

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

NATALI GONÇALVES SILVA

RELAÇÃO PARENTAL: POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA
COMO INDENIZAÇÃO AO ABANDONO AFETIVO

ARACAJU

2014

NATALI GONÇAVES SILVA

RELAÇÃO PARENTAL: POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA
COMO INDENIZAÇÃO AO ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada a Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe
FANESE, como um requisito para obtenção
do grau de bacharel em direito.

ORIENTADOR:

Prof. Esp. José Carlos Santos.

ARACAJU

2014

NATALI GONÇALVES SILVA

RELAÇÃO PARENTAL: POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA
COMO INDENIZAÇÃO AO ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe FANESE.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Prof. Esp. José Carlos Santos.

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Prof. Antonina Gallotti.

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Prof. Fernando Ferreira.

Aos meus pais por todo apoio, dedicação e confiança;

Ao meu irmão pela cumplicidade e ao meu namorado pelo companheirismo e incentivo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por dar-me a sabedoria necessária para adquirir conhecimento e força de vontade para seguir com meus objetivos e concluir deste curso.

Aos meus pais, pelo amor dedicado desde o primeiro instante da minha vida até hoje no apoio ao meu desejo de concluir o curso de Direito e ser uma profissional respeitável.

Aos meus entes queridos, em especial em memória a minha avó Leonidia Santos Silva.

A Faculdade de Negócios e Administração de Sergipe – FANESE que foi a instituição de ensino pela qual coloco grau em bacharel em direito.

Aos docentes, pelo desempenho no ministrar das aulas e compromisso ao passar o conhecimento, retirar as dúvidas, dividir as experiências do cotidiano de um profissional da área e pelas palavras de incentivo ao estudo com disciplina e foco como passaporte para o sucesso.

A indenização por abandono afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares. Claro que o relacionamento mantido sob pena de recompensa financeira 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.

Maria Berenice Dias

RESUMO

O presente trabalho irá tratar da possibilidade de aplicação da pena pecuniária como forma de indenização ao abandono afetivo. Tem como objetivo estudar a evolução histórica da entidade familiar no Brasil até os dias atuais; perceber a satisfação dos pressupostos da Responsabilidade civil em relação ao abandono afetivo; além de identificar a posição dos tribunais e dos doutrinadores. O abandono afetivo ocorre quando o genitor é omissivo quanto ao seu dever imposto pelo Estado de cuidado e proteção aos filhos menores. Este comportamento omissivo do genitor poderá gerar traumas psíquicos no filho menor comprometendo seu desenvolvimento, visto que, este se encontra em fase de formação da personalidade. Desta forma, esta omissão autoriza a ação de danos morais contra o genitor para reparar o dano causado ao filho menor. O tema por ser recente e não existir posição do Supremo Tribunal Federal gera uma discussão entre os doutrinadores e nos julgados dos tribunais estaduais. Outra questão importante é a aplicação do instituto da Responsabilidade Civil no Direito de Família, no qual não existe qualquer restrição legislativa na utilização deste instituto nas relações familiares. A corrente em favor da aplicação indenizatória justifica sua tese na proteção integral da criança e adolescente de ter garantido o direito a convivência familiar e por ser a extinção do poder familiar, sanção aplicada ao direito de família, uma premiação ao genitor omissivo.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Abandono afetivo. Convivência familiar. Indenização.

ABSTRACT

This present paper aims to handle the possibility of applying pecuniary penalties to compensate affective vacuum. It has as its goals to study the family's historical evolution in this country until the present days; to perceive the tenets of Civil Responsibility related to the affective vacuum; besides identifying the court of law and instructors. The affective vacuum occurs when the genitor is neglectful when it comes to its duties imposed by the state to take care and protect its offspring. This parental neglectful behavior might generate psychological traumas on the infants, endangering their development, once they are forming their personality. This way, this neglect authorizes an action for pain and suffering against the genitor to repair the damage caused to the infant. As it is a recent theme, with no pre-existent position in the Supreme Court, a whole discussion is generated among the instructors and the state court decisions. Another important issue is the application of the Institute of Civil Responsibility in the Family Law, in which there isn't any law restriction about using this institute in the family relations. The favorable current that defends the application of the compensation penalties justifies its thesis on the infant and teenager full protection and the assurance of their rights to family companionship and the extinction of the family power, sanction applied to family law; a reward to the neglectful genitor.

KEY WORDS: Family. Affective vacuum. Family. Companionship. Compensation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. FAMÍLIA	15
2.1 Breve Evolução Histórica da Família no Brasil	15
2.2 Deveres dos Pais perante seus Filhos	18
2.3 Proteção do Interesse do Menor	20
3. AFETIVIDADE NA RELAÇÃO PARENTAL	24
3.1 Princípio da Afetividade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Direito de Família	25
3.2 Direito à da Convivência Familiar	27
4. RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA	32
4.1 Definição de Responsabilidade Civil	32
4.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil	35
4.2.1 Dano	36
4.2.2 Culpa	38
4.2.3 Nexo de Causalidade	39
5. O ABANDONO AFETIVO DO FILHO COMO ELEMENTO CARACTERIZADOR DA INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA	41
5.1 Conceito de Abandono Afetivo	41
5.2 Possibilidade de Indenização pelo Abandono Afetivo	41
5.2.1 Penalidades Previstas na Legislação Vigente	45
6. CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	53
ANEXO A Título DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/01937019)	58

1. INTRODUÇÃO

A família, por ser uma entidade muito antiga, esteve presente durante a evolução histórica humana. Essa entidade sofreu alterações, ao longo do tempo, na sua estrutura e formação. Atualmente a relação entre os entes do seio familiar passou a buscar novas formas de convívio com base na afetividade entre as pessoas.

A família abandonou característica do passado, integrando novos valores e princípios tendo em vista um ambiente familiar saudável, voltado para a educação e bons costumes, além de ter a proteção jurídica consagrada pela Constituição de 1988, carinhosamente, chamada de Constituição Cidadã, que assegura proteção especial do Estado à família, reconhecendo-a como entidade basilar da sociedade, sem conceito definido de família.

A estrutura familiar, antes instituída pelo pátrio poder formado pelo pai, mãe e filhos, sofreu transformações expressivas ao longo da história, perdendo espaço para as novas entidades familiares do século XXI, como no caso da chamada família monoparental, isto é, formada por um dos genitores e seus filhos. A evolução neste campo ocasionou a formação da família homoafetiva, esta, por sua vez, é constituída de casais homoafetivos e seus filhos.

Importante ressaltar que a afetividade é o principal laço de construção das novas entidades familiares. Segundo o dicionário Wikipédia, afetividade é a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido. É o estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outro ser ou objetos. Pode também ser considerada o laço criado entre humanos, que, mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte de "amizade" mais aprofundada.

Afeição por alguém não pode ser imposta como uma regra a ser seguida para que as pessoas tenham uma relação de carinho. Nas entidades familiares, o amor normalmente brota do simples nascimento de um filho querido e desejado. Porém, existem pessoas ligadas por vínculo sanguíneo, que, no entanto, em suas relações familiares, muitas vezes, o amor e afeto não existem, tornando-as secas, sem sentimento ou demonstrações de carinho. Bem diferente das famílias formadas por laços de afeição, geralmente, estruturadas por casais que adotam crianças e

adolescentes ou pessoas divorciadas ou separadas que constituem outra família com filhos advindos do relacionamento anterior.

Todavia existe, no mundo jurídico, uma discussão com divergências a respeito dessa falta de afeto por um dos pais, que poderá resultar na interposição da ação de dano moral pelo abandono afetivo baseado na responsabilidade dos pais de convivência familiar, ou seja, a conduta de abandono afetivo para alguns doutrinadores seria ato ilícito, geradora de dano e reparação.

Entretanto, há uma corrente que segue na contra mão da posição acima, que defende a impossibilidade da ação de dano moral interposta pelo filho contra os pais pelo abandono afetivo, por entender ser tal atitude lícita, visto que, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei, ou seja, a legislação brasileira não configura como ato ilícito ou como obrigação dos pais o amor, o carinho e o afeto e, sim, o dever de sustento, o direito à vida, à educação, etc.

Na linha de pensamento da procedência da ação, Maria Berenice Dias (2008,p. 186) afirma que:

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 irreponsável abandono possa ser dissuadida pela firme posição do judiciário ao mostrar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar.

Em sentido contrário a autora, Cristiano de Farias (2014, p.367) afirma que:

Não entendo ser razoável a afirmação de que a negativa de afeto entre pai e filho(ou mesmo entre outros parentes, como avô e neto) implicaria indenização por dano moral. Faltando afeto entre pai e filho (e demais parentes), poder-se-ia imaginar, a depender do caso, a decorrência de outros efeitos jurídicos, como a destituição do poder familiar ou a imposição da obrigação alimentícia, mas não a obrigação de reparar um pretensão dano moral.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 226 afirma que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. A Carta Magna também engloba como entidade familiar as uniões estáveis, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos. Apesar de não tratar de forma expressa sobre as uniões homoafetivas, já existe o reconhecimento como entidade familiar por analogia à união estável, declarada possível pelo Supremo Tribunal Federal.

Todavia a evolução no seio familiar trouxe uma problemática, o afastamento dos pais perante seus filhos, como consequência das separações, divórcios e outros motivos, o que torna frequente as situações em que a mãe cria e educa sozinha o seu filho sem nenhuma colaboração do pai que nem sequer se lembra do rebento ou vice versa.

Neste sentido, o instituto da responsabilidade civil possibilita a aplicação de condenação dos pais que abandonam seus filhos afetivamente, visto que o dever parental não está restrito a prestações alimentícias ou sustento material; este dever é mais abrangente, envolvendo assegurar à criança e ao adolescente a proteção absoluta de seu desenvolvimento, além de colocá-los a salvo de qualquer tipo de discriminação, negligência, exploração, violência e crueldade, princípios estes, garantidos pela legislação especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

A responsabilidade civil é um tema moderno de vários reflexos nas atividades humanas, pois cada dano sofrido pelo homem, patrimonial ou a sua pessoa, consiste em um desequilíbrio moral ou patrimonial que deve ser sanado, caso haja lesão, através da reparação, isto é, indenização. Assim sendo, pelo instituto da responsabilidade civil, aquele que causa dano a outrem fica obrigado a repará-lo, conforme determinação do código civil de 2002, em seu art. 186.

A possibilidade de condenação ao infrator por danos morais causados é aceito pelo ordenamento e consolidada no art. 5º da Constituição Federal. No entanto, existem divergências doutrinárias perante a possibilidade de interposição de ação de danos morais do filho perante seu pai (ou mãe), que geraria uma indenização, pelo fato de ter sido abandonado afetivamente.

Este assunto levanta algumas questões importantes, como: O legislador pode intervir no campo do sentimento humano de afeição? O ordenamento jurídico impõe

aos pais o dever de afetividade? A falta de afeto dos pais pode gerar consequências na formação da pessoa? Existe base legal que sustente dano moral por abandono afetivo? Qual o posicionamento dos Tribunais superiores perante o assunto?

Desta feita, o capítulo inaugural fará uma análise breve sobre a entidade chamada família, abordando suas modificações estruturais, comportamentais, educacionais ao longo da história até os dias atuais. Traçada a síntese histórica da evolução da estrutura familiar, será abordado os direitos e deveres consagrados na legislação brasileira dos pais perante seus filhos, ou seja, as obrigações legais que os pais devem ter com sua prole. Logo após, encerra-se o capítulo com os direitos assegurados pelo legislador, como proteção aos interesses do menor para assistir seu desenvolvimento moral e intelectual.

