierarquizada. Luiz Edson Fachin destaca que, segundo essa lógica, a família possuía “diversas missões, dentre elas a procriação, a formação de mão-de-obra, a transmissão de patrimônio e de uma primeira base de aprendizado”⁴⁸. Para ele, aos poucos essas concepções foram sendo abandonadas, cedendo lugar a novas ideias, mais coerentes com a realidade social: “Os valores que informam a elaboração do Código civil de 1916, com a legitimidade da família e dos filhos fundada no casamento, vão dando lugar a uma dimensão, em que surgem como elementos de maior relevo a igualdade e o afeto”⁴⁹.

A respeito das mudanças decorrentes da nova ordem constitucional, Maria Berenice Dias afirma que:

“Raras vezes uma constituição consegue produzir tão significativas transformações na sociedade e na própria vida das pessoas como fez a Constituição Federal. Não é possível elencar a série de modificações introduzidas, mas algumas, por seu maior realce, despontam com exuberância. A supremacia da **dignidade da pessoa humana** está lastreada no princípio da **igualdade** e da **liberdade**, grandes artífices do novo Estado Democrático de Direito que foi implantado no país. Houve um resgate do ser humano como **sujeito de direito**, assegurando-lhe, de forma ampliada, a consciência da cidadania. O constituinte de 1988 consagrou, como dogma fundamental, antecedendo a todos os princípios, a dignidade da pessoa humana (CF 1º. III), impedindo assim a superposição de qualquer instituição à tutela de seus integrantes. Foram eliminadas injustificáveis diferenciações e discriminações que não mais combinam com uma sociedade democrática e livre.”⁵⁰

Assim, conforme exposto pela autora, a dignidade da pessoa humana foi consagrada como fundamento do Estado Democrático de Direito⁵¹, o que nos liames familiares importa dizer que:

“agora a família também é reconhecida como um espaço para que a pessoa possa desenvolver a sua personalidade, potencialidade, individualidade com

⁴⁷ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. p. 343-344.

⁴⁸ FACHIN, Luiz Edson. Direito de família: elementos críticos a luz do novo código civil brasileiro. p. 66-67.

⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson. Direito de família: elementos críticos a luz do novo código civil brasileiro. p. 17.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. p. 40-41.

⁵¹ Art. 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

respeito mútuo e dignidade, não estando mais subjugada apenas aos interesses pessoais dos membros que a compõe”⁵².

Hoje, portanto, o Direito de Família se orienta não mais numa moral individualista, mas segundo os princípios da dignidade e da solidariedade entre os integrantes da família⁵³.

E, nesse contexto de expansão da responsabilidade civil e valorização da autonomia da pessoa a frente de seu grupo familiar, a responsabilidade civil alcançou as relações familiares, o que tem sido cerne de discussão e divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Segundo Rolf Madaleno, “não obstante todos os avanços no campo da reparação civil do dano moral, seguíam cautelosas e bastante divididas as opiniões doutrinárias referentes à incidência do dano moral no âmbito do Direito de Família.”⁵⁴

Fato é que despontam demandas, no judiciário brasileiro, de filhos que buscam, por meio de ação indenizatória, a compensação financeira pelos danos derivados da conduta negligente de seu genitor, que nega a convivência, o apoio moral, afetivo e psíquico ao seu filho, embora muitas vezes cumpra com seus deveres alimentares⁵⁵. Cumpre, ainda, informar que quando tratamos de abandono efetivo do filho não estamos fazendo referência ao caso de abandono de incapaz, previsto no art. 133 do Código Penal⁵⁶, ou seja, não se trata do caso do genitor que simplesmente abandona seu filho em praça pública, por exemplo; ou, ainda, não se trata de maus tratos à prole. O abandono afetivo do filho compreende casos nos quais o genitor, independentemente de cumprir com sua obrigação alimentícia para com o filho, não busca uma aproximação física com ele, privando-o da convivência afetiva. Podemos exemplificar essa situação com a hipótese de um pai que após a

⁵² AROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. p. 26.

⁵³ “A dignidade da pessoa humana encontra na **família** o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum –, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas”. DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. p. 62.

⁵⁴ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. p. 347.

⁵⁵ “também tem sido fonte de demandas judiciais casos de abandono afetivo dos pais em relação aos seus filhos. Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercer o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante à interação do convívio e entrosamento entre pais e filho, principalmente quando os pais são separados [...]”. MADALENO, Rolf. Ob. cit. p. 382.

⁵⁶ Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono. Código Penal brasileiro.

separação com a mãe da criança, afasta-se desta também, ou seja, uma não convivência ou relação próxima com essa criança. Do mesmo modo, pode-se ilustrar a questão em tela com a situação de uma criança fruto de uma gravidez indesejada, na qual o genitor se negue a participar da vida do rebento.

Também é importante frisar que o genitor “abandônico” pode ser tanto o pai quanto a mãe, embora se perceba que a tendência maior é ocorrer por parte do pai, haja vista que as demandas na jurisprudência brasileira, geralmente, envolvem o genitor masculino. Mas, de todo modo, não se exclui a possibilidade de abandono materno.

Viu-se, portanto, a importância da relação paterno-filial no Direito de Família, que hoje se preocupa com os filhos na qualidade de sujeito de direitos, não mais submetidos à autoridade paternal da forma como se dava no período pré-constituição de 1988. Sobre esse assunto Rolf Madaleno afirma que:

“a evolução do Direito de Família conduziu à supremacia da personalidade e à autonomia da pessoa diante de seu grupo familiar, não existindo qualquer prerrogativa doméstica a permitir possa um membro de uma família causar dano doloso ou culposo a outro membro da família e se eximir de responder em virtude do vínculo familiar, até porque a pessoa não responde em razão do liame familiar, mas em função do dano, também passível de ter sido causado por um parente [...]”⁵⁷ [grifei]

Assim, trabalha-se o dano moral dentro das relações familiares e, para sua aplicação aos casos de abandono afetivo, passaremos a averiguar as obrigações dos pais para com seu filho, segundo a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.2 A fundamentação jurídica para indenização pelo abandono efetivo: deveres inerentes ao poder familiar

Nesta etapa do trabalho analisaremos qual é a fundamentação jurídica adequada para que o genitor seja responsabilizado civilmente pelo abandono do filho. Não se abordará a questão sob o ângulo da ausência de amor, pois parte-se aqui do entendimento de que tal sentimento não pode ser imposto. Não se trata,

⁵⁷MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. p. 345.

pois, de indenização por não amar o filho. O debate será entorno das obrigações inerentes à paternidade, segundo previsto na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Vale dizer, primeiramente, que o Código Civil Brasileiro de 2002 trouxe uma nova denominação para o até então chamado *pátrio poder*. Este dizia respeito ao poder do pai, como chefe da família, sob o filho menor. Essa antiga intitulação dava sensação de autoridade paterna, reflexo da sociedade patriarcal presente no século XIX, o que segundo Eduardo de Oliveira Leite estava “calcada na idéia da absoluta autoridade paterna sobre a pessoa de seus filhos”⁵⁸.

Essa noção, contudo, não correspondia mais a realidade da família brasileira, pois, segundo o referido autor houve o “desaparecimento da família patriarcal e a substituição pela família nuclear, estruturada na igualdade e no companheirismo”⁵⁹, some-se a isso o fato de que, com o advento da Constituição Federal de 1988, ficou consolidada a igualdade entre os cônjuges no núcleo familiar. Por esses motivos, a expressão *pátrio poder* foi substituída por poder familiar.

Embora essa denominação ainda seja muito criticada por manter a expressão “poder”⁶⁰, não prevalece mais a imagem do pai como o chefe da família. Isso significa que tanto o pai quanto a mãe possuem direitos e deveres iguais em relação aos filhos. Silvio Rodrigues conceitua o poder familiar como “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”⁶¹.

