

HÁ RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES POR ABANDONO AFETIVO?

Zênia Gardênia Bezerra Campos¹

Henrique Batista de Araújo Neto²

RESUMO

O presente ensaio traz à baila questionamento sobre a responsabilidade civil dos genitores por abandono afetivo da prole, ou seja, se o pai que viola o dever de afeto pode ser obrigado a indenizar o filho por dano moral. A questão será analisada a partir da "lente" constitucional e da principiologia que visa tutelar a família, bem como, da doutrina de proteção integral ao menor presente em nosso sistema. Ao final, após uso da metodologia teórico-descritiva, em especial, da análise da dogmática e da jurisprudência pátria, ambas divergentes, será defendida a possibilidade jurídica de responsabilização dos genitores por afronta ao dever de afeto.

Palavras-chave: Responsabilidade civil dos genitores. Dever de afeto violado. Proteção a família e ao menor. Obrigação de indenizar configurada.

ABSTRACT

Is there civil Liability of genitors by Affective abandonment?

This essay brings up questions about the civil responsibility of genitors for emotional distance of the off spring, in other words, if the parent who violates the duty of affection maybe required to compensate the child for moral damages. The issue will be considered from the "lens" and the constitutional principles ,which aims to safeguard the family as well as the doctrine of full protection at the lowest present in our system .At the end, after the use of descriptive methodology is presented, in particular, the analysis of dogmatic sand case law country, both divergent, will be held the possibility of legal accountability for parents affront to the duty of affection.

Key Words:civil responsibility of genitors, Violated the duty of affection, protecting the family and less, Obligation of compensating set.

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte-FARN. E-mail: gardeniacampos@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte- FARN. E-mail: hbaneto@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O artigo em estudo, trata da possibilidade de indenização pecuniária ao indivíduo que lesionado em seu desenvolvimento e sobretudo amadurecimento ter sido estabelecido com a ausência, em sua maioria, do pai, acarretando assim, prejuízos psicológicos e morais ao descendente.

Segundo LEVY, o ex-ministro da educação da França e filósofo Luc Ferry

"a família é a base de uma sociedade, sem família não é possível nenhum tipo de organização social ou jurídica. É na família que tudo principia e que nos estrutura como sujeitos e onde encontramos algum amparo para o nosso desamparo estrutural." (2008, p.141)

O mesmo foi realizado em formato teórico-descritivo, utilizando-se de bibliografias e análises jurisprudenciais para o desenvolvimento e entrelaçamento do mesmo.

Portanto, o estudo realizado, irá trabalhar o Direito Civil e sua constitucionalidade, tratando dos novos princípios que surgiram com intuito de adequar-se aos novos conceitos de família na atualidade, o dever de afeto e as consequências geradas pela ausência do mesmo, o surgimento do princípio que defende a afetividade sobrepondo seus argumentos, o dever de indenização auferido pela violação do dever moral e psicológico que os pais têm com os filhos expressamente previstos.

Adentrar-se-á em julgados favoráveis a indenização moral, bem como, em argumentos entre doutrinadores divergentes a respeito do tema e por ultimo, será tratado do projeto de lei de n. 700/2007, que em seu corpo de lei, acredita que todo pai deve, taxativamente, abrigo moral ao filho. Nesta rota, defenderemos a responsabilização civil por negativa de afetividade.

A realização desse trabalho baseia-se em um desejo pessoal de aprofundar conhecimentos sobre o tema, além disso, possibilita um estudo mais aprofundado das consequências psicológicas e jurídicas geradas pela ausência

afetiva de um dos pais, para com o seu descendente. Trazendo à tona a questão da indenização por tal fato ocorrido no crescimento e desenvolvimento do filho, desde que seja devidamente comprovado tal prejuízo sofrido, cabendo-lhe danos indenizatórios.

Assim, o estudo minucioso de tal tema leva a conhecer casos específicos e condições para garantia de tal direito, trazendo o questionamento da importância da convivência familiar para o desenvolvimento interior do indivíduo em questão.

2 A CONSTITUIÇÃO E AS ALTERAÇÕES NA FAMÍLIA

A Constituição Federal Brasileira de 1988, tem em seu corpo, um capítulo destinado a tratar da família, criança, adolescente e idoso ³.

É tratado na Constituição vigente, os modelos em que podem ser agregados o significado da palavra família, sendo estes: casamento civil, união estável entre homem e mulher, entidade monoparental ⁴.

A descrição da palavra família, não deve ficar limitado somente a tais institutos, sendo ampliado tal conceito para outras situações não tratadas expressamente no Texto Maior, havendo de ser intitulada a concepção constitucional de família, em que a mesma é considerada a base da sociedade. Segundo DIAS

“o novo modelo de família funda-se sob os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade, e do eudemonismo, impingindo uma nova roupagem axiológica ao direito de família (...) A família instituição foi substituída pela família instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para a formação da própria sociedade