Em seguida, no terceiro capítulo a pesquisa estará centralizada na afetividade da relação parental, nos princípios basilares doutrinários que norteiam a relação ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes da entidade familiar. Finaliza-se o capítulo com a verificação da importância do afeto familiar na formação e influência no desenvolvimento da criança, além de se tecer um exame sobre a convivência familiar e os instrumentos utilizados pela legislação para dar continuidade desta convivência em caso de separação, divórcio e dissolução da união estável, como forma de não causar trauma nos filhos menores.

O quarto capítulo examinará a responsabilidade civil no direito de família, trazendo a definição do poder familiar, a descrição dos pressupostos necessários para legitimar a possível reparação cível, além de traçar qual o papel da responsabilidade civil para o direito de família.

O último capítulo trará o conceito de abandono afetivo e discutirá a possibilidade ou não de indenização pelo abandono afetivo; além de apresentar as penalidades previstas na legislação vigente. Ademais, acrescentará à análise as divergências jurisprudenciais nos diferentes tribunais da federação, finalizando com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal frente ao tema.

O objetivo do trabalho científico será analisar a possibilidade de aplicação de sanção civil pecuniária nas relações parentais pelo abandono afetivo da criança e

adolescente, bem como analisar as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

O método científico utilizado será o dedutivo, pois se almeja perquirir a importância do afeto e do convívio familiar na formação do indivíduo, de modo a analisar a viabilidade de adotar as regras da responsabilidade para imputar aos progenitores indenização, visando reparar aos filhos a ofensa decorrente do abandono afetivo, visto que tal obrigação (amor, carinho e afeto) não é imposta pelo legislador como dever e, por conseguinte, não gera infração das obrigações paternas. Com procedimento instrumental, por fim, será empregada a pesquisa em material bibliográfico.

A criança até o início do século XX, no Brasil, recebia cuidados apenas nos primeiros anos de vida, depois era vista como pequenos adultos, sendo tratada como objeto. A partir da Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, passaram de objetos a seres sujeitos de direitos. Atualmente crianças e adolescentes têm o direito de crescer em um ambiente saudável, favorável ao seu desenvolvimento, preferencialmente, no convívio familiar; por outro lado, os pais possuem deveres para garantir este desenvolvimento da criança e jovem.

Esta evolução histórica que proporcionou os direitos das crianças e adolescentes e deveres dos pais, juntamente com a nova estrutura da entidade familiar, culminou na discussão da possível aplicação de danos morais frente ao abandono afetivo.

As discussões doutrinárias, os diferentes casos julgados nos tribunais e a falta de normatização e jurisprudência pacífica com relação à possibilidade de indenização pelo abandono afetivo na relação parental aguçou o interesse pelo estudo do tema proposto para o projeto de pesquisa. Diante das informações expostas acima, a escolha do presente tema surgiu do conhecimento da possibilidade de um filho interpor uma ação contra seu pai (ou mãe) para cobrar atenção, amor, carinho e cuidados que deveriam ser atendidos de maneira natural e espontânea.

2. FAMÍLIA

2.1 Breve Evolução Histórica da Entidade Familiar no Brasil

Ao buscar um conceito de família é intuitivo pensar em casamento. Essa forma de se conceituar a entidade familiar é fruto do passado, e, ao mesmo tempo, de uma geração presente em nossos dias na figura de nossos avós e pais. O casamento servia apenas, segundo os dogmas da igreja, para a formação de uma entidade familiar com a fim de procriação.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 17), a família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo sanguíneo e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção.

Segundo Venosa (2008, p.2):

Família em um conceito amplo, como parentesco, ou seja, conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge que não é considerado parente. Em conceito restrito, família compreende apenas o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar.

O matrimônio, antes da Constituição Federal de 1988, era uma imposição da igreja, visto que para o cristianismo, a única relação aceitável entre um homem e uma mulher era através do casamento. O pai exercia um papel de supremacia frente à mulher, mera coadjuvante e restrita as prendas domésticas.

O Código Civil de 1916 apenas disciplinava as relações unidas pelo casamento e somente reconhecia os filhos advindos nessa união. Nesse código, a família fundada no casamento tinha molde patriarcal, na hierarquia, em que se demarcavam funções para o homem e para a mulher. O pai detinha todo o poder de administração da família.

Este código restringia as relações sem vínculo do matrimônio então chamadas de concubinato, proibindo, doações ou benefícios em testamento do homem casado

para a concubina, sendo os filhos dessa convivência classificados como ilegítimos, não tendo sua filiação assegurada pela lei.

Apenas os filhos naturais, os nascidos de homem e mulher entre os quais não havia impedimento matrimonial, podiam ser reconhecidos, porém, não seriam considerados legítimos, visto que estes seriam apenas aqueles nascidos após o casamento dos pais. Esta norma infraconstitucional proibia, expressamente, o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos.

Diante das Constituições que já estiveram em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, é possível observar a evolução constitucional que beneficiou a entidade familiar e que atualmente agregou direitos antes inimagináveis.

A Constituição de 1824 nada mencionava sobre as relações familiares. Já a de 1891, em seu artigo 72, § 4º, introduziu uma breve colocação na qual expressa que “a república só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. Com a constituição de 1934, destinou à família um capítulo inteiro, direcionando à entidade familiar a proteção do Estado, isso se manteve até a constituição atual com importantes alterações para o Direito de Família.

As modificações da estrutura familiar tiveram força no início da revolução industrial devido à necessidade de a mulher lutar por novos objetivos e inserir-se no mercado de trabalho. Aos poucos, a família deixou de ser patriarcal em virtude do acelerado desenvolvimento urbano ao longo do século XX e a emancipação da mulher que lutou por novos espaços nas atividades econômicas do mercado de trabalho.

Nova concepção de formação familiar foi criada acompanhando o desenvolvimento urbano, social e econômico que deu espaço a novas manifestações plurais de comportamento, princípios e costumes, e, como consequência, obrigou o ordenamento jurídico a adequar suas normas para assegurar direitos e deveres às novas relações familiares, fruto das mudanças sociais.

Em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, a família recebe especial proteção do Estado assegurado no art. 226: “A família, base da sociedade, tem

especial proteção do Estado”. A Carta Magna reconhece como entidade familiar não apenas as relações advindas do casamento, como também a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, alargando o conceito de família que até então era restrito.

Segundo Maria Berenice Dias (2008, p.34), foi a jurisprudência que abriu caminho para a Constituição albergar as uniões extramatrimoniais sob o nome de união estável, ensejando a constitucionalização do conceito de entidade familiar, sem que esta estivesse necessariamente condicionada a tríade; casamento, sexo e reprodução.

Desta forma, surgem configurações familiares que vão além do vínculo sanguíneo e biológico. Agora o que identifica a família, não é a celebração do casamento, nem a diferença de sexo do casal. O elemento que constitui uma família é o laço de afetividade entre as pessoas, gerando comprometimento, solidariedade e objetivos comuns.

Hoje são comuns famílias formadas de casamentos sucessivos com parceiros distintos e filhos de diferentes uniões; casais homossexuais adotando filhos legalmente; casais sem filhos; além das chamadas “produções independentes” tornarem-se mais frequentes; e mais ultimamente, mães solteiras, divorciadas ou separadas assumem toda a responsabilidade de um lar junto a seus filhos.

A doutrina denominou e conceituou algumas dessas formações de entidade familiar. Maria Berenice Dias (2008, p. 42) classifica a família em matrimonial, informal, homoafetiva, monoparental, anaparental e pluriparental. A família matrimonial são as famílias constituídas pelo vínculo do casamento; a família informal é formada por relações extramatrimoniais como a união estável; as homoafetivas são as famílias formadas por pessoas do mesmo sexo; monoparental é a formada por qualquer dos pais e seus descendentes; as famílias anaparentais são formadas entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma mesma estruturação de convivência sob o mesmo teto; pluriparentais são as famílias resultantes da pluralidade das relações fomentadas pelas separações e divórcios.

Diante de tantas transformações do núcleo familiar, ao longo do século XX, foi surgindo uma sequência de normas que alteraram, gradativamente, o direito da família brasileira, em princípio com o advento da Constituição de 1988 que ampliou o conceito de família e redimensionou a ideia de filiação, proibindo qualquer tipo de discriminação, com igualdade de direitos entre os filhos, havidos ou não da relação do casamento. Posteriormente, a revogação do código civil de 1916 e a promulgação do novo código de 2002 asseguraram novos direitos para que a família, base da sociedade, desfrute da especial proteção do Estado.

2.2 Deveres dos Pais perante os Filhos

Sabe-se que o Direito de Família é um ramo do direito civil que disciplina a organização familiar e suas relações: pessoais, voltadas para a filiação, adoção e relações de parentesco; patrimoniais, que cuidam do casamento, regime de bens, dissolução, separação e divórcio; e, por fim, as relações assistenciais, voltadas para a tutela e curatela, alimentos, etc.

Diante das relações entre pais e filhos, nosso objeto de estudo, a Constituição Federal de 1988 impõe aos pais, em seu art. 227, o dever de assegurar às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, direitos fundamentais como a vida, a educação, a saúde, a alimentação, a cultura, o lazer, o respeito, a convivência familiar e comunitária, além do dever de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Neste compasso, segue abordando a questão da proteção à criança e jovem, o código civil de 2002 em seu capítulo V, intitulado, Poder Familiar; além do Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 4º que impõe deveres aos pais perante os filhos menores em decorrência da condição peculiar da criança e adolescente como pessoas em desenvolvimento.

O ordenamento jurídico impõe aos filhos menores a sujeição ao poder familiar (art. 1.630, cc). No exercício desse poder compete aos pais, quanto aos filhos menores, o dever de criação e educação; o dever de tê-los em sua companhia e guarda; o dever de conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem, por exemplo, dentre outros deveres elencados no art. 1.634, cc. Quanto aos bens dos

filhos menores, os pais, no exercício do poder familiar, são usufrutuários e têm a administração dos bens sob sua autoridade.

Nesse diapasão, para Maria Berenice Dias (2008, p. 378), o poder familiar decorre tanto da paternidade natural, como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.396), poder familiar é o conjunto de direitos e deveres aos pais, no tocante a pessoa e aos bens dos filhos menores.

Já para Maria Helena Diniz (2012, p.601), o poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhe impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

As atribuições direcionadas aos pais como obrigações impostas pelas normas constitucionais e infraconstitucionais são exercidas através do Pátrio Poder, isto é, Poder Familiar, como uma responsabilidade irrenunciável dos pais e garantia de proteção integral dos menores para prevenir transtornos quanto à formação da personalidade dos filhos.

O poder familiar independe de vínculo entre os pais, ambos os genitores exercem em conjunto este poder. O aludido instituto constitui um *múnus público*, pois o estado fixa as normas para o seu exercício e este depende da filiação para existir e não do vínculo do casamento ou união estável.

A separação judicial, o divórcio ou a dissolução da união estável não altera o poder familiar, exceto a guarda que representa uma parcela desse poder que ficará com um dos pais. Caso haja divergência entre os pais quanto ao exercício deste poder, poderá ser resolvido por via judicial.

Dentre os dispositivos do Código civil de 2002, destaca-se:

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.

O filho havido fora do casamento ficará sob o poder familiar exclusivo de sua genitora; mas caso o pai o tenha reconhecido, este também exercerá o poder familiar e a guarda caberá aquele que possuir maiores condições de exercê-la.

Expressa o Código Civil de 2002:

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.

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

O dever de cuidado aos menores, em primeiro lugar, cabe à família, em seguida à sociedade e por fim caberá ao Estado. O poder familiar deve ser exercido com base no interesse do menor, princípio presente no Estatuto da Criança e do Adolescente, que representa uma mudança na maneira de olhar para criança, um vez que esta passa de objeto para sujeito de direito, ou seja, pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ela participa.

Contudo, os pais, independentemente do vínculo matrimonial ou união estável, possuem o dever de cuidado dos filhos menores através do exercício do poder familiar instituto que constitui *múnus público*, pois o estado fixa normas garantidoras da proteção de princípios fundamentais para proporcionar às crianças e adolescentes direitos que assegurem um desenvolvimento sadio.