Assim, ambos os pais são encarregados de preservar os interesses do filho, não se falando mais somente em poder, mas em poder-função ou direito-dever⁶².

Nesse sentido, destaca Cláudia Stein Vieira:

[o poder familiar] Trata-se, hoje, não mais de livre autoridade resultante da hierarquia familiar, mas ‘de *múnus*, uma espécie de função correspondente a um cargo privado’ a ser exercido no interesse dos filhos, devendo os pais cumprir com obrigações impostas pela ordem normativa, sendo esta importante característica da responsabilidade civil presente na relação paterno-filial, pois embora tenha o mundo antigo concebido, sim, deveres aos pais (pelos próprios arbitrados), a concepção de responsabilidades civis

⁵⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito Civil aplicado: direito de família. p. 276.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ “A denominação ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a resistente expressão ‘pátrio poder’”. Lôbo, Paulo. Direito civil: famílias. p. 295.

⁶¹ RODRIGUES, Silvio. Direito civil – direito de família. p. 398.

⁶² “o poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagrada da teoria funcionalista das normas de direitos das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho”. DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias.

surge posteriormente, cabendo-lhes, hoje, certos deveres que escapam seu arbítrio, sendo determinados pelo Estado.”⁶³

A constituição Federal confirma esse raciocínio e manifesta a importância da família para o desenvolvimento das crianças e adolescentes conforme artigos 227 e 229:

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

Art. 229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

A doutrina da proteção integral à criança foi recepcionada pela Constituição Federal (art. 227) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Desse modo, crianças e adolescentes estão protegidos de qualquer forma de negligência, assim como possuem uma série de direitos e garantias, que implicam, por outro lado, deveres por parte dos pais, do Estado e da Sociedade.

Os pais assumem posição essencial, ao lado do Estado e de toda sociedade, na formação desses indivíduos que são seres em desenvolvimento e necessitam de cuidados especiais até que atinjam a plenitude como pessoas humanas e possam conservar-se autonomamente, assumindo suas responsabilidades particulares. E, conforme destaca Paulo Lôbo “a família mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração das gerações” ⁶⁴.

Dentre os deveres impostos pelo Estado aos pais há os que estão enunciados nos artigos 1.634 e 1.566 do Código Civil 2002:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
[...]
IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
[...]

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
[...]

⁶³HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. P. 40.

⁶⁴FAMÍLIA e responsabilidade: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: IBDFAM: Magister, 2010. p. 19.

Nessa toada, merecem destaque também as obrigações previstas nos artigos 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

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

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Como se vê, atribuem-se expressamente aos pais os deveres de criar, educar, sustentar, ter em companhia e guarda de seus filhos. Deveres esses que, frise-se, são de ambos os pais⁶⁵. Ainda, é explícito o direito à convivência familiar da criança e do adolescente.

Sob o aspecto do filho, fala-se em direito à convivência familiar, mas, sob o aspecto paternal fala-se em dever de companhia e guarda. Isso porque hoje o exercício das visitas não é mais considerado uma faculdade, mas um direito inquestionável do filho e, portanto, uma obrigação indubitável dos pais⁶⁶. Nesse sentido, Maria Berenice Dias, tratando da paternidade responsável, assevera que “a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo”⁶⁷.

Mas, e quando esse direito é violado? Há inúmeros casos, perceptíveis na jurisprudência brasileira ou, ainda, no dia-a-dia, de pais que acreditam possuir uma única obrigação para com o filho: a pensão alimentícia.

Viu-se, contudo, que a lei prescreve um conjunto de obrigações e responsabilidades aos pais, que vão muito além do dever de sustento. Segundo Maria Berenice “A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade

⁶⁵ “Não se trata, pois, de um ofício de exercício unilateral, mesmo que as mudanças na direção que deixa de ser unitária e passa a ser diárquica se imponham como decorrentes da supremacia do princípio da igualdade e remeta tais funções aos pais”. FACHIN, Luiz Edson. Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. p. 263.

⁶⁶ “Houve um momento histórico no Direito brasileiro em que o exercício das visitas foi considerado como uma mera prerrogativa do ascendente não guardião de receber os filhos sob a custódia do outro genitor. Esse conceito vingou durante longo tempo na cultura jurídica brasileira e foi responsável pelo enorme equívoco até hoje presente e responsável, em parte, pela geração de um sem-número de abandonos morais e afetivos de pais que veem nas visitas apenas uma faculdade, não se constituindo o seu exercício em inalienável direito ao filho, de compartilhar a sadio e profícuo contato com seus ascendentes.” MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. p. 382.

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. p. 415.

psicofísica dos filhos, bem como o **princípio da solidariedade familiar** [...] Esse tipo de violação configura dano moral⁶⁸. Isto é, a criança ou adolescente privado de seus direitos por conta da negligência de um genitor ausente, sofre dano moral.

A esfera moral e psíquica de crianças e adolescentes possui proteção especial no Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que, nos termos do art. 3º e 17 desse estatuto, eles possuem todos os direitos inerentes à pessoa humana:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. [grifei].

Logo, vê-se que o legislador constitucional e infraconstitucional se preocupou em estabelecer de forma expressa a proteção imaterial do menor. Com isso, deduz-se que, caso o menor sofra lesão a sua ordem moral, provocada por seus pais, por outro integrante da família ou por estranhos, acarreta as devidas consequências jurídicas nos termos da legislação.

Julio Cezar de Oliveira Braga elenca os motivos pelos quais Rodrigo Pereira da Cunha defende a aplicação da responsabilidade civil para os casos de abandono afetivo:

1. A existência de uma ação ou omissão que se apresenta como ato ilícito: a conduta humana culposa, ou até mesmo dolosa, exteriorizada pela ação ou omissão do “pai” ou da “mãe” ao negar o exercício da parentalidade;
2. A ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima pelo agente: o dano ou prejuízo causado ao filho que foi atingido em seus atributos mais louváveis, quais sejam, a moral, a honra, a dignidade, a reputação social, muitas vezes compelido a viver situações vexatórias, além de ter podido usufruir da presença de um dos genitores e com ele conviver.
3. O nexo de causalidade entre o dano e a ação do agente: a causalidade entre a conduta e o resultado, pois, ao se detectar que na medida em que o pai ou a mãe repugna e afasta o reconhecimento do filho, causa-lhe uma dor intensa, um sofrimento que foge à normalidade, interferindo diretamente em seu comportamento psicológico e social.

Concorda-se com tal entendimento, pois o dever de indenizar pressupõe (i) a violação de um dever, (ii) prática de ato que cause dano a outrem e isso,

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. p. 416.

lamentavelmente, pode ocorrer na relação entre pai e filho, (iii) a relação de causa e efeito entre o ato ilícito e o dano. E, pelo exposto, o genitor “abandônico” comete ato ilícito ao não cumprir com suas obrigações paternais, causando danos a esfera moral de seu filho.

Feita essa exposição acerca dos deveres paternais, passa-se, então, a questão do dano sofrido pelo filho abandonado afetivamente. Pois este não se trata de qualquer dano ou qualquer sofrimento, uma vez que nas relações familiares pode haver mágoa, ciúme, inveja, etc., trata-se do dano decorrente da ausência do genitor, que tem conhecimento da existência de seu filho, mas não busca uma aproximação afetiva com ele, conforme será demonstrado adiante.

3.3. Danos decorrentes do abandono afetivo e sua reparação

Conforme delineado no decorrer deste trabalho, o ordenamento jurídico determina expressamente que aos pais incumbe criar, educar, conviver, sustentar, etc., os seus filhos. A criança ou adolescente privado desses direitos pode sofrer abalos em sua esfera moral, uma vez que são seres em desenvolvimento e o convívio com os pais é fundamental para o seu crescimento saudável.