A falta de compromisso dos genitores frente ao exercício do poder familiar ou o abuso de autoridade acarretam sanções impostas aos pais que vão desde a suspensão até a extinção do pátrio poder.

2.3 Proteção do Interesse do Menor

Na antiguidade não havia nenhum reconhecimento referente ao direito da criança, o pai, possuía o poder absoluto sob seus filhos, quase que ilimitado

denominado *pater familiae*. Já na Idade Média e fim do renascimento surge uma nova ideia de criança, trazendo consigo uma nova forma de distinguir o mundo da criança do mundo dos adultos, tendo em vista que as crianças eram tratadas e encaradas como pequenos adultos.

Nos séculos XVI e XVII, começa a despertar o sentimento da infância e o olhar particular da criança distinto do olhar dos adultos. Com a Revolução Industrial no século XIX, a criança passa a ser escravizada em usinas, estando sob condições desumanas, conseqüentemente, nasce uma consciência de reconhecimento de direitos para o jovem. Por fim no século XX, nasce um cenário diverso de tudo que essas pequenas criaturas sofreram sem nenhum direito que os assegurassem, ou seja, a criança se torna sujeito de direitos e deixa de ser mero objeto, sendo que, em 1990 entra em vigor a lei nº 8.069/1990 que dispõe sobre o Estatuto da criança e adolescente.

No Brasil em 1830 com o advento do código criminal havia a precisão de assistência do Estado, perante as crianças e adolescentes em conflito com a lei, em Casa de Correção, porém, o Estado apresentou um descaso, já que havia poucas casas de correção para assisti-los; desta forma, o Estado, para fazer valer a lei, jogava-os na mesma prisão que os adultos em deploráveis condições.

Em 1926 se determinou a elaboração de uma legislação para menores, assim entrou em vigor o Código de Mello Mattos, considerado o primeiro código de menores da América Latina, representando um olhar significativo perante crianças e adolescentes com a preocupação do seu estado físico, mental e moral.

Este código foi revogado pelo Código de Menores, que nada mais era do que um código penal para menores enquadrados em situação de marginalidade e delinquência, isto é, em situação irregular. O Código de Menores tratava de sanções de caráter punitivo ao invés de ter o caráter assistencial ou protetivo.

Antes da Constituição Federal de 1988, toda disciplina legal relativa à criança e adolescente se encontrava no código de menores, aplicável apenas àqueles que estivessem em situação de patologia social ampla.

Após a Carta Magna em seu art. 227 e parágrafos, instaurou-se uma nova era dos direitos da criança e adolescentes. Desta forma, mudou-se a ótica de como devem ser vistas as crianças e adolescentes. Estas que eram vistas como simples objetos, hoje são reconhecidas como sujeito de direitos civis, com direitos

fundamentais garantidos desde o ventre de sua genitora, seguindo com seu nascimento com vida.

Destaca o art. 227 da Constituição Federal de 1988:

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

O Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8.069/1990) regulamenta o art. 227 da Constituição de 1988. Esta lei instituiu princípios fundamentais às crianças e adolescentes, como os princípios da absoluta prioridade, da proteção integral e do melhor interesse. O Estatuto, diferente do Código de Menores, que abrangia apenas crianças e adolescente em situação irregular, abrange todas as crianças e adolescentes sem qualquer tipo de diferenciação.

Dispõe o art. 1º da lei nº 8.069/1990: “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.”

O artigo de lei fala da proteção integral à criança e adolescentes que se configura em uma proteção ampla que vai além do plano material. O que significa que na interpretação e aplicação de qualquer norma que diga respeito à criança e adolescente deve-se existir uma proteção prioritária.

O dever do Estado quanto à proteção da família está voltado à orientação, apoio e promoção social da família natural junto à qual a criança e adolescente devem permanecer, salvo indisponibilidade absoluta, segundo escritos do § 1º, art. 1º da lei nº 12.010/2009, que trata da adoção.

Além da proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura a esses todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurados por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes assistir o desenvolvimento físico, mental, espiritual e condições de liberdade e dignidade.

Impõe o Estatuto, o dever da família, da comunidade e sociedade em geral e do Poder Público de assegurar para estas pessoas, em fase de desenvolvimento, direitos com absoluta prioridade, como direito à vida, à saúde, à alimentação, à

educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Outro direito de grande importância presente no Estatuto é o direito que a criança e adolescente possuem de serem criados em um ambiente familiar, isto é, no seio de sua família e, excepcionalmente, ou seja, caso não haja qualquer possibilidade da criança ou adolescente viver com seus pais ou parente, estes serão encaminhados a famílias substitutas, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Assim a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente consagram os princípios e direitos inerentes à criança e adolescentes e visa à proteção especial em face do seu estágio peculiar de desenvolvimento, isto é, no processo de formação de seu caráter, personalidade e intelectualidade. Hoje considerados sujeitos de direitos com prerrogativas essenciais de proteção.

3. AFETIVIDADE NA RELAÇÃO PARENTAL

A família é um núcleo essencial para a vida de qualquer ser humano. O seio familiar é o ambiente adequado para um desenvolvimento saudável, visto que é na família que se formam as primeiras relações humanas, os vínculos de afeto, os padrões de comportamento, ou seja, o início da formação de um ser é visto na família.

Como visto, anteriormente, a entidade familiar sofreu grandes transformações ao longo da história até a atual constituição. O desenvolvimento da sociedade com a Revolução Industrial traçou um novo papel da mulher, antes limitada apenas às prendas domésticas, que passa então a adentrar no mercado de trabalho e, como consequência, a entidade familiar sofre transformações em sua estrutura.

Ressalta com prioridade Maria Berenice Dias que a constitucionalização das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – também ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Mudou significativamente o conceito de família, afastando injustificáveis diferenciações e discriminações, que não mais combinavam com uma sociedade que se quer democrática, moderna e livre. O alargamento conceitual das relações interpessoais acabou deixando reflexos na própria formação da família, que não possui mais um significado singular.

A família formada pelo sentimento de afeição, ou seja, a família socioafetiva encontra sua fundamentação nos laços afetivos constituídos pelo cotidiano, pelo relacionamento de carinho, companheirismo, dedicação, doação entre pais e filhos. Está cada vez mais fortalecida tanto na sociedade como no mundo jurídico, ponderando a distinção entre pai e genitor, no direito ao reconhecimento da filiação, inclusive no direito registral, tendo-se por pai aquele que desempenha o papel protetor, educador e emocional.

Os laços de afeto independem do vínculo biológico, antes disso, são impostos pela própria vontade de amar, de exercer efetivamente sua condição paternal. Deve-se cumprir a mesma condição do estado de filho biológico, pois não se pode provar a filiação afetiva através de um exame, contudo, é possível evidenciar-se através do dia a dia, construído à base de carinho, amor, como também pela forma com que se trata o filho, além da publicidade dispensada a essa condição diante da sociedade,

do chamar de filho e o aceitar do chamar de pai, caracterizando-se o estado de posse de filho.

Sobre o assunto descreve Maria Berenice Dias (2008, p.68):

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir mais do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família.

O afeto como elemento caracterizador da formação familiar vai além do vínculo biológico e da família patriarcal. A afetividade promove um desenvolvimento saudável e de grande importância para a formação da personalidade da criança e do adolescente. O princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade, fruto daquele primeiro, pressupõem todas as condições para uma vida saudável e feliz.

3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Princípio da Afetividade

A dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional previsto no art. 1º, III; sendo o princípio mais importante por proteger os direitos fundamentais do indivíduo.

Segundo Maria Berenice Dias (2008, p.60), “o princípio da dignidade da pessoa humana, significa, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado as várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família [...]”

Este princípio constitui o máximo do Estado Democrático de Direito, abrange uma diversidade de valores existentes numa sociedade, assim como, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa contra qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante; e garantem valores de existência mínima para uma saudável qualidade de vida.

No Direito de Família, este princípio assegura os direitos e deveres para que os membros da entidade familiar, em especial, os filhos possam ter assegurada a convivência familiar com o mínimo de valores e que garanta um desenvolvimento psíquico e físico de qualidade.

Discorre Maria Berenice Dias (2008,p.60):

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.

Este princípio constitui a base da entidade familiar, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente a criança e adolescente. O abandono dos pais ofende a dignidade humana dos filhos, que têm o direito ao convívio em ambiente familiar saudável enquanto cabe a seus responsáveis a obrigação de proporcionar tal direito.

Outro princípio de fundamental importância que surge para o direito de família pela influência do princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio da afetividade. O afeto vem tendo posição de destaque no direito de família perante os vínculos existentes nas relações familiares. Apesar da falta de previsão expressa na legislação, alguns artigos de lei e da própria Constituição Federal de 1988 levam o entendimento do afeto no âmbito de sua proteção para o direito de família.

Seguindo nesta ideia, Paulo Lôbo aponta alguns artigos expressos na Constituição Federal de 1988 que influenciam no surgimento do princípio:

Encontra-se na Constituição Federal brasileira três fundamentos essenciais do princípio da afetividade:

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

Assim, apesar de não existir previsão expressa sobre tal princípio, o art. 227 da nossa constituição deixa claro, como dever da família, que a convivência familiar é um direito fundamental de toda criança e adolescente, garantido também pelo Estatuto da Criança e Adolescente em seu art. 19. Significando isso que toda criança e adolescente têm o direito a ser criado e educado por sua família e, na sua falta, por uma família substituta em um ambiente saudável para seu desenvolvimento.

Diante desde princípio, a atenção foi direcionada para o tratamento de igualdade entre irmãos biológicos e adotivos, como também, entre irmãos de vínculo matrimonial e de relações extraconjugais, isto é, para o ordenamento não existem diferenças entre eles; e os direitos legais são por todos alcançados. Acrescenta Maria Berenice Dias (2008, p.67) ser um salto a frente da pessoa humana nas relações familiares.

A família de hoje busca novos ideais e princípios voltados para as relações de sentimento e afetividade, de modo que a ligação entre as pessoas está menos sujeita a regras e tabus e mais voltada para o desejo de busca pela felicidade e amor entre os membros da família. Desta forma, a família transformou-se com diferentes estruturas de formação bem distante daquela rotulada e restrita entre pai, mãe e filhos advindos do casamento.

O novo olhar para essa nova família valorizou o vínculo de afeto e amor. Diante desta evolução, o direito de família instituiu uma nova ordem jurídica, apesar de existir muito a ser alcançado em termos de legislação no direito de família, e a jurisprudência, uma visão mais contemporânea para acompanhar tal evolução. Para Maria Berenice Dias, é o princípio norteador do direito de família.

3.2 A Importância da Convivência Familiar

A palavra convivência deriva de conviver que, segundo o dicionário Aurélio, significa ter convivência ou relacionar-se com alguém, isto é, ação de estar e de viver junto à(s) outra(s) pessoa(s). A Carta Magna, ao regulamentar em seu art. 227 este princípio, ressalta a importância de viver em família e o papel fundamental que esta exerce no desenvolvimento da formação do ciclo de socialização daqueles que não atingiram a fase adulta.

Segundo o Estatuto da Criança e Adolescente, considera-se criança a pessoa até os doze anos de idade incompletos; e, adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

A separação, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram a relação de filiação entre pais e filhos, assim como, ao contrair novas núpcias ou estabelecerem nova união estável, não haverá a perda quanto aos filhos da relação anterior, do direito e exercício do poder familiar, termos estes, assegurados pelo novo código civil de 2002, arts 1.632 e 1.636.

O grande problema na questão da convivência familiar está quando ocorre uma das hipóteses acima mencionadas, isto é, com o rompimento da relação dos pais, os filhos se sentem ameaçados e inseguros, diante da decisão de quem ficará com sua guarda, além da mudança da rotina diária. Desta forma, os pais, diante da situação de separação ou divórcio, devem fazer o possível para o bem estar de seus filhos durante esse processo tão doloroso e priorizar as necessidades físicas e psíquicas destes.

Nessas situações os direitos e deveres perante aos filhos menores mantêm-se inalterados, pois o que se deve atender é o interesse daquele que está em situação peculiar de desenvolvimento. O pai ou a mãe que não possui a guarda do filho menor poderá visitá-lo e tê-lo em sua companhia, fixado de maneira consensual ou judicialmente. Quanto à alimentação, sabe-se ser dever dos pais cumprir com esta obrigação para atender as necessidades básicas de sua prole.

O direito de visita é garantido pela Constituição para dar continuidade à convivência familiar e para assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana após a separação, divórcio ou dissolução da união estável para aquele que não ficou com a guarda do filho menor.

Havia, porém, uma discussão doutrinária e na jurisprudência se o direito de visita alcançava aos avós, já que existia a previsão legal (art. 1.696, CC) de pleitear a eles o dever de alimentar seus netos quando os pais não têm condições de atender tal obrigação. Sendo assim, por que não estender o direito de visita aos avós, levando em conta a solidariedade que deve permear as relações entre os ascendentes e descendentes?

As discussões tiveram fim a partir da lei 12.398/2011, que acrescentou o parágrafo único ao art. 1.589 do Código Civil de 2002, consagrando o alcance deste

direito aos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. Esta lei também acrescentou o inciso VII, ao art. 888 do Código de Processo Civil.

Quanto ao direito de visita do genitor não guardião do filho menor dispõe sobre o assunto o art. 1.589 do código Civil de 2002:

O pai ou a mãe, em cuja a guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

A separação dos pais poderá acarretar inúmeras consequências negativas para a criança ou adolescente, fazendo com que ocorra o fenômeno denominado Síndrome da Alienação Parental. Esta síndrome poderá acontecer, quando do término da relação conjugal, o casal, alimentar sentimentos de vingança, ressentimentos e represálias sendo o filho menor usado como objeto, afastando-o do genitor não guardião ocasionando dor e sofrimento injustificados.

Para Maria Berenice Dias, geralmente, a mãe, que em regra é a guardiã do filho, faz uma campanha de desmoralização do genitor para a criança. Esta serve de joguete para a vingança da mãe contra o pai ao perceber que ele quer continuar a cultivar no filho uma convivência saudável independentemente do rompimento da relação conjugal.

Inexiste, na maioria das vezes, maturidade entre os adultos no momento da separação, em saber separar a relação do casal que não dá mais certo da relação de ambos com o filho. O ideal seria respeitar acima de tudo o interesse da criança e buscar dividir as responsabilidades frente à criança de maneira equilibrada.

Sobre a síndrome da alienação parental, para Maria Berenice Dias (2010), um dos cônjuges não consegue aceitar o fim da relação e o sentimento de rejeição ou de traição, fazendo surgir um sentimento de ódio e vingança. A criança acaba sendo o objeto a ser induzido a odiar o outro genitor. Para a autora, trata-se de uma disputa de poder que acaba afastando duas pessoas que se amam, o filho e um de seus genitores.

Essa síndrome fere o direito da criança de ser criado e educado no seio familiar, sendo o direito de visita uma garantia da continuidade do convívio familiar. Porém, este direito de visita não é absoluto, pois deve ser modificado sempre que as

circunstâncias justificarem ou quando causar prejuízos para a criança e adolescente, como, por exemplo, se um genitor for dependente químico. Assim, pelo fato de o direito de visita não ser definitivo, a permanência desse dependerá da conduta do genitor.

Na tentativa de inibir e punir esse comportamento dos genitores e, acima de tudo, proteger a criança e adolescente desses atos de agressividade dos seus genitores, entrou em vigor no Brasil uma lei de número 12.318/2010 que dispõe sobre a alienação parental.

Caracteriza a alienação parental, segundo a lei acima citada, a interferência psicológica da criança e adolescente, quando induzidos por um de seus genitores, pelos avós ou pelos que os tenham em sua autoridade, guarda e vigilância, a repudiar o genitor ou causar prejuízos no vínculo familiar.

Não existe dúvida da importância que tem para a criança e adolescente o crescimento em um ambiente familiar afetuoso, saudável e responsável, tanto que o ordenamento jurídico através de leis protege este convívio familiar saudável e estipula sanções que vão desde a advertência ao alienador até a suspensão da autoridade parental, presentes na lei citada acima.

De grande importância para garantir a convivência familiar é a guarda compartilhada regulada pela lei nº 11.698/2008, na qual os pais podem exercer conjuntamente a guarda dos filhos, ou seja, a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres dos pais que não vivem juntos, quanto ao poder familiar dos filhos comuns.

Antes era comum a guarda unilateral, sempre com a mãe, hoje o pai quer participar da vida do filho, saber o que passa na escola, praticar e incentivar no esporte, passear, etc. A guarda compartilhada é um vínculo mais adequada para a formação e educação dos filhos, entre os genitores e a prole após a separação daqueles; tendo os pais responsabilidades compartilhadas na busca de um crescimento saudável de seus rebentos.

Nesse sentido, discorre Maria Berenice Dias (2010) que a guarda compartilhada é um avanço para o direito das famílias porque favorece, com menos traumas, o crescimento da criança, alargando o convívio dos filhos com seus genitores e retirando da guarda a ideia de posse.

A convivência familiar é um direito de toda criança e adolescente garantido pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 227 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei Civil como um exercício do poder familiar, isto é, como um dever dos pais de exercer uma paternidade responsável.

A garantia de convivência seria uma garantia do cidadão, já que a família é o primeiro elo da criança com o mundo externo. Nesse sentido, a família é a primeira responsável pela formação física, mental, moral, espiritual e social do indivíduo, cidadão.

Esta convivência decorre do direito a uma formação enquanto ser humano, pautada no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da afetividade, que consiste em garantir um direito inato do ser humano de ter assegurados os direitos mínimos para uma criação saudável com foco na importância da família no processo de formação dos homens em sociedade.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

4.1 Definição de Responsabilidade Civil

A palavra responsabilidade tem origem do verbo latino “respondere” que significa a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade.

Segundo Venosa (2008), toda atividade que venha acarretar prejuízo para outrem será passível de reparação, isto é, gera a responsabilidade ou o dever de indenizar.

Já para Maria Helena Diniz (2011, p.50), o conceito deste instituto é a seguinte:

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

O termo responsabilidade pode ser utilizado em qualquer situação na qual pessoa natural ou jurídica deva arcar com os danos que causou por algum ato, fato ou negócio danoso a outrem.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2009), a reparação significa um meio indireto de devolver o equilíbrio às relações privadas, obrigando ao responsável, causador do dano, dispor de seu patrimônio para satisfação dos direitos do prejudicado.

O novo Código Civil de 2002, em seu Título IX, trata da responsabilidade civil e o capítulo I do referido código trata da obrigação de indenizar, expressa em seu art. 927 em que aquele, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. É o dever jurídico atribuído ao causador do dano de reparar a lesão suportada por terceiro.

Sendo assim, o ato ilícito que gere um dano a outrem tem como resultado a obrigação da reparação do dano causado. O ato ilícito decorre da culpa, isto é, da reprovabilidade da conduta do agente. Esta reprovação ocorre, quando diante do

caso concreto, for possível observar que a conduta do agente poderia ou deveria ocorrer de maneira diferente.

Sobre o assunto entende Maria Helena Diniz (2011, p. 57) que o ato ilícito:

O ato ilícito é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão. Para que se configure o ilícito será imprescindível um dano oriundo de atividade culposa.

O ato ilícito é definido pelo art. 186 do código civil como a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que viola direito e causa dano a outrem; ainda que o dano seja exclusivamente moral, comete-se ato ilícito.

A função deste instituto é garantir o direito do lesado à segurança e servir como sanção civil de natureza compensatória. Para caracterizar a sua existência, alguns pressupostos devem ser observados como elementos caracterizadores da responsabilidade civil, como a existência de uma ação; ocorrência de um dano (moral e/ou patrimonial) e o nexo de causalidade entre a ação e o dano. O dever violado deve ser o ponto de partida, não importando se existe ou não uma relação contratual.

A responsabilidade civil poderá ser contratual, que consiste na inexecução obrigacional advinda de um contrato, como o descumprimento de uma cláusula contratual ou extracontratual, significando o inadimplemento de uma norma jurídica, ou seja, aquele que violou uma norma legal por atuar com dolo ou culpa e causou prejuízo a alguém.

No direito de família, a responsabilidade é voltada aos pais frente seus filhos menores, ou seja, os pais responderão pela reparação civil decorrentes de atos ilícitos praticados pelos filhos menores que estejam em seu poder ou em sua companhia. Esta responsabilidade tem como base o poder familiar, ou seja, o dever existente dos pais sobre seus filhos.

O art. 932, inciso I do Código Civil de 2002 dispõe sobre a responsabilidade civil dos pais sobre seus filhos menores; além de determinar que sejam

responsáveis civilmente os pais pelos seus filhos menores que estiverem sob sua autoridade e companhia. Foi uma mudança significativa este artigo de lei, já que no Código Civil de 1916, a responsabilidade dos pais aos filhos menores era somente daqueles que detinham o poder e companhia. Antes, apenas aquele pai que tinha o contato direto com o filho poderia ser chamado à responsabilidade. Assim, caso o genitor não tivesse a guarda do filho, e este cometesse um conduta que resultaria em dano, somente a mãe seria chamada a responder, ficando o pai de fora.

A mudança trazida pelo Código Civil de 2002 sobre a responsabilidade dos pais perante os filhos menores teve grande valia diante das estruturas familiares contemporâneas, para trazer à responsabilidade tanto o pai quanto a mãe, mesmo estando estes separados ou divorciados, desde que possuam autoridade perante o filho.

Todavia é necessário analisar cada caso, pois o genitor possuidor da guarda exclusiva, por motivo de separação, divórcio ou regulação da guarda, responderá sozinho pelos atos praticados pelo menor. Porém, tratando-se de guarda compartilhada ambos os pais são chamados a responder.

Contudo, como nada no direito é absoluto; na análise de cada caso concreto, faz-se necessário imputar a alguém a responsabilidade frente ao menor de idade. Por exemplo, no caso de um genitor que mesmo tendo a guarda exclusiva de seu filho, este venha a cometer algum comportamento que gere um dano na presença do outro genitor, não guardião, este último é quem irá ser o responsável.

Atualmente, a importância da análise de cada caso concreto é salutar, visto que as crianças passam grande parte do seu dia sob a vigilância de outras pessoas em escolas, reforços, práticas esportivas, clubes, dentre outras atividades; e muitas vezes estão fora da vigilância daquele que tem o dever de cuidado e guarda, desta forma, na prática de um fato gerador de reparação, é preciso analisar cada caso, o momento do dano e de quem era o efetivo dever de vigilância naquele momento.

Em regra, os pais são sempre os responsáveis pelos atos praticados pelos seus filhos menores de qualquer idade, salvo se os pais perante tal responsabilidade provar que houve caso fortuito ou força maior.

A responsabilidade dos pais não pode ser afastada porque o filho ainda não possui capacidade de discernimento. O instituto responsabilidade civil deixa claro o quão rigorosos e cuidadosos devem ser os pais com seus filhos, visto que qualquer tipo de ação que um menor de idade pratique e tenha como consequência um dano frente ao outro, gera a obrigação civil de reparação; de modo que, como a criança ou o adolescente não possui ainda o desenvolvimento intelectual e raramente possui patrimônio para arcar com a indenização, caberá aos pais responder pelos seus atos.