Acerca desse dano, importante a colocação de Maria Berenice Dias: “a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debilita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras e infelizes”⁶⁹.

A comprovação do dano moral sofrido pelo filho abandonado tem sido feita, em ações indenizatórias, por meio da interdisciplinaridade, com laudo médico-psicológico. E, identificada a ocorrência de dano moral, faz-se necessária sua reparação. Ainda que não indenizável a falta de amor em si, não se pode ignorar o reconhecimento de dano psicológico sofrido pelo filho⁷⁰.

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. p. 416.

⁷⁰ “Tal comprovação facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem muito valioso”. DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. p. 416.

Segundo Giselda Hironaka, o abandono afetivo gera na vítima “a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, e reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.”⁷¹.

Rolf Madaleno, citando o entendimento de Graciela Medina, afirma que “os expertos em psicologia têm afirmado que o filho abandonado por seu pai sofre trauma e ansiedade, com nefasta repercussão em futuras relações, ressentidas de autoconfiança”⁷².

Ainda, quanto à gravidade do dano experimentado pela prole abandonada, Aline Biasuz Suares Karow entende que:

“há na verdade muito mais do que dano moral e sim dano ao projeto de vida. A vítima, a criança ou adolescente, por maior que seja a excelência dos tratamentos psicológicos e terapêuticos e ainda caso lhe seja ministrada medicações, no caso de patologias, jamais poderá suprir completamente as lacunas emocionais em face da omissão de seu genitor(a)”⁷³

Vê-se que muitos doutrinadores tratam do dano sofrido pelo filho abandonado afetivamente. Pode-se dizer, em suma, que os traumas da rejeição geram na criança ou adolescente medo, insegurança, baixa autoestima, tristeza, medo de se relacionar, vergonha, timidez, etc.

O que se busca por meio da reparação civil é defender a integridade psíquica e emotiva do menor, assim como preservar seu direito ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, “livre de máculas, traumas, memórias infáveis, frustrações negativas, cultivação da autoestima e, por fim, libertação das patologias”⁷⁴. A proteção desse bem jurídico, como já afirmado, fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, na proteção integral do menor, nos deveres inerentes ao poder familiar e no melhor interesse da criança.

No que diz respeito à indenização pelo abandono afetivo do filho, esta possui um importante caráter pedagógico, conforme destaca Maria Berenice Dias:

“A indenização por abandono afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para configuração de um direito das

⁷¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 40.

⁷² MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. p. 383.

⁷³ KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. p. 237.

⁷⁴ KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. p. 239.

famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar **papel pedagógico** no seio das relações familiares. Claro que relacionamento mantido sob pena de recompensa não é a forma mais correta de se estabelecer um vínculo afetivo. Ainda assim, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que gerar no filho o sentimento de abandono. Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a justiça imponha coactamente essa obrigação [...] o **dano à dignidade humana** do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser dissuadida pela firme posição do Judiciário, ao mostrar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar”⁷⁵.

Assim, as demandas condenatórias de pais que violam direitos dos filhos, ao não garantir sua convivência familiar, servem de exemplo à sociedade no sentido que o genitor negligente não ficará impune e pagará, literalmente, por sua ausência.

Também é nesse sentido o entendimento de Rolf Madaleno:

“(...) o ressarcimento pecuniário não terá a função de compensar, mas cuidará apenas de certificar no tempo a nefasta existência desse imoral e covarde abandono do pai, e muito provavelmente, servirá de exemplo e alerta para os próximos abandonos, bem ao sabor da moderna doutrina que trata dos *danos punitivos* que são concedidos com uma finalidade dissuasória, preventiva e desincentivadora.”⁷⁶

O genitor que é omissos em suas obrigações paternais pode também ter decretada a perda do poder família. Porém, essa penalidade não se confunde com a obrigação de indenizar, pois a perda do poder familiar não tem caráter indenizatório/compensatório, ou seja, não visa reparar o dano sofrido pela prole abandonada.

E, não há como se dizer que a única penalidade prevista para o pai ausente seja a perda do poder familiar, pois para ele isso seria um prêmio e não uma punição, conforme realça Maria Berenice Dias “esta penalização [a perda do poder familiar] não basta. Aliás, a decretação da perda do poder familiar isoladamente, pode constituir-se não em uma pena, mas em bonificação pelo abandono”⁷⁷.

Deve-se esclarecer, também, que a prestação alimentos não é uma forma de indenização. O direito à pensão alimentícia decorre na necessidade e dependência alimentar, possuindo destinação específica de subsistência. Enquanto

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. p. 417.

⁷⁶ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. p.386

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. p. 416.

que a indenização tem por objetivo punição do injusto causado e a reparação ou compensação pelo dano sofrido.

Outra ressalva importante é que **“não é possível requerer a ação indenizatória em desfavor daquele genitor que, todavia reside com a família”**⁷⁸. Ou seja, trata-se aqui de casos em que o genitor não reside mais, ou nunca residiu, sob o mesmo teto que a criança. Isso porque pode “haver imensa dificuldade de demonstrar a omissão ou comissão quanto aos fatos tendentes a gerar a situação de abandono. A configuração é difícil”⁷⁹.

No que tange à reparação em si, deve-se lembrar de que esta guarda uma relação de proporcionalidade entre o dano sofrido e a gravidade da culpa. Cabendo ao juiz analisar as circunstâncias fáticas, sopesando também se houve culpa de terceiros, que dificultaram o contato entre genitor e filho.

Pertinente, ainda, listar a argumentação de Aline Biasuz Suarez Karow para situações que, segundo ela, configurariam excludentes da responsabilidade civil no caso de abandono efetivo do filho:

- (i) não haja na vida da criança outra pessoa que assuma a função da figura paterna ou materna. Pois, se houver essa figura, não haverá dano.
- (ii) Se esta figura substituta cumpriu com a função da figura ausente, eximindo o menor de danos, logrando êxito em não apenas amenizar, senão que preencher o vazio deixado pelo substituinte, ou, se pelo contrario, deixou mais evidente e latente a ausência do pai ou da mãe;
- (iii) Não se está diante de *dano in re ipsa*, mas senão daquele que exige sua efetiva demonstração. Estes danos podem ser demonstrados de diversas formas, através de prova pericial, prova testemunhal, prova documental ou mesmo por intermédio do depoimento sem dano e até de prova emprestada de outros processos, como execuções alimentícias, execução das visitas, ação de tutela inibitória em face da prevenção de danos etc.
- (iv) Deve restar demonstrado que não houve obstáculo imposto por terceiros para que a relação afetiva pudesse de dar de forma plena
- (v) Se o sujeito passivo tentou transpor barreiras impostas por terceiros, e se ainda assim estas restaram intransponíveis

Conclui-se, por fim, que há direito a reparação do dano moral sofrido pela recusa do genitor ao direito do filho à convivência familiar. Embora uma decisão

⁷⁸KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. p. 224.

⁷⁹KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. p. 225.

judicial não possa obrigar que as partes se amem, busca-se o fim da impunidade dos pais ausentes, visto que o direito à visita é um dever e não uma faculdade⁸⁰. Não se pode esperar, portanto, que os filhos paguem pelos erros de seus genitores.

Na sequência, serão levantados alguns casos de abandono afetivo enfrentados pelo judiciário brasileiro.

⁸⁰ “deve gerar, inescusavelmente, o direito à integral reparação do agravo moral sofrido pela negativa paterna do direito que tem o filho à sadia convivência e referência paternal, privando o descendente de um espelho que deveria seguir e amar. E, embora possa ser até dito que não há como o judiciário obrigar a mar, também deve ser considerado que o judiciário não pode se omitir de tentar, buscando de uma vez por todas acabar com essa cultura da impunidade que grassa no sistema jurídico brasileiro desde os tempos em que as visitas configuravam um direito do adulto e não como um evidente e incontestável dever que têm os pais de assegurar a convivência familiar, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF, art. 227)”. MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. p. 384.

4 A VISÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO PARA OS CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO DO FILHO:

A responsabilização do genitor pelo abandono afetivo do filho não causa divergências somente na doutrina, mas também na jurisprudência brasileira. Há decisões no sentido de não ser possível a reparação pelos danos morais do filho, como também há sentenças condenatórias nesse sentido.

No Brasil, a primeira decisão sobre o tema foi proferida pelo juízo da 2ª Vara de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul, em 16 de setembro de 2003. Nesse caso, o filho, que buscava reparação pelos danos morais decorrentes do abandono afetivo de seu genitor, teve seu pleito deferido. O magistrado, Dr. Mário Romano Maggioni, entendeu ser possível o pagamento de indenização por parte do pai, que prive seu filho da convivência e do suporte psicológico e a afetivo, pois, conforme a sentença:

“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 e educação).

Quando o legislador atribuiu 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 também educando seu filho”⁸¹

Como se vê, o MM. julz concluiu que dentre as obrigações que os genitores possuem para com seus filhos há o dever, moral e legal, de amá-lo. Nessa linha de pensamento, o pai que não cumpra com essa obrigação poderá ser condenado ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos pelo rebento.

Deve-se dizer que, no entanto, tal decisão não tomou maiores repercussões, pois o pai em questão não apresentou defesa contestatória, sendo a condenação, portanto, fundada em confissão ficta. Por essa razão, a demanda sequer superou o primeiro grau de jurisdição, não sendo levada às instâncias superiores do judiciário brasileiro.

Outra decisão que merece destaque ocorreu no ano de 2004, em Belo Horizonte, Minas Gerais. Nessa situação, o filho alegou que, após o divórcio de seus

⁸¹ Autos nº 141/1030012032-0.

genitores, o pai o abandonou afetivamente. Em sua defesa, o pai postulado afirmou que, além de cumprir com as obrigações alimentícias, visitava o filho constantemente nos finais de semana, mas que, na verdade, a mãe de seu filho criava obstáculos para convivência e estava desonrando sua imagem junto a criança. Realizada perícia psicológica, o profissional técnico concluiu pela inexistência de abalos psicológicos decorrentes do afastamento paternal. Além disso, o juízo que analisava a questão entendeu que não havia culpa na conduta do pai. Logo, em primeiro grau de jurisdição, o pleito foi julgado improcedente.

O filho apelou e o mérito foi apreciado pela Sétima Câmara Cível, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que reformou a sentença, condenando o pai ao pagamento de indenização pelo abandono afetivo do filho no valor de 200 (duzentos) salários-mínimos, sob a mesma justificativa da sentença do caso anterior.⁸²

O pai, inconformado com o acórdão do Tribunal de Justiça mineiro, interpôs Recurso Especial. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão, acolhendo o apelo do pai, sob o fundamento de que não é possível a condenação do genitor nesses casos, pois não há como se obrigar um pai a amar o filho. Ainda, conforme teor do voto do Sr. Ministro relator Fernando Gonçalves⁸³:

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tano no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direto e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.

Por outro lado, é preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso (...) Ainda outro questionamento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso? Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos entrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos (...) Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia,

⁸² TJMG apelação Cível nº 408.550.504.

⁸³ STJ – 4ª T. REsp. 757.411. Rel. Min. Fernando Gonçalves (29.11.2005).

ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previsto na legislação civil, conforme acima esclarecido.

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização.

Dessa forma, os ministros do STJ entenderam que o desamor não constitui prática de ato ilícito, assim como não é possível obrigar um pai a amar o filho. Ainda, destacaram que a punição prevista aos genitores que não cumpram com suas obrigações paternas é a perda do poder familiar e que uma condenação indenizatória poderia acabar com qualquer possibilidade de reaproximação entre as partes.

Enfim, descontente com a decisão, o filho recorreu ao Supremo Tribunal Federal, por meio de Recurso Extraordinário. Porém, o mérito da causa não foi apreciado pela Suprema Corte brasileira, pois não foi constada a ofensa direta à Constituição Federal. Tendo sido determinado o arquivamento do recurso pela Ministra Ellen Grace, permanecendo, portanto, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pleito indenizatório.⁸⁴

Há diversas outras decisões nas quais o judiciário brasileiro precisou enfrentar essa questão, sendo que, em alguns casos, a indenização foi deferida e em outros o entendimento que prevaleceu foi da impossibilidade de o abandono afetivo ser um ato ilícito.

Com tudo, em 2012 o Superior Tribunal de Justiça mudou seu entendimento sobre o tema, em decisão que teve grande repercussão nacional, merecendo destaque e atenção não só no âmbito jurídico como, também, em setores psicossociais. O acórdão publicado em 24 de abril de 2012, pela Terceira Turma do referido tribunal, manteve a condenação de um pai à indenização pelo abandono afetivo da filha.⁸⁵

No caso em questão, a filha, já adulta, ajuizou ação indenizatória pelos danos morais sofridos em decorrência do abandono paterno. Ela relata que a

⁸⁴ STF – Recurso Extraordinário nº 567164. Rel. Min. Ellen Grace (11.09.2009).

⁸⁵ STJ – 3ª T. resp. 1.159.242 – SP.

paternidade não foi reconhecida de forma voluntária pelo pai, tendo sido declarada somente por meio de ação judicial, enquanto ela ainda era criança. Embora pagasse pensão alimentícia regularmente, o pai não correspondia às tentativas de contato da filha, não demonstrando afeto ou vontade de conhecê-la e participar de sua vida. O juízo *a quo* julgou improcedente a demanda sob o fundamento de que o distanciamento entre pai e filha ocorreu, principalmente, em razão do comportamento agressivo da mãe em relação ao genitor, após o rompimento da relação. A filha apelou ao Tribunal de Justiça de São Paulo que reformou a sentença, reconhecendo o abandono afetivo e condenando o pai à indenização por danos morais, no valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais). Logo, o pai interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, que manteve a condenação, mas reduziu o *quantum indenizatório* para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Mas, essa decisão, proferida pelos quatro ministros que compõe a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, não foi unânime. Os ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Sidnei Beneti, embora tenham seguido voto vencedor da ministra relatora, Nancy Andrichi, que entendeu pela condenação do pai aos danos morais, deram parcial provimento ao recurso do pai para diminuir o valor da condenação.

Enquanto que o ministro Massami Uyeda, divergindo dos outros ministros, votou contra o pleito da Autora, não identificando ilicitude no fato de um pai abandonar afetivamente a filha.

Segundo Julio Cezar de Oliveira Braga:

“o acórdão em foco é paradigmático, porque condensa a polaridade de interpretações judiciais aplicadas à matéria do abandono afetivo e a resposta intervencionista do Estado nas relações subjetivas. A atual decisão revela a divisão só Superior Tribunal de Justiça não somente pelo fato de a Quarta Turma anteriormente ter manifestado entendimento oposto em caso semelhante, como também a própria divergência entre os ministros que integram a Terceira Turma daquela Corte.

Além disso, a análise dos votos revela ainda contradições intrínsecas que emergem dos próprios entendimentos dos ministros. Contradições que confirmam a complexidade do tema e principalmente a ambivalência do sujeito diante do desamparo e das tentativas de controle de situações subjetivas, nas quais não há controle algum”⁸⁶

Assim, uma análise mais detalhada do acórdão em questão se faz pertinente. O ponto central da questão é definir se o abandono afetivo do genitor, compreendido

⁸⁶ BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. Indenização por abandono afetivo: do direito à psicanálise. p. 37.

como omissão dos deveres intrínsecos à paternidade, constitui-se ato ilícito capaz de configurar dano moral indenizável à prole ofendida.