Não importa se os pais são negligentes na educação e vigilância de seus filhos, uma vez que aqueles incorrem em culpa *in vigilando*, que consiste na falta de uma atenção especial dos pais ante os filhos menores. Na vigência do antigo Código Civil de 1916, os pais escapavam desta responsabilidade se comprovassem a ausência de culpa, isto é, caso demonstrassem que sua conduta era incensurável quanto à educação e vigilância dos filhos menores. Assim, comprovado pelos pais que não haviam faltado com o seu dever de vigilância, não tinham que ressarcir os prejuízos causados pela conduta ilícita de seus filhos menores.

O Código Civil vigente introduz aos pais a responsabilidade objetiva, isto é, a responsabilidade civil atribui a alguém que não causou diretamente o dano, mas sim por terceiro com quem mantém algum tipo relação jurídica. Nessa responsabilidade indireta, o elemento culpa não é desprezado, e sim presumido, em função do dever de vigilância em que está obrigado o réu.

O art. 933 destaca esta responsabilidade objetiva dos pais ao afirmar que mesmo sem culpa da parte destes, responderão pelos atos praticados pelas pessoas sob sua autoridade e companhia, não tendo direito à ação regressiva, do que houver pago ao lesado, em razão do princípio da solidariedade familiar.

4.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil já era conhecida deste o Código Civil de 1916, a qual tinha seu sistema consolidado em relação à ideia da culpa, ou seja, o pressuposto essencial era a teoria da culpa. Com as evoluções ocorridas no século XX, o legislador sentiu a necessidade de fazer modificações neste instituto e acrescentou

a ideia da teoria objetiva da responsabilidade civil. Assim conteve a teoria subjetiva como regra, porém recepcionou a teoria objetiva como exceção.

Segundo as palavras de Maria Helena Diniz (2011), a caracterização dos pressupostos para configurar a responsabilidade civil é bastante difícil, ante a imprecisão doutrinária a respeito. Ante tais considerações, os pressupostos necessários para a sua admissibilidade são o fato danoso, a culpa e o nexo de causalidade.

Para verificar a configuração do dever de indenizar decorrente do abandono afetivo, é preciso utilizar os pressupostos da responsabilidade civil, que deverão ser localizados na funcionalização das famílias, como responsáveis pela formação de seus membros.

4.2.1 Dano

A existência de um dano é necessária para configurar a responsabilidade civil.

O conceito de dano para Pablo Stolze Gagliano (2009, p.36), consiste na lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por omissão ou ação do sujeito infrator.

Para Sílvio de Salvo Venosa (2012, p.303), dano pode ser entendido como toda ofensa e diminuição de patrimônio. Porém, o dano que interessa a responsabilidade civil é o indenizável, que se traduz em perdas e prejuízos que diminuem o patrimônio.

O dano causado a outrem gera a obrigação de reparar o prejuízo, este poderá decorrer da agressão a direitos ou interesses personalíssimos (extrapatrimoniais), isto é, a violação dos direitos da personalidade, em especial, o dano moral.

Indenizar significa reparar integralmente o dano causado à vítima, restaurando ao *statu quo* ante, isto é, se possível devolver ao estado em que se encontrava antes da ação danosa. Todavia, como na maioria dos casos esta reparação é inviável, busca-se uma compensação monetária.

Todavia, para que o dano seja passível de reparação, alguns requisitos devem ser observados, segundo Pablo Stolze (2009), como a violação a um

interesse jurídico, seja patrimonial ou extrapatrimonial; a certeza do dano que significa que somente o dano certo, efetivo, poderá ser indenizável; e subsistência do dano, quer dizer, se o dano já foi reparado, perde-se o interesse da responsabilidade civil.

A doutrina classifica o dano em duas espécies: patrimonial e moral, sendo este último a espécie de dano que interessa ao estudo do tema desta monografia.

O dano patrimonial é aquele atinge somente o patrimônio do ofendido, já o dano moral é aquele que ofende o direito de caráter personalíssimo, isto é, os direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física, à integridade psíquica, à integridade moral.

Este direito de reparação ao dano moral causado está consagrado na Constituição Federal em seu art. 5º, incisos V e X:

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

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

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

Dano moral é o prejuízo que afeta o direito personalíssimo do indivíduo, afeta sua integridade psíquica, moral e intelectual, trata-se de um prejuízo imponderável; por esta razão há dificuldade de se estabelecer a justa recompensa pelo dano, segundo Silvio de Salvo Venosa (2012, p.46).

Ainda assevera o autor sobre o dano moral (2012, p.47):

Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso.

O dano que atinge o direito de família, precisamente, o fato dos pais praticarem a ação ou omissão de abandonar seus filhos afetivamente poderá

caracteriza um dano moral à personalidade do filho menor. Todo ser humano é dotado de personalidade e sentimento que se manifestam no primeiro momento de vida no seio da família, sendo esta a grande responsável pelo desenvolvimento e formação do caráter dessas pequenas criaturas humanas.

Diante da ausência imotivada do genitor, a criança sofrerá; os sentimentos de dor, de vazio, de se estar sozinho e perdido, sem direção no mundo gerarão traumas psíquicos. A criança e o adolescente têm o direito de crescer em um ambiente saudável na convivência do seio familiar, sendo, somente em casos excepcionais, retirados deste ambiente e colocados em família substituta (mediante guarda, tutela ou adoção, segundo o art. 28, Estatuto da Criança e do Adolescente), conforme o que garante tal estatuto, em seu art.19.

A prova do dano, diante do abandono afetivo, deverá ser feita por perícia técnica, determinada pelo juiz. Este dano por abandono afetivo somente configura-se diante dos filhos menores, por estarem em fase de desenvolvimento; a ruptura injustificada da convivência de um dos genitores fatalmente poderá gerar alguma interferência na formação de sua personalidade.

4.2.2 Culpa

Para que haja a obrigação de indenizar, não basta que o agente tenha causado dano a outrem, mas também que tenha agido com culpa, por ação ou omissão, negligência ou imprudência, como expressa o art. 186 do CC.

Esse é o segundo requisito a ser comprovado para configurar a responsabilidade civil e, por conseguinte, a indenização pelo abandono afetivo. Os pais com relação aos seus filhos menores respondem por culpa *in vigilando*, isto é, a que decorre da falta de vigilância, de fiscalização, em face da conduta de sua prole. Porém, o novo Código Civil de 2002 consagrou a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores, sob sua autoridade e companhia, como responsabilidade objetiva, ou seja, sem culpa.

Todavia, a imputabilidade do abandono afetivo baseia-se na responsabilidade civil em seu aspecto subjetivo, nesta cada um responde pela própria culpa, cabendo ao autor, o ônus da prova de tal culpa do réu. Desta forma, caberá ao autor da ação (filho menor) provar que o seu genitor não guardião negou-se a participar do

desenvolvimento de sua personalidade de forma negligente ou imprudente. A conduta omissiva do pai ou da mãe caracteriza infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção aos direitos básicos das crianças que lhes são impostos como decorrência do poder familiar, como, por exemplo, a convivência familiar.

4.2.3 Nexo de Causalidade

Esse é o último elemento que deve existir no caso concreto para que seja possível a configuração da responsabilidade civil.

O nexo de causalidade consiste em uma ligação que deverá existir entre a conduta ilícita do agente, isto é, o fato ilícito produzido por ele e o dano. Em suma, é o liame que liga a conduta do agente ao dano. Este deverá ser provado e ao agente da demanda caberá o ônus da prova.

Para Maria Helena Diniz (2011, p. 127), nexos de causalidade representa:

Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.

No caso do abandono afetivo, este nexos causal estará presente quando a conduta omissiva ou negligente do genitor causar um dano à integridade psíquica de seu filho menor. Assim a exigência da reparação indenizatória deverá vir acompanhada de um nexos causal capaz de vincular a conduta do pai com o dano ocasionado ao filho.

O resultado do abandono afetivo é comprovado através de uma perícia que deverá indicar a conduta omissiva, negligente ou imprudente do pai não guardião e os danos sofridos pelo filho abandonado.

Portanto, ante a descrição dos pressupostos fundamentais para configurar a responsabilidade civil no aspecto do abandono afetivo, instituto bastante divergente na doutrina pelo teor de subjetividade, caberá ao filho o ônus da prova do dano,

sendo ressarcido pelo seu genitor em consequência do abandono. Desta forma a comprovação da culpa, como a causa danosa ao sentido moral e psíquico do filho, devido à ausência do genitor é essencial para a existência do nexo causal e a possibilidade da demanda jurídica.

A responsabilidade civil no direito de família tem aspectos subjetivos e envolve análise das circunstâncias de cada caso concreto, pois as relações parentais não são idênticas, havendo características singulares e contornos intimamente ligados com o sentimento das mais variadas formas como a dor, amor, ódio, vingança, depressão; enfim, a responsabilidade civil no direito de família lida com seres humanos merecedores de dignidade.

5. O ABANDONO AFETIVO DO FILHO COMO ELEMENTO CARACTERIZADOR DA INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA

5.1 Conceito de Abandono Afetivo

O abandono afetivo consiste na violação do dever de assistência moral, afetiva e psíquica dos pais perante sua prole, ao deixar de exercitar o convívio familiar direito fundamental assegurado às crianças e adolescentes.

Segundo o promotor de justiça do estado da Amazonas João Gaspar Rodrigues:

O abandono afetivo parental é um claro reconhecimento de que a paternidade ou a maternidade não é apenas biológico, mais principalmente afetivo. Esse estado configura-se na indiferença e na ausência de assistência afetiva durante o desenvolvimento físico, psicológico e social do filho.

5.2 Possibilidade de Indenização pelo Abandono Afetivo

O tema da monografia é polêmico uma vez que não há posicionamento consolidado na jurisprudência. Na doutrina, os autores dividem-se entre aqueles que defendem esta possibilidade e os que são contra.

Os favoráveis defendem esta ideia de cabimento da indenização sob o abandono afetivo nas relações parentais, porque a ausência de afetividade pode gerar prejuízos danosos no desenvolvimento psíquico da criança ou adolescente e enseja na obrigação de reparação por via da responsabilidade civil. Já os que defendem a ideia contrária argumentam que a ação irá prejudicar qualquer tipo de aproximação futura entre pais e filhos, além de acrescentar que no direito família já há sanções aplicáveis aos pais que são negligentes com seus deveres frente aos seus filhos menores, ou seja, a extinção do poder familiar.

A questão do abandono afetivo é controverso na doutrina e permite uma discussão que deve ser analisada com muito estudo e cautela com o fim de buscar uma solução justa sobre o tema.

Atualmente existe um Projeto de Lei do Senador Marcelo Crivela de nº 700/2007 que se encontra em tramitação, e este tem o fim de modificar a lei nº 8.069/1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente para caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil e penal.

O projeto já tramitou na CDH (Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa) e na CCJ (Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania), ambas aprovaram o projeto de lei.

Na análise do projeto, o relator Senador Eduardo Lopes (p.4 anexo) descreve sobre a responsabilidade dos pais:

Nesse contexto, consideramos que a responsabilidade dos pais pelos filhos não se resume exclusivamente ao dever de alimentar. Há, ainda, o dever dos pais de possibilitar a seus filhos o desenvolvimento humano pleno, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, entendo que a proposta corrige uma lacuna em nosso ordenamento jurídico e, por essa razão, é merecedora de nosso apoio.

Autores renomados no ramo do direito de família, como Maria Berenice Dias, defendem esta possibilidade da criança ou adolescente que tem o seu direito constitucional de crescer na convivência do seio da família violado por atitude responsável dos pais, de ingressar no judiciário e pleitear ação de indenização pela omissão afetiva sofrida.

Porém os que defendem esta possibilidade acrescentam que é condição de admissibilidade existir nexos de causalidade entre a conduta do genitor e o resultado danoso causado na integridade psíquica do filho menor. Significa que, em cada caso concreto, a análise deve ser feita, visto que as relações familiares são subjetivas e plurais, pois no caso do pai ser impedido de visitar o filho devido às intrigas provocadas pela mãe, ou vice-versa, restará impossibilidade da configuração do nexos causal necessário para imposição da indenização.