Em seu voto, a ministra Nancy Andrighi expôs que não há impedimento legal à aplicação das normas referentes à responsabilidade civil no âmbito do direito de família:

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

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

Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,^o V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em sua diversa formas.

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

Quanto ao entendimento da Quarta Turma do STJ, manifestado no REsp. 757.411, e de outros Tribunais, no sentido de que a única pena cabível ao genitor que descumpra seus deveres paternos é a perda do poder familiar. Afirmou a ministra:

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

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

A relatora sustenta que entre pais e filhos não há somente o vínculo afetivo e/ou sanguíneo, mas também há obrigações de cunho legal que são próprias do poder familiar:

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

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

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

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

Prosseguindo em seu voto, a ministra expõe que o cuidado dos pais para com seus filhos passa a ter “valor jurídico apreciável” e “repercussão no âmbito da responsabilidade civil”. Seguindo sua linha de raciocínio, os deveres inerentes às atividades paternas vão além do essencial para sobrevivência humana – alimentação, moradia e saúde -, devendo ser abarcadas, também, às substancias imateriais, que integram a formação de um individuo como, por exemplo, “educação, lazer, regras de conduta, etc.”

Para explicar sua concepção de que a ausência de cuidado e afeto pode gerar sentimentos de inferioridade, impotência, traição e abandono, Nancy Adrighi apoia-se no entendimento de Tânia da Silva Pereira:

O cuidado como 'expressão humanizadora', preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem (...) a autora afirma: 'o ser humano precisa cuidar de outro ser humano par realizar sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, par que posa supera obstáculos e dificuldades da vida humana' (...) Waldow alerta para atitudes de não cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditavam que iram cuidá-lo. Situações graves desatenção e de não-cuidado são relatadas com sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. 'Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória'. O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar

Ainda, para defender a ideia de que a assistência imaterial dos pais é determinante para o desenvolvimento psicossocial da prole, Andrighi baseou-se nos estudos do psicanalista inglês Donald Woods Winnicott (1896-1971), que sustenta a

necessidade do dever de cuidado dos pais, ainda que não exista o sentimento de amor.

Aqui, percebe-se a grande mudança de paradigma da jurisprudência acerca do tema, pois a ilicitude se desloca do dever de amar o filho – entendimento exposto, por exemplo, no primeiro caso que aqui foi tratado – para a imposição legal de cuidar, conforme exposto no voto vencedor:

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

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

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

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

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

Quanto à comprovação do dano de ordem moral sofrido pelo filho, a ministra esclarece que este pode ser verificado por meio de “laudo formulado por especialista”, que constate a existência de “patologia psicológica” vinculada, total ou parcialmente, ao descuido do genitor. No caso em tela, o acórdão destacou que, embora a filha tenha conseguido seguir a vida sem o afeto paterno, constituindo família e sendo bem sucedida profissionalmente, “não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe”.

Os ministros Paulo de Tarso Severino e Sidnei Beneti, não obstante tenham julgado pela condenação do pai ao ressarcimento pelos danos morais causados à filha, não se posicionaram de forma idêntica a Nancy Andrighi.

Sidnei Beneti ponderou que, apesar de o abandono afetivo ser reprovável, houve culpa da genitora da filha, que ostentou um comportamento agressivo em

relação ao pai, dificultando o contato entre pai e filha. Por essa razão, o ministro propôs a redução do *quantum* indenizatório a fim de mensurar a proporção da culpa dos genitores no evento danoso, destacando que:

No caso, ponderados os itens de resultado afetivo de padecimento moral, constantes na petição inicial, que baliza a causa de pedir e, conseqüentemente, condiciona o pedido, deve-se concluir que, realmente, é excessivo o valor fixado, porque não observada a proporcionalidade de ação e omissão do genitor, ora Recorrente, na causação do sofrimento moral à filha, ora Recorrida.

Alguns itens destacados pela petição inicial são exclusivamente de maior responsabilidade, senão de responsabilidade exclusiva, do genitor, sem que neles possa ser atribuída responsabilidade à genitora – até porque constituem matéria objeto de decisão judicial ao genitor, ora Recorrente: (1º) Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; 5º) pagamento de pensão somente por via judicial; 6º) somente haver sido reconhecida judicialmente como filha.

Outros itens são de responsabilidade compartilhada, ou, quiçá, talvez realmente obstada pela ação da genitora, pois não se poderia imaginar a dada de carinho, afeto, auxílio de presença pessoal, aconselhamento e semelhantes, diante da acirrada ação contrária ao genitor pela genitora, de modo que devem ser diminuídos valores desses itens: (2º) desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; 3º) falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca tendo havido sentando no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência, ajuda na escola, cultural e financeira; 4º) falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras.

(...) deve-se dosar o valor dos danos morais, proporcionalmente à responsabilidade do genitor, ora Recorrente, em valor próximo à metade do valor fixado pelo acórdão, ou seja, R\$ 200.000,00.

No mesmo sentido foi o voto do ministro Paulo de Tarso Severino, que sopesou a culpa da mãe nesse caso, decidindo, também, pela redução do valor da indenização. Além disso, alertou para o fato de que a responsabilidade civil por dano moral no Direito de Família não equivale à responsabilidade extracontratual, pois o Direito de Família está relacionado à esfera íntima das pessoas, sendo carregada dos mais profundos sentimentos e, por essa razão, deve-se evitar a patrimonialização de relações pessoais familiares.

Segundo esse ministro:

As relações travadas no seio da família, por afetarem a esfera íntima das pessoas, são especialmente carregadas de sentimentos.

De um lado, representam o aspecto mais espontâneo do humano e, de outro, tendem a causar, em aparente contradição, mais fortúneos e infortúneos do que em qualquer outra espécie de relação.

Assim, pela própria natureza delicada dos relacionamentos familiares, a responsabilidade civil no Direito de Família não pode ser equiparada à responsabilidade civil extracontratual em geral, sob pena de se exigir, no trato familiar diário, uma cautela incompatível com as relações que se firmam no âmbito da família, além de se conduzir a uma indesejável patrimonialização das relações pessoais, justamente em seu viés mais íntimo.

(...)

Sendo assim, entendo que o reconhecimento de dano moral em matéria de família é situação excepcionalíssima, devendo-se admitir apenas em casos extremos de efetivo excesso nas relações familiares.

O presente caso situa-se dentro dessa excepcionalidade, merecendo ser reconhecida a ocorrência de ato ilícito causador de dano moral.

(...)

Assim, imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpre totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais mezinhas obrigações para com seu filho.

Evita-se, desse modo, eventual abuso por parte de filhos que, insatisfeitos com episódios específicos de sua criação, pleiteiam a indenização por danos supostamente sofridos.

Por fim, mas não menos importante, o voto vencido do ministro Massami Uyeda, que julgou procedente o Recurso Especial interposto pelo pai para afastar a condenação do acórdão recorrido. O ministro assim fundamentou seu entendimento:

Srs. Ministros, neste caso, pela leitura do voto da Sra. Ministra Relatora, muito bem feito, o pai foi, de certa maneira, forçado a reconhecer a paternidade, porque uma pessoa nasceu fora da programação da vida dele. Ele é próspero, abastado, mas, judicialmente, foi condenado a pagar alimentos na faixa de dois salários mínimos até a maioridade dessa moça.

E aí, não sei quando entrou esta ação, porque, no meio do voto, S. Exa. diz assim: agora a autora é uma pessoa já com formação, encaminhada na vida, casada, tem filhos e lamenta o abandono material no sentido de um conforto psicológico, de uma assistência, um acompanhamento que todo pai deveria ter.

(...)

como V. Exa. também bem relatou e bem expôs no voto, o universo de sentimentos que implica em uma família é algo difícil de mensurar.

Isso pode "cheirar" – aqui me parece – a uma pessoa que lamenta a infância perdida, a juventude perdida. Parece aquela música do Taiguara: a juventude perdida, a infância perdida. Então, essa moça, hoje, adulta, lamenta que foi abandonada à própria sorte, cujo pai nem sequer queria reconhecê-la e foi obrigado a reconhecê-la.

Ora, se atentarmos para a realidade dos fatos, qualquer filho, qualquer filha, enfim, qualquer pessoa poderá dizer assim: mas estou sendo preterido em relação aos meus irmãos e qualquer dado subjetivo poderia motivar um pedido de indenização por dano moral. Ora, isso faria com que quantificássemos ou potencializássemos as mágoas íntimas – muitas legítimas, algumas supostamente legítimas – de filhos, de irmãos, de pais, de marido e mulher também, porque o dever dos cônjuges está entre prestar assistência, amar e tal. E os estudos indicam que esse amor é uma coisa da convivência.

O que pode acontecer nesse nível de família? Quando a situação se torna de tal maneira insustentável, separação de fato, separação judicial, divórcio. E alguém dizer que, além disso, quer o dano moral porque não foi tratado condignamente como esposa, como marido, ou, então, neste caso, como filha.

E esse pai... Sabemos que a formação das pessoas, e V. Exa. cita, aqui, estudos de psicologia muito bem calcados, os estudos são, eminentemente, programáticos no sentido de que o ideal da convivência das pessoas é que todos tivéssemos uma vida em família harmoniosa, com o pai e a mãe expedindo esse amor, esse carinho, mas manifestação de amor e carinho é

meio complexo. Não posso exigir que os meus padrões psicológicos se coloquem na normalidade.

O voto de V. Exa. é pioneiro, Sra. Ministra Nancy Andrighi, mas também atento para a seguinte circunstância: se abrirmos essa porta como Tribunal de unificação jurisprudencial de interpretação da lei federal – e, aqui, no caso, é o Código Civil –, e V. Exa. também cita a Constituição, na qual um dos pilares do fundamento do Estado é a preservação da dignidade da pessoa humana, também não podemos esquecer que a interpretação dos princípios constitucionais requer razoabilidade, proporcionalidade. E, se for assim, não haverá mais tranquilidade. Vamos causar aquilo que o Sr. Ministro Sidnei Beneti sempre fala: estabelecer uma cizânia dentro da família, porque essa pessoa, certamente, se o pai é abastado, irá concorrer na herança no dia em que ele faltar, ou esse pai negligente, vamos dizer. Agora, o que é a negligência no sentido do dever, do pátrio dever? Não sei. Nós mesmos, como pais, avós, temos inúmeras falhas. As crianças, os filhos, hoje, já são adultos e podem até reclamar, e até com muita razão. Então, abrir essa porta aqui, reconhecer isso como um direito não podemos, com todo o respeito. Existe uma lesão à estima. Todos nós... A nossa vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos.

Para o ministro Uyeda, portanto, o pai já fora condenado ao pagamento de pensão alimentícia até a maioridade da filha e, em que pese o alegado abandono, ela conseguiu encaminhar-se na vida. Além disso, para ele, qualquer filho pode alegar que já foi preterido em relação aos irmãos e os estudos apresentados pela ministra Nancy tratam de um ideal de família não correspondente com a realidade das pessoas. Enfim, por esses e outros motivos expostos em seu voto, ele entendeu pelo provimento do recurso interposto.

O pai condenado à indenização interpôs Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, que ainda não foi julgado até o encerramento deste trabalho.

5 O ABANDONO AFETIVO NO PODER LEGISLATIVO

Em meio às polêmicas geradas no poder judiciário e na doutrina jurídica brasileira, a questão do abandono afetivo atingiu, também, o poder legislativo. Busca-se com isso regulamentar expressamente em que constitui o abandono

afetivo e quais seriam suas consequências jurídicas. Conforme assevera Julio Cesar de Oliveira Braga:

“Considerando o abandono afetivo como problema de ordem pública, muitos juristas criticam a ausência de legislação específica que trate do tema. Segundo esta orientação de cunho positivista, os princípios constitucionais da dignidade, da afetividade, do dever de convivência e da paternidade, ainda que acolhidos pelo Código Civil e pelo estatuto da Criança e do Adolescente, por si só não seriam suficientes à efetivação da convivência entre pais e filhos. Seria necessária a previsão expressa do ato ilícito e as penalidades aplicáveis em caso de sua ocorrência, visando impedir novas condutas lesivas”⁸⁷

Nesse contexto, há dois projetos de lei pendentes a aprovação no Congresso Nacional.

O primeiro deles é o Projeto de Lei do Senado nº 700/2007⁸⁸. Proposto pelo Senador Marcelo Crivella, objetiva a responsabilização civil e criminal do genitor que não preste assistência moral aos filhos menores. Para o senador em que pese alguns tribunais tenham condenado os genitores pelo abandono afetivo do filho, ainda há decisões no sentido contrário. Por essa razão, para ele, é necessário que estabeleça expressamente na legislação, tanto os deveres dos pais para com seus filhos, quanto a responsabilização dos mesmos em caso de descumprimento de suas obrigações.

O projeto propõe a modificação de alguns artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma que em seu artigo 4º, § 2º e 3º passariam a ter a seguinte redação:

“Art. 4º [...]

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

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

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

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

III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.” (grifei)

Ainda, propõe que se acrescente paragrafo único ao art. 5º do ECA para que se declare expressamente a ilicitude do abandono “moral” do filho, bem como sua reparação, nos seguintes termos:

⁸⁷ BRAGA, Julio Cesar de Oliveira. Indenização por abandono afetivo: do direito à psicanálise. p. 46-47.

⁸⁸ Anexo I

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

Quanto à condenação criminal, o projeto sugere que se acrescente o art. 232-A com a seguinte redação:

Art. 232-A. Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º esta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social.
Pena – detenção, de um a seis meses.

A respeito desse Projeto de Lei, o IBDFAM – Instituto Brasileiro do Direito das Famílias – elogiou o Senador Crivella, pois viu a questão como “inovadora e necessária”. No Boletim de 06 de junho de 2011, o IBDFAM atestou que a responsabilidade dos pais é assegurada constitucionalmente e fundamenta-se nos princípios da paternidade responsável e absoluta prioridade da criança e adolescente:

“Não podemos exigir amor de alguém, mas podemos exigir que haja o respeito aos preceitos constitucionais que, inclusive, afastam qualquer forma de negligência parental. Aliás, por uma interpretação lógica sistemática, quando a Constituição prevê qualquer forma de negligência, podemos concluir tanto a patrimonial quanto a extrapatrimonial, sendo que, esta última, envolve o cuidado com o ser humano.”⁸⁹

Contudo, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado vetou e emendou o referido projeto. O primeiro veto diz respeito à expressão utilizada no PLS “abandono moral”. Julio Cezar de Oliveira Braga, citando o entendimento de Pierangeli afirma que a expressão foi considerada inapropriada, pois:

(...) embora não conste expressamente no Código Penal, a doutrina e jurisprudência costumeiramente a empregam como um *nomem juris* do crime previsto pelo art. 247 do Código Penal, que é dirigido aos pais que permitam a frequência de menores em casa de jogo, casa de prostituição ou espetáculo ofensivo ao pudor, bem como a convivência com pessoa viciosa ou de má vida e prática da mendicância.

Em vista disso, a Comissão sugeriu a troca o termo “abandono moral” por “abandono afetivo” para se referir à convivência deficiente do genitor com a criança ou adolescente.

⁸⁹ Boletim do IBDFAM – 06 de junho de 2011.

Quanto à responsabilização criminal, a Comissão entendeu que esta seria excessiva e incompatível com o caráter de *ultima ratio* do direito penal, sendo favorável apenas à responsabilização civil dos pais que abandonem afetivamente seus filhos.