Defende Maria Berenice Dias (2008, p.408 e 409) a indenização em função do abandono afetivo dos pais:

Comprovada a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo susceptível de ser indenizado.”

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.

A pena pecuniária aplicada como forma de indenização para a reparação do abandono afetivo, segundo os que a defendem, tem a finalidade não de coagir e provocar aproximação dos genitores com o filho e, sim proporcionar a reparação de um dano suportado pelo filho na formação da personalidade e identidade. Existe o fim pedagógico no sentido de conscientizar os autores do abandono afetivo da consequência do inadimplemento de seus deveres impostos pela legislação através do instituto poder familiar e inibir que outros padeçam do mesmo comportamento considerado grave e reprovável.

Atualmente a única sanção prevista legalmente para o abandono afetivo é a perda do poder familiar, vista pela corrente defensora, como uma premiação para o genitor irresponsável perante seu papel frente ao filho de assegurar, com absoluta prioridade, direitos fundamentais descritas no art. 227 da Carta Magna; uma vez que, para aquele que sempre foi omissos e nunca fez questão de exercer a paternidade de maneira responsável, a retirada de uma obrigação ou perda do poder familiar nada adiantará.

Decisão pioneira, sobre o assunto, ocorreu na comarca de Capão da Canoa no estado do Rio Grande do Sul e configurou o abandono afetivo procedente. O Tribunal de Justiça daquele Estado condenou o pai por ter abandonado afetivamente sua filha, ao pagamento de uma indenização no valor de duzentos salários mínimos a título de danos morais.

No Rio de Janeiro, na 1ª vara cível de São Gonçalo, pai foi condenado a pagar uma indenização no valor de cem salários mínimos por ter abandonado seu filho afetivamente.

O STJ (Superior Tribunal de Justiça) já se posicionou sobre o tema em recurso especial que originou de uma decisão julgada improcedente pela 19ª vara cível da comarca de Belo Horizonte, posteriormente o autor interpôs apelação a 7ª

câmara cível do Tribunal de MG que condenou o pai ao pagamento no valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), pois entendeu que estava comprovado nos autos o dano sofrido pelo autor e, também, a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seus deveres de pai.

Desta decisão, o pai recorreu, interpondo Recurso Especial contra o acórdão do Tribunal de Alçada de MG que conheceu do recurso e afastou a obrigação de indenizar, por maioria dos votos. Em suma, o STJ decidiu que não tem como obrigar um pai amar um filho e a indenização seria um obstáculo para uma reaproximação do genitor com seu filho. O autor não satisfeito com a decisão do STJ recorreu para o STF (Supremo Tribunal Federal).

Até os dias atuais, o STF ainda é ausente quanto ao seu posicionamento nesta questão divergente, discutida e contraditória na doutrina e nos tribunais estaduais.

Para Maria Berenice Dias (2008, p.409), a indenização por abandono afetivo consiste em:

A indenização por abandono afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares. Claro que o relacionamento mantido sob pena de recompensa financeira 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.

Em recurso especial de nº 1.159.242/SP ao STJ, a relatora ministra Nancy Andrighi, em seu voto, trata da existência do dano moral nas relações familiares e afirma não haver nenhuma restrição legal quanto à aplicação das regras de responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar nas relações parentais, pois os textos legais (art. 5º, V e X da Constituição Federal e arts. 186 e 927 do Código civil de 2002) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível concluir que regulam as relações surgidas dentro do núcleo familiar, em suas diversas formas.

Ainda em seu voto a ministra afirma (p. 9 e 11, do anexo A):

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

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

Nesse tipo de ação muitos doutrinadores, por falta de posição até então do STF, aconselham certa cautela para que não ocorra a chamada monetarização das relações afetivas, isto é, não tornar a demanda uma espécie de via de acesso a recursos financeiros ou instrumento de vingança de um dos genitores contra o outro. Desta forma, o aspecto que deve ser respeitado é o fim que este tipo de ação tenta buscar, isto é, criar uma mentalidade nos genitores de paternidade responsável, até porque o amor não tem preço, mas a falta de cuidado na criação dos filhos pode gerar a obrigação de indenizar.

5.2.1 Penalidades Previstas na Legislação Vigente

Como visto anteriormente, o poder familiar é o conjunto de direito e deveres atribuído aos pais para proteção de seus filhos menores. Este instituto é um *múnus publico*, pois interessa para o Estado, que fixa regras para o seu exercício, o seu bom desenvolvimento.

No art. 1.634 do código civil de 2002, enumeram-se estes direitos e deveres dos pais, no tocante a pessoa dos filhos menores. Dessa forma, o que ocorre caso os pais sejam negligentes no cumprimento dessas obrigações impostas pelo estado?

O legislador infraconstitucional impõe sanções próprias ao direito de família, como a suspensão ou extinção do poder familiar, instituídos tanto no Código Civil como no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2008, p.386):

A suspensão e a destituição constituem sanções aplicadas aos genitores pelas infrações dos deveres inerentes ao poder familiar, ainda que não sirvam como pena ao pai faltoso. O intuito não é punitivo – visa muito mais preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas. Em face das sequelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua manutenção coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho. Assim, havendo possibilidade de recomposição dos laços de afetividade, preferível somente a sua suspensão.

A suspensão do poder familiar ocorre quando o pai ou a mãe abusa deste poder, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Haverá a suspensão, também, do exercício do poder familiar quando o pai ou a mãe forem condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. A lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), nos arts. 24 e 129, inciso X, expressa que o poder familiar poderá ser decretado pelo juiz, em procedimento contraditório, pelo descumprimento injustificado dos deveres e obrigações imposta aos pais sob seus filhos menores, também, elenca algumas medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis.

Sobre o assunto dispõe o art. 129, inciso X, da lei nº 8.069/1990: “Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: X - suspensão ou destituição do poder familiar.”

Crianças ou adolescentes que vivem em situação de risco sem qualquer tipo de respeito aos seus direitos fundamentais básicos como educação, saúde, esporte, lazer, convivência familiar dentre outros consagrados na Constituição Federal, poderão ser levados ao conhecimento do juiz por qualquer parente ou mesmo pelo Ministério Público, para que sejam tomadas as devidas providências. Este tipo de sanção civil poderá recair apenas perante um dos filhos.

Diante desta situação, o juiz como forma de evitar o prosseguimento da situação deplorável da qual se encontra a criança ou adolescente, poderá ordenar, medida provisória de remoção do menor da guarda dos pais até decisão final.

Sobre o assunto assevera Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.416):

A suspensão do poder familiar constitui sanção aplicada aos pais pelo juiz, não tanto como intuito punitivo, mas para proteger o menor. É temporária, perdurando somente até quando se mostre necessária. Cessada a causa que a motivou, volta a mãe, ou o pai, temporariamente impedido, a exercer o poder familiar.

Suspendendo-se o poder familiar a um dos pais, cabe ao outro o dever de guarda, se este outro não puder exercê-lo, ou tiver falecido, caberá ao juiz nomear tutor ao menor. A suspensão não acarreta ao pai perda de alguns direitos, como, por exemplo, o dever de alimentá-lo.

A perda ou extinção do poder familiar poderá ocorrer por fatos naturais, como a morte dos pais, pela emancipação, pela maioridade, por exemplo, ou por decisão judicial nos casos elencados no art. 1.638 do Código Civil de 2002. Para Maria Berenice Dias (2008), a perda é uma sanção imposta por sentença judicial, enquanto que a extinção ocorre pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo.

Diferente da suspensão, a extinção do poder familiar, é uma sanção mais grave operando-se por decisão judicial. O juiz, tomando conhecimento dos fatos analisados, se for convencido de que houve uma das causas que justificam a perda, presentes no artigo abaixo citado, proferirá sentença que alcança toda a prole e não somente um dos filhos ou alguns.

A perda do poder familiar é de caráter permanente e não temporário como na suspensão, porém, em caso excepcional, poderá o genitor restabelecer o seu exercício, mediante processo judicial, se provar sua regeneração ou se desaparecer a causa que justificou a imposição da decisão do juiz.

Segundo o art. 1.638 do código civil de 2002, são causas que justificam a perda do poder familiar:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

A causa expressa no inciso II, do artigo acima citado, significa tanto o abandono material, intelectual ou moral. Esta falta priva o filho do direito de convivência familiar, a sua saúde e sobrevivência. Como garantia de defesa destes direitos pertencentes às crianças e adolescente o Código Penal, como forma também de reprimir as diversas formas de abandono, prevê no título VII os crimes contra a família; e, especificamente, no capítulo III dos crimes contra a assistência familiar, como crime de abandono material (art.244), crime de abandono intelectual (art.246) abandono moral (art.247), assim como os crimes de abandono de incapaz (art. 133), e abandono de recém-nascido (art. 134).

Por fim, é importante frisar que a carência de recursos materiais, por si só, não gera hipótese de cabimento de suspensão ou extinção do poder familiar, de acordo com o que dispõe o art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

6. CONCLUSÃO

O direito de família é um ramo do ordenamento jurídico muito subjetivo e constituído de relações humanas da máxima importância, pois esta instituição esteve presente em todos os momentos da história do mundo.

Muitas transformações houve na estrutura da formação das relações familiares. O conceito de família estava intimamente atrelado ao matrimônio, ao autoritarismo do pai, que concentrava todo o poder perante os entes do núcleo familiar. A família contemporânea mudou, tem agora novas conjunturas estruturais, antes formadas pelo pai, a mãe e filhos, frutos do casamento num conceito restrito e fechado de família, hoje a formação é mais diversificada e vai além do vínculo consanguíneo.

A afetividade é a palavra chave para as novas famílias formadas pelo vínculo afetivo e, segundo Maria Berenice Dias, os laços de afeto derivam da convivência familiar e não do sangue.

A legislação, diante das mudanças no novo conceito de entidade familiar, em especial, a Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família, reconhecendo a união estável como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos, além de reconhecer os filhos havidos fora do casamento e por adoção, assegurando os mesmos direitos daqueles advindos do casamento.

O pátrio poder foi substituído pelo poder familiar, deixando o pai de concentrar a autoridade frente a seus filhos e esposa, esta agora passa a exercer deveres e obrigações dentro do núcleo familiar compartilhando o exercício dessas obrigações com o genitor, em igualdade de condições.

O Estado impõe a família o dever de assegurar às crianças e adolescentes direitos fundamentais, com absoluta prioridade, e dentre estes está o direito à convivência familiar. A lei nº 8.069/1990 que dispõe sobre o Estatuto da criança e adolescente tem como fim a proteção integral às pessoas em fase de desenvolvimento e traz em seu art. 19 o direito que toda criança e adolescente têm, o direito de serem criados e educados no seio de sua família, assegurados à convivência familiar.

Quanto a questão da responsabilidade civil ter aplicação no direito de família, não existe qualquer restrição legal para aplicação deste instituto nas relações familiares. Dessa forma, a responsabilidade civil está sendo aplicada como forma de reparação aos danos causados aos filhos pelos seus genitores pelo abandono afetivo. No entanto, é importante a análise dos pressupostos necessários à configuração da responsabilidade como o dano, a culpa e nexo de causalidade.

Abandono afetivo é um tema recente no mundo jurídico e trata da possibilidade do filho menor demandar contra seu genitor ação de danos morais com aplicação de pena pecuniária pelo dano psíquico sofrido em consequência do abandono afetivo. A falta de afetividade e do dever de convivência familiar podem gerar nos filhos menores, em fase de desenvolvimento de sua personalidade, transtornos e traumas psíquicos.

Existe uma discussão entre os doutrinadores a respeito do tema, existindo correntes favoráveis e contrárias à indenização frente ao abandono afetivo. Para a corrente contrária, ingressar com ação dessa natureza irá evitar uma aproximação futura entre o filho e o genitor, além da existência no ordenamento de sanção a esse respeito, conforme expresso no Código Civil de 2002 como sendo extinção do poder familiar.

Já a corrente favorável afirma que a indenização tem um caráter pedagógico com o fim de criar no genitor a conscientização do seu papel responsável na criação e educação no filho menor, e que a extinção do poder familiar como sanção para o genitor omissor quanto à obrigação frente ao filho seria uma premiação.

Maria Berenice Dias (2008), uma das doutrinadoras que defende a aplicação da indenização no caso do abandono afetivo, afirma que o relacionamento entre pais

e filhos mantidos pelo receio da aplicação de pena pecuniária não é a forma mais correta de estabelecer um vínculo afetivo. Ainda assim, afirma a autora, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar pena é melhor do que gera na criança o sentimento de abandono.

A indenização por abandono afetivo diante de cada caso concreto precisa de análise cuidadosa quanto ao dano sofrido, através de perícia com profissional competente que ateste que a criança sofre transtornos e a causa é, parcial ou totalmente, a omissão praticada pelo seu genitor. Assim esta indenização não pode servir como uma busca de um lucro fácil, nem mesmo como busca de vaidade ou vingança entre os pais.

Não há até o presente momento um posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Alguns tribunais já julgaram procedente este tipo de demanda como os tribunais do Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais.

Diante de todas as obras lidas e estudadas, o posicionamento defendido neste estudo vai em direção a corrente defensora da possibilidade de se ingressar com ação de danos morais por abandono afetivo sofrido pelo filho menor em consequência da omissão do genitor. As autoras Maria Helena Diniz e Maria Berenice Dias defendem esta mesma posição favorável, levando em conta a condição da criança e adolescente que necessitam de proteção nesta fase peculiar de vida, visto que estão em processo de formação, sendo os pais os principais responsáveis por estes. Todavia, por que não cobrar a reparação pelos danos causados a estes principais responsáveis?

Por fim, diante o exposto ao longo do presente trabalho frente ao tema proposto, a primeira coisa que deve ser respeitada é a proteção da integridade da criança e do adolescente durante a fase de desenvolvimento da formação do seu caráter e da sua personalidade. Assim, diante da falta de compromisso dos pais no cuidado da criação de seus filhos menores, isto é, no não cumprimento do dever de convivência familiar, podem ser gerados danos ao filho menor que merece ser reparado. Este dano é de caráter moral, visto que, o filho é afetado no seu ânimo psíquico dificultando seu desenvolvimento, assim este necessitará de atividades que

supram a ausência do genitor e que diminuam o impacto causado. Nessas situações, é comum recorrer a tratamentos psicológicos.

Dessa forma, a indenização como reparação do dano é necessária para garantir ao filho menor um desenvolvimento saudável da sua personalidade, além de estabelecer uma consciência nos genitores de seu papel mais responsável na vida da criança e adolescente, para que o filho não sirva de mero objeto nas relações conjugais ou extraconjugais, mas que sejam respeitados como pessoa sujeito de direitos e que seja garantida com prioridade a proteção integral de que necessitam.

REFERÊNCIA

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da republica federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código civil**. Brasília, DF, 2002.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de junho de 1990. **Estatuto da criança e do adolescente**. Brasília, DF, 1990.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, volume 5. Edição 9ª. São Paulo: editora atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, volume 4. Edição 12º. São Paulo: editora atlas, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Edição 5º. Porto Alegre: editora revista dos tribunais, 2008.

Diniz, Maria Helena Diniz. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5. Edição 27º. São Paulo: editora saraiva, 2012.

Diniz, Maria Helena Diniz. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 7. Edição 25º. São Paulo: editora saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6. Edição 7ª. São Paulo: editora saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4. Edição 5ª. São Paulo: editora saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, volume 3, Edição 7º. São Paulo: editora saraiva, 2009.

FONCESA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: editora atlas, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**, Volume 3. São Paulo: editora juspodivm, 2014.

MELO, Gerlanne Luiza Santos. **Convivência familiar: Direito da criança e do adolescente**. Disponível

em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wqDYD29IHocJ:www.faete.edu.br/revista/Artigo%2520Convivencia%2520Gerlanne%2520Familiar%2520ABNT.pdf+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 26 de novembro de 2013.

RAVACHE, Alex Quaresma. **Responsabilidade civil no direito de família**. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj039704>.pdf>. Acesso em 26 de novembro de 2013.

SKAF, Samira. **Responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo paterno filial**. Disponível em:

http://ibdfam.org.br/_img/artigos/Responsabilidade%20Civil%2021_09_2011.pdf. Acesso em 26 de novembro de 2013.

SOUZA, Paula Feijó Pereira de. **A relevância do princípio da afetividade nas relações familiares**. Disponível em:

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/p_aula_souza.pdf. Acesso em 26 de novembro de 2013.

MELO, Gerlanne Luiza Santos de. **Convivência familiar: direito da criança e do adolescente**. Disponível em:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wqDYD29IHocJ:www.faete.edu.br/revista/Artigo%2520Convivencia%2520Gerlanne%2520Familiar%2520ABNT.pdf+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **A família afetiva – o afeto como formador da família**. Disponível em:

<http://professor.ucg.br/siteDocente/admin/arquivosUpload/16509/material/Artigo%20-%20o%20afeto%20como%20formador%20de%20fam%C3%ADias.pdf>. Acesso em 27 de outubro de 2013.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Alienação parental: uma nova lei para um velho problema.** Disponível em:

http://berenedias.com.br/uploads/aliena%E7%E3o_parental_-_uma_nova_lei_para_um_velho_problema.pdf. Acesso em 05 de setembro de 2013.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Novos rumos no direito de família.** Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/17__novos_rumos_do_direito_das_fam%EDias.pdf. Acesso em 05 de setembro de 2013.

HINTZE, Gisele. **Evolução da legislação voltada à criança e ao adolescente no Brasil.** Disponível em: <http://www.uniplac.net/emaj/Artigos/011.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

DIAS, Maria Berenice Dias. **É dever da jurisprudência inovar diante do novo.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/pt/e-dever-da-jurisprudencia-inovar-diante-do-novo.cont>. Acesso em 27 de outubro.

DIAS, Maria Berenice. **Novos tempos, novos termos.** Disponível em: http://www.berenedias.com.br/uploads/4_-_novos_tempos_-_novos_termos.pdf. Acesso em: 15 de setembro de 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10014-10013-1-PB.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Guarda compartilhada, uma novidade bem-vinda!** Disponível em: http://berenedias.com.br/uploads/1_-_guarda_compartilhada,_uma_novidade_bem-vinda.pdf. Acesso em 15 de setembro de 2013.

LÔBO, Paulo. **Princípio jurídico da afetividade na filiação.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao>. Acesso em: 10 de outubro de 2013.

TAVARES, Ana Cláudia Vieira; ANGELUCI, Cleber Affonso. **Considerações sobre o abandono afetivo paterno filial na atualidade.** Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/2000>. Acesso em 30 de outubro de 2013.

OLIVEIRA, Marina Paim de. **A indenização por abandono afetivo como instrumento garantidor dos direitos do menor.** Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10957>. Acesso em 01 de novembro de 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>. Acesso em 14 de agosto de 2013.

DIAS, Bianca Gabriela Cardoso; COSTA, Maria da Fé Bezerra da. **Abandono afetivo na novas ordens constitucional e civil: as consequências jurídicas no campo da responsabilização.** Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/maria_da_fe_bezerra_da_costa.pdf. Acesso em 01 de novembro de 2013.

WOHNRATH, Vinícius Parolin. **Da incidência do dano moral proporcionado pelo abandono afetivo nas relações paterno filiais.** Disponível em: <http://unifacef.com.br/novo/3fem/Inic%20Cientifica/Arquivos/Vinicius%20Parolin.pdf>. Acesso em 17 de agosto de 2013.

RODRIGUES, Rafael cano; SILVA, Mariana Geraldo e; IKEDA, Fernanda Pereira. **O abandono afetivo pelo pai como fato ensejador de indenização por dano moral.** Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/1173>

NASSRALLA, Samir Nicolau. **Reflexões acerca da responsabilidade civil parental por abandono afetivo.** Disponível em: http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/Boletim_EDEPE%2027.07.11.pdf#page=29. Acesso em 18 de agosto de 2013.

CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Abandono afetivo e suas consequências jurídicas.** Disponível em:

<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/download/18545/12195>. Acesso em 18 de agosto de 2013.

VIAFORE, Vanessa. **O abandono afetivo e a responsabilidade civil frente ao afeto.** Disponível em:

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Vanessa_Viafore.pdf. Acesso em 18 de agosto de 2013.

VIEIRA, Talita Maira Meneses. **Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos.** Disponível em:

<http://periodicos.uniformg.edu.br:21011/periodicos/index.php/cursodireitouniformg/article/view/33>. Acesso em: 30 de novembro de 2013.

NASCIMENTO, Laura Carvalho. **A função da pena pecuniária no direito de família no campo das omissões dos pais ao dever de convivência familiar e de afetividade.** Disponível em:

<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1357/1044>. Acesso em 01 de novembro de 2013.

MATZENBACHER, Solange Regina Santos. **Reflexão acerca da responsabilidade civil no direito de família: filho-dano moral x pai-abandono afetivo. E a família?**

Disponível em:

<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/8212>. Acesso em 30 de outubro de 2013.

REIS, Júnia Fraga. **Responsabilidade civil por abandono afetivo: o verdadeiro valor do afeto na relação entre pais e filhos.** Disponível em:

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/junia_reis.pdf. Acesso em 18 de agosto de 2013.

**ANEXO A – DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO ESPECIAL Nº
1.159.242- SP (2009/0193701-9)**

Superior Tribunal de Justiça

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

RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS

ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)

RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA

ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF/88, contra acórdão proferido pelo TJ/SP. **Ação:** de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA em desfavor do recorrente, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

Sentença: o i. Juiz julgou improcedente o pedido deduzido pela recorrida, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha deveu-se, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao recorrente, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores da recorrida.

Acórdão: o TJ/SP deu provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo o seu abandono afetivo, por parte do recorrente – seu pai –, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), nos termos da seguinte ementa:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso especial: alega violação dos arts. 159 do CC-16 (186 do CC-02); 944 e 1638 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial.

Sustenta que não abandonou a filha, conforme foi afirmado pelo Tribunal de origem e, ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se reveste de ilicitude, sendo a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar – notadamente o abandono – a perda do respectivo poder familiar –, conforme o art. 1638 do CC-2002. Aduz, ainda, que o posicionamento adotado pelo TJ/SP diverge do entendimento do STJ para a matéria, consolidado pelo julgamento do REsp n ° 757411/MG, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo.

Em pedido sucessivo, pugna pela redução do valor fixado a título de compensação por danos morais.

Contrarrazões: reitera a recorrida os argumentos relativos à existência de abandono material, moral, psicológico e humano de que teria sido vítima desde seu nascimento, fatos que por si só sustentariam a decisão do Tribunal de origem, quanto ao reconhecimento do abandono e a fixação de valor a título de compensação por dano moral.

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/SP admitiu o recurso especial (fls. 567/568, e-STJ).

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

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

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS

ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)

RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA

ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

VOTO

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

1. Da existência do dano moral nas relações familiares

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

Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores. Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

2. Dos elementos necessários à caracterização do dano moral

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

No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas.

Superior Tribunal de Justiça

Sendo esse elo fruto, **sempre**, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole. Fernando Campos Scaff retrata bem essa vinculação entre a liberdade no exercício das ações humanas e a responsabilidade do agente pelos ônus correspondentes:

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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.

2.1. Da ilicitude e da culpa

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

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

Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto. Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*.

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

Prossegue a autora afirmando, ainda, que:

Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. 'Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória'.

O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar . (op. cit. pp 311-312 - sem destaques no original).