O segundo Projeto de Lei é o PL nº 4.294/2008⁹⁰, de autoria do deputado Carlos Bezerra. Esse projeto foi aprovado por unanimidade, em 13 de abril de 2011, pela Comissão de Seguridade Social da Família da Câmara Federal e tem por objetivo acrescentar parágrafo único ao art. 1.632 do Código Civil, bem como alterar o parágrafo único do art. 3º do Estatuto do Idoso, passando este a ser o paragrafo 1º e acrescentando paragrafo 2º ao referido artigo. Se aprovado, esses artigos passarão a conter a seguinte redação:

Art. 1632 [...] Parágrafo único: o abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral.

Art. 3º [...] § 2º O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral.

Assim, tanto o pai que abandone filho quanto o filho que abandone pai serão responsáveis pelos danos morais decorrentes do abandono e deverão indenizar o sofredor.

Segundo o deputado:

O caso dos filhos menores, o trauma decorrente do abandono afetivo-parental implica marcas profundas no comportamento da criança. A espera por alguém que nunca telefona – sequer nas datas mais importantes – o sentimento de rejeição e a revolta causada pela indiferença alheia provocam prejuízos profundos em sua personalidade. Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.

Esse Projeto de Lei, já aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família, aguarda aprovação na Comissão de Constituição e Justiça.

⁹⁰ Anexo II.

6 CONCLUSÃO

Vimos que por muitos anos a família esteve liderada pela figura paterna. Sob a égide do chamado *pátrio poder*, o pai, como chefe da família, possuía total autoridade perante os filhos menores e a esposa. Contudo, a Constituição Federal brasileira de 1988 trouxe uma nova concepção para o instituto familiar, que passou a ser compreendido conforme os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, do companheirismo e do afeto, culminando na modificação do termo *pátrio poder* para poder familiar. Dessa forma, os filhos passaram de objetos de direito a sujeitos de direito, não mais subordinados a arbitrariedade paterna.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 garantiu o direito à indenização pelos danos de natureza moral. Assim, aquele que cause danos a outrem, ainda que somente de índole moral, estará, dentro dos limites da responsabilidade civil, obrigado a repará-lo, conforme demonstrado no decorrer deste trabalho.

A responsabilidade civil pertence ao campo do direito civil geral e, portanto, aplica-se à sua parte especial, incluindo as relações familiares. Logo, a ofensa moral no direito de família segue as regras comuns da reparação civil, segundo previsto no Código Civil brasileiro.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê uma série de obrigações atribuídas aos pais, seja na Constituição Federal, no Código Civil ou no Estatuto da Criança e do Adolescente. Dentre esses deveres, destacam-se os de educar, garantir a convivência familiar e de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, violência, etc.. Frise-se que esses deveres, conforme evidenciado ao longo deste trabalho, são impostos a ambos os pais. Assim, desmistifica-se o “senso comum” de que as maiores obrigações para com os filhos são da mãe. Esses deveres, como já dito, são de ambos os pais, pois assim determinou o legislador, seja no artigo 229 da Constituição Federal ou nos artigos 1.566, IV, e 1.634, I e II, ambos do Código Civil.

Nesse viés, cabe ao Estado, dentre outras coisas, garantir que a lei seja cumprida. Não havendo que se falar em não intervenção do Estado nas relações familiares, seja sob o argumento de respeito à intimidade familiar, ou do respeito à autonomia dos membros em relação à afetividade, pois, como se viu, tratam-se de

deveres legais. Conforme atestado anteriormente, os deveres inerentes à paternidade, legalmente impostos, quando violados configuram prática de ato ilícito, justificando o direito à indenização, quando o filho afetivamente abandonado sofre danos morais. E, segundo explanado no curso desta atividade, o dano moral causado pelo pai que abandona afetivamente seu filho é gravíssimo. Atinge sua formação como ser em desenvolvimento, gera na criança o sentimento de impotência, de não amado, de inferior, fazendo com que ela se sinta desprezível, traída, indigna de amor, etc.

Sobre o tema, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido por sua Terceira Turma, no Recurso Especial nº 1.159.242-SP, é de profunda relevância. Mudou-se o foco da ausência de afeto para a ausência de dever de cuidado, ou seja, solidificou-se o entendimento de que não se trata de indenizar por ausência ou insuficiência de amor, mas em reparar os danos causados em razão do não cumprimento dos deveres intrínsecos à paternidade. Além disso, nesse caso, a responsabilidade da genitora, que dificultou o relacionamento entre pai e filha, foi sopesada, resultando em parcial provimento ao recurso do abandonado para reduzir o valor da indenização.

A perturbação gerada pelo tema, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, fez com que fossem criadas duas propostas de lei, as quais buscam por fim na falácia de quem argumenta que não há previsão legal para a responsabilização dos pais abandonados. Embora a finalidade de tais propostas seja interessante, maiores discussões devem ser feitas no que tange à resposta Estatal a tais questões, principalmente quando se quer estabelecer responsabilização criminal para esses casos, pois se deve respeitar a característica de *ultima ratio* que ancora o direito penal, exaurindo-se todas as outras possibilidades de efetivação da tutela, presentes nos âmbitos cível e administrativo, as quais, na maioria das vezes, apresentam-se bem mais céleres e efetivas do que as sanções penais.

Por todo o exposto, sobressai o entendimento de que os filhos não podem arcar com os erros de seus pais. Em meio ao término de qualquer relação afetiva-sexual que culmine em uma gestação, a atenção deve estar voltada a proteção do menor, enquanto que mágoas e outros sentimentos desagradáveis do casal devem estar em último plano. Os genitores devem assumir ambos suas responsabilidades e, mais, estarem conscientes de sua importância na formação da personalidade de seu filho. As demandas que condenam o genitor abandonado possuem grande

função pedagógica, pois asseveram que o genitor negligente não sairá impune de seu desleixo.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 7. Ed. Ver., atual. E aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012.

BODIN DE MORAES, Maria Celina . Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 356p .

BODIN DE MORAES, Maria Celina . Deveres Parentais e Responsabilidade Civil. Revista Brasileira de Direito de Família, Belo Horizonte, v. 31, p. 39-66, 2005

BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. Indenização por abandono afetivo: do direito à psicanálise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. Direito de família: elementos críticos a luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FAMÍLIA e responsabilidade: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: IBDFAM: Magister, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito Civil aplicado: direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, Alvino, Da culpa ao risco. Da culpa ao risco, São Paulo, 1938.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Direito civil: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NALIN, Roberto Ribeiro.; ANTUNES, A. S. Direito de Família e Responsabilidade Civil: Objeções e hipóteses de Ocorrência. *In*: NALIN, P. R. R.; VIANNA, G. B (cords.). Direito em Movimento. Curitiba: Juruá, 2007

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família. 1. ed. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, porque me abandonaste?. [S.l.: [s.n.], [2000?]. [20] f.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família. - Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil por abandono afetivo. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v.14, n.29 , p. [5]-19, ago./set. 2012.

REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Claudia Maria da. Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho. *In*: Revista Brasileira Direito de Família: Indenização ao filho. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.6, n. 25, Ago./Set.,2004, p. 123

VENOSA, Sívio de salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

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

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

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

“Art. 5º.

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

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

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

“**Art. 56.**

.....

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

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

“**Art. 129.** São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

.....

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

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

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

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

Pena – detenção, de um a seis meses.”

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

J U S T I F I C A Ç Ã O

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

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

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

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

Algumas decisões judiciais começam a perceber que a negligência ou sumiço dos pais são condutas inaceitáveis à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Por exemplo, o caso julgado pela juíza Simone Ramalho Novaes, da 1ª Vara Cível de São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro, que condenou um pai a indenizar seu filho, um adolescente de treze anos, por abandono afetivo. Nas palavras da ilustre magistrada, *“se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade de tê-lo abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de assistência moral, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei”*. E mais: *“O poder familiar foi instituído visando à proteção dos filhos menores, por seus pais, na salvaguarda de seus direitos e deveres. Sendo assim, chega-se à conclusão de ser perfeitamente possível a condenação por abandono moral de filho com amparo em nossa legislação.”*

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

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

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

Ou, ainda, com o que determina o Código Civil:

Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002

Institui o Código Civil

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

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

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

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

.....
II - tê-los em sua companhia e guarda;”

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

Fique claro que a pensão alimentícia não esgota os deveres dos pais em relação a seus filhos. Seria uma leitura muito pobre da Constituição e do ECA. A relação entre pais e filhos não pode ser reduzida a uma dimensão monetária, de cifras. Os cuidados devidos às crianças e adolescentes compreendem atenção, presença e orientação.

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

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

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

Declaração dos Direitos da Criança

Adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto n.º. 99.710/1990

PRINCÍPIO 2º

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e

*social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. **Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.***

.....

PRINCÍPIO 6º

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

PRINCÍPIO 7º

(...)

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

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

**CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA
CRIANÇA**

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

.....

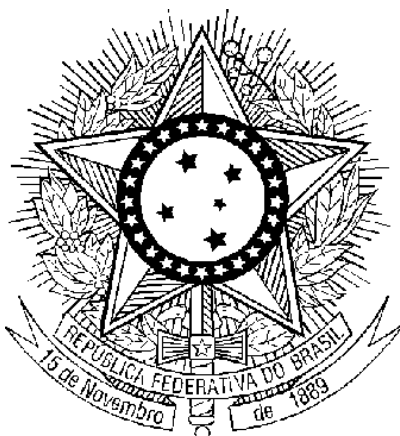
ARTIGO 9

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

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

Sala das Sessões,

Senador MARCELO CRIVELLA



CÂMARA DOS DEPUTADOS

PROJETO DE LEI N.º 4.294-A, DE 2008 **(Do Sr. Carlos Bezerra)**

Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo; tendo parecer da Comissão de Seguridade Social e Família, pela aprovação (relatora: DEP. JÔ MORAES).

DESPACHO:

ÀS COMISSÕES DE:

SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA E

CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA (MÉRITO E ART. 54, RICD)

APRECIÇÃO:

Proposição sujeita à apreciação conclusiva pelas Comissões - Art. 24 II

SUMÁRIO

I - Projeto inicial

II – Na Comissão de Seguridade Social e Família:

- parecer da relatora

- parecer da Comissão

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

Art. 2º O artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil – passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“ Art. 1632

Parágrafo único: O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral.(NR)”

Art. 3º O parágrafo único do art. 3º da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso - passa a vigorar como parágrafo 1º, devendo ser acrescido o seguinte parágrafo 2º ao artigo:

“Art. 3º

§ 1º

§ 2º O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral. “

JUSTIFICAÇÃO

O envolvimento familiar não pode ser mais apenas pautado em um parâmetro patrimonialista-individualista. Deve abranger também questões éticas que habitam, ou ao menos deveriam habitar, o consciente e inconsciente de todo ser humano.

Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade.

No caso dos filhos menores, o trauma decorrente do abandono afetivo parental implica marcas profundas no comportamento da criança. A espera por alguém que nunca telefona - sequer nas datas mais importantes - o sentimento

de rejeição e a revolta causada pela indiferença alheia provocam prejuízos profundos em sua personalidade.

No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida.

Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.

Por todo exposto, clamo meus pares a aprovar o presente projeto de lei.

Sala das Sessões, em 12 de novembro de 2008.

Deputado CARLOS BEZERRA

LEGISLAÇÃO CITADA ANEXADA PELA COORDENAÇÃO DE ESTUDOS LEGISLATIVOS - CEDI
--

LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002

Institui o Código Civil.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

.....

PARTE ESPECIAL

.....

LIVRO IV
DO DIREITO DE FAMÍLIA

TÍTULO I
DO DIREITO PESSOAL

.....

SUBTÍTULO II
DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO

.....

CAPÍTULO V
DO PODER FAMILIAR

Seção I
Disposições Gerais

.....

Art. 1.632. 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.

Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

.....

.....

LEI Nº10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003

Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I
DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

.....

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

I - atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;

II - preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;

III - destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;

IV - viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;

V - priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuem ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência;

VI - capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;

VII - estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;

VIII - garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.

IX - prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda.

** Inciso IX acrescido pela Lei n. 11.765, de 05/08/2008 .*

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

§ 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.

§ 2º As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

.....

COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA

I – RELATÓRIO

O Projeto de Lei nº 4.294, de 2008, acrescenta parágrafo único ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil, e acrescenta § 2º ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, para estabelecer que o abandono afetivo sujeita pais e filhos ao pagamento de indenização por dano moral.

A proposição foi distribuída, em caráter conclusivo, à Comissão de Seguridade Social e Família e à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

No prazo regimental, não foram apresentadas emendas nesta Comissão de Seguridade Social e Família.

É o Relatório.

II - VOTO DA RELATORA

A proposição em análise busca sujeitar pais e filhos ao pagamento de indenização por dano moral, na **hipótese de abandono afetivo**.

O dano moral é uma lesão aos direitos da personalidade. Porém, para gerar o dever de indenizar, deve-se proceder ao reconhecimento da

existência de um dano, à apuração de sua extensão, à determinação de sua repercussão e à aferição do grau de culpa do agente, da vítima e de terceiros.

A relevância está na necessidade de se avaliar como o indivíduo elabora internamente o abandono afetivo e seus impactos no curso de sua vida. O abandono provoca, indubitavelmente, comprometimento psicológico. Sempre se constata o trauma gerado pela rejeição e pela indiferença. Há quem leve uma vida inteira aguardando notícias de um familiar ausente, sofrendo com a ausência.

O dano moral altera-se com a dinâmica social, de modo que situações anteriormente tidas como fatos da vida comum podem e devem merecer a atenção do poder público e, principalmente, do Poder Judiciário.

Portanto, é extremamente útil e conveniente introduzir na lei a obrigação presumida de se pagar indenização por dano moral, tomado como consequência direta e imediata do abandono afetivo por familiares, para que os laços familiares sejam mais robustamente fortalecidos.

É necessário, pois, conscientizar aqueles que cometem o abandono afetivo sobre o abalo que causam, e dissuadir outras pessoas a evitarem a mesma conduta, por ser considerada grave e reprovável moral e socialmente.

Por todo o exposto, votamos pela aprovação do Projeto de Lei nº 4.294, de 2008.

Sala da Comissão, em 16 de setembro de 2010.

Deputada Jô Moraes
relatora

III - PARECER DA COMISSÃO

A Comissão de Seguridade Social e Família, em reunião ordinária realizada hoje, aprovou unanimemente o Projeto de Lei nº 4.294/2008, nos termos do Parecer da Relatora, Deputada Jô Moraes.

Estiveram presentes os Senhores Deputados:

Saraiva Felipe - Presidente, Padre João, Dr. Paulo César e Professora Marcivania - Vice-Presidentes, Aline Corrêa, Amauri Teixeira, André Zacharow, Antonio Brito, Benedita da Silva, Celia Rocha, Chico D'Angelo, Darcísio Perondi, Eduardo Barbosa, Elcione Barbalho, Givaldo Carimbão, Henrique Afonso, Jandira Feghali, Jhonatan de Jesus, João Ananias, José Linhares, Lael Varella, Mandetta, Marcus Pestana, Nilda Gondim, Osmar Terra, Raimundo Gomes de

Matos, Rogério Carvalho, Rosinha da Adefal, Sueli Vidigal, Teresa Surita, Flávia Moraes, Pastor Eurico e Ronaldo Caiado.

Sala da Comissão, em 13 de abril de 2011.

Deputado SARAIVA FELIPE
Presidente

FIM DO DOCUMENTO