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Superior Tribunal de Justiça

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

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

Rio de Janeiro:LTC, 2008)

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

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

Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: **“(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”**.

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

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

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

Quanto a essa monótono o entendimento de que a conduta voluntária está diretamente associada à caracterização do ato ilícito, mas que se exige ainda, para a caracterização deste, a existência de dolo ou culpa comprovada do agente, em relação ao evento danoso.

Eclipsa, então, a existência de ilicitude, situações que, não obstante possam gerar algum tipo de distanciamento entre pais e filhos, como o divórcio, separações temporárias, alteração de domicílio, constituição de novas famílias, reconhecimento de orientação sexual, entre outras, são decorrências das mutações sociais e orbitam o universo dos direitos

Superior Tribunal de Justiça

potestativos dos pais – sendo certo que quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém (*qui iure suo utitur neminem laedit*)

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

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

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

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

2.2 Do dano e do nexa causal

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe. Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

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

Superior Tribunal de Justiça

Dessarte, impende considerar existente o dano moral, pela concomitante existência da tróica que a ele conduz: negligência, dano e nexos.

3. Do valor da compensação

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

Na hipótese, não obstante o grau das agressões ao dever de cuidado, perpetradas pelo recorrente em detrimento de sua filha, tem-se como demasiadamente elevado o valor fixado pelo Tribunal de origem - R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) - , razão pela qual o reduzo para R\$ 200,000,00 (duzentos mil reais), na data do julgamento realizado pelo Tribunal de origem (26/11/2008 - e-STJ, fl. 429), corrigido desde então.

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

Mantidos os ônus sucumbenciais.

ANEXO B – PARECER DA COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA, EM DECISÃO TERMINATIVA, SOBRE O PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 700, DE 2007.

PARECER 2012

Da **COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA**, em decisão terminativa, sobre o **Projeto de Lei do Senado nº 700, de 2007**, que *modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências.*

RELATOR: Senador **EDUARDO LOPES**

I – RELATÓRIO

A Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) analisa o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 700, de 2007, de autoria do **Senador MARCELO CRIVELLA**, que pretende modificar a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal.

O PLS nº 700, de 2007, altera o art. 4º do ECA para estabelecer que é dever dos pais prestar assistência moral aos filhos. Para efeitos da norma, essa assistência moral é compreendida como: *i)* a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais; *ii)* a solidariedade e o apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade; e *iii)* a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.

O projeto também altera o ECA para, entre outras coisas, definir como conduta ilícita sujeita a reparação de danos a ação ou omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente, inclusive o abandono moral. Ademais, inclui como dever dos pais a “convivência, assistência material e moral” dos filhos menores e estabelece que, no processo educacional, sejam respeitados os valores morais e éticos próprios do contexto social da criança.

O Senador Marcelo Crivella, autor do projeto, enfatiza em sua justificção que, embora a lei não tenha “o poder de alterar a consciência dos pais, pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência com os filhos”. Ademais, lembra que a iniciativa não tem essa pretensão de regular o amor e o afeto por meio de lei. Pretende, “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.”.

O PLS nº 700, de 2007, tramitou na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), que aprovou o projeto com seis emendas. Essas emendas resultaram do entendimento de que a expressão “abandono moral” não é a mais adequada para batizar o novo ilícito. De fato, “embora não conste expressamente do Código Penal (CP), a doutrina e a jurisprudência costumemente a empregam como *nomen juris* do crime previsto pelo art. 247 do CP”.

Vale lembrar que o referido dispositivo é dirigido aos pais que permitam a frequência de menor de 18 anos em casa de jogo, casa de prostituição ou espetáculo ofensivo ao pudor, bem como a convivência com pessoa viciosa ou de má vida e a prática da mendicância. Assim, a CCJ, com a finalidade de evitar indevida confusão de institutos, propôs o uso de “abandono afetivo” para designar a deficiente convivência da criança ou adolescente com seu genitor.

Também, a CCJ aprovou a retirada da menção ao art. 24 do ECA, por desnecessária. O atual texto do Estatuto é idêntico ao proposto no projeto que, por essa razão, foi retirado por meio de emenda aprovada naquele colegiado. Contudo, merece ser ressaltado que o PLS 700, de 2007, antecedeu a edição da Lei nº. 12.010, de 02 de agosto de 2009, que dentre outras alterações, substituiu a expressão “pátrio poder” por “poder familiar”, substituição essa que era objeto daquele dispositivo da proposição em exame.

Por fim, a CCJ suprimiu do projeto o novo art. 232-A, que seria acrescido ao ECA. Esse dispositivo previa a detenção de um a seis meses àquele que deixar, SEM JUSTA CAUSA, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, PREJUDICANDO-LHE O DESENVOLVIMENTO PSICOLÓGICO E SOCIAL.

Após a avaliação da CCJ, cabe à CDH emitir parecer em caráter terminativo.

Não foram apresentadas emendas nesta Comissão.

II – ANÁLISE

Compartilho do entendimento da CCJ que considerou a matéria tratada no PLS nº 700, de 2007, isenta de quaisquer vícios de constitucionalidade formal ou material. A matéria está, sim, compreendida no campo da competência legislativa privativa da União para legislar sobre direito civil e direito penal, consoante dispõe o art. 22, inciso I, da Constituição Federal. Ademais, seu autor possui legitimidade para iniciar o processo legislativo, nos termos do *caput* do art. 61 da Carta Magna.

Cabe à CDH opinar, nos termos do art. 102-E do Regimento Interno do Senado Federal, sobre os aspectos relativos à garantia e à promoção dos direitos humanos e, também, à proteção à infância e à juventude. Por essa razão, a apreciação do PLS nº 700, de 2007, neste colegiado é pertinente.

Cabe reiterar que a CCJ promoveu alterações no texto original do projeto que ora analisamos, para “evitar indevida confusão de institutos”, conforme alerta o parecer daquele colegiado. De fato, “abandono moral” já designa, em boa parte da jurisprudência e da doutrina, a conduta dos pais que permitem a frequência de menor em casa de jogo, casa de prostituição ou espetáculo ofensivo ao pudor, bem como a convivência com pessoa viciosa ou de má vida e a prática de mendicância.

Segundo avalio, as alterações propostas na CCJ são pertinentes, inclusive a adoção dos termos “abandono afetivo” e “assistência afetiva” no lugar de “abandono moral” e “assistência moral”.

Na avaliação do mérito, observo, primeiramente, que o art. 1.638, inciso II, do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) pune com a perda do poder familiar aquele que deixar o filho em abandono. Na prática, muitos juízes têm entendido esse abandono não apenas como o ato de deixar o filho sem assistência material, mas também como o DESCASO INTENCIONAL pela sua criação, crescimento e desenvolvimento.

Contudo, a análise mais cuidadosa da matéria nos mostra que a caracterização do abandono afetivo como conduta ilícita ainda é bastante controversa, causando incerteza quanto à repressão a essa prática. Lembremos que, além do dever de guarda, os pais têm o DEVER de ter o filho em sua companhia, cumprindo uma das funções familiares mais importantes para a formação da personalidade dos membros da família: a dedicação de atenção e afeto. E, mesmo sendo consenso que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, mas também de formação moral e afetiva, essa questão ainda não está regulada.

Dessa forma, apesar dos avanços trazidos pelo ECA, ainda faz-se necessário proteger nossas crianças e adolescentes contra o INTENCIONAL DESCASO AFETIVO, tão lesivo a sua formação.

Nesse contexto, consideramos que a responsabilidade dos pais pelos filhos não se resume exclusivamente ao dever de alimentar. Há, ainda, o dever dos pais de possibilitar a seus filhos o desenvolvimento humano pleno, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, entendo que a proposta corrige uma lacuna em nosso ordenamento jurídico e, por essa razão, é merecedora de nosso apoio.

Com efeito, a proposição de autoria do senador MARCELO CRIVELLA tem o mérito de dar efetividade à Constituição Federal, que assim se pronuncia acerca dos deveres inerentes à paternidade:

“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.”

Dito isso, creio que a esperada conversão em lei da proposição em exame dará efetividade ao **“PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL”**, erigido pelo **ART. 226, § 7º DA CARTA CIDADÃ**. Muito embora o comando esteja insculpido em dispositivo que trata precipuamente do planejamento familiar, a expressão “paternidade responsável” tem mais de uma conotação.

Realmente, o dispositivo em apreço poderá ser entendido em relação à autonomia para decidir, responsável e conscientemente, sobre ter ou

não filhos, assim como, quantos filhos as pessoas desejam ter. Mas também **DEVE SER INTERPRETADO SOB O ASPECTO DA RESPONSABILIDADE DOS PAIS PARA COM OS FILHOS**, ou seja, o **dever parental**.

A esse respeito, oportuno trazer à colação a percuciente análise do eminente Ministro **CARLOS AYRES BRITTO**, Presidente do Supremo Tribunal Federal, sobre aquele dispositivo:

“O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera de modo binário, o que propicia a base constitucional para que um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou *in vitro*. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à liberdade (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para **contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar**, se por eles optar o casal, **com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva**.”.

(Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510; “A Constituição e o Supremo”; 3ª ed.; Secretaria de Documentação do STF; Brasília; 2010; pág. 1360)

Por abundância, merece registro que o Estado Brasileiro é signatário de compromissos firmados por consenso internacional, que em nosso ordenamento legal ganham status de Emenda Constitucional (art. 5º, § 3º), que também apontam para a necessidade de aprimoramento das normas legais assecuratórias dos direitos das nossas criança e adolescentes, inclusive um adotado há mais de meio século, vejamos:

Declaração dos Direitos da Criança

*Adotada pela Assembleia 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 Assembleia 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.

Importa lembrar que, hoje, qualquer relação parental em que haja sofrimento ou mágoa é passível de gerar pagamento de indenização. Inclusive, recentemente, para ser mais preciso, em maio de 2012, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) fez uso dessa tese ao decidir que um pai deverá pagar indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo de sua filha. Essa decisão indica que os danos decorrentes das relações familiares não podem ser diferenciados dos ilícitos civis em geral. A relatora nesse processo no STJ, Ministra Nancy Andrighi, foi clara em sua decisão:

“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.**”

Vencida a questão do mérito da proposta, insta registrar que, em relação à caracterização de ilícito penal do “abandono afetivo”, capítulo ante o parecer da CCJ, que a rejeitou. Entretanto, essa aquiescência se motiva mais por uma conveniência do que pela contrariedade a essa tipificação. Percebo que a enorme resistência oposta a ela poderá inviabilizar a aprovação do restante da proposta, razão pela qual acolho tal rejeição.

Há pouco o Superior Tribunal da Justiça (STJ) repelia o reconhecimento do direito à indenização ao filho INJUSTIFICADAMENTE abandonado pelos pais. Na mesma árida oportunidade a proposta em análise foi apresentada ao Senado Federal, o que acabou refletindo de forma negativa em sua tramitação. Hoje o STJ evoluiu, convencido de que ela é devida.

Daí, espero que, em breve, também se reconhecerá, o “Abandono Afetivo” ao lado do “Abandono Material” (Código Penal, art. 244) e do “Abandono Intelectual” (art. 246). Mas, por ora, convém que se proceda ao menos os possíveis aperfeiçoamentos na legislação civil, muito embora isso não corresponda à toda extensão do dever decorrente da fixação do “princípio da paternidade responsável” na Carta Magna.

Assim, proponho manter suprimida a imposição de pena de um a seis meses de detenção para aqueles que deixarem, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos.

Finalmente, julgo que a **Emenda nº 1 – CCJ**, que torna obrigatória a visita dos pais aos filhos, e também a convivência, **não merece prosperar** e, por essa razão, não deve ser acolhida por este colegiado.

III – VOTO

Em face do exposto, concluímos este relatório com voto pela **aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 700, de 2007, com as Emendas nº. 2 a 6** adotadas pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (**CDH**).

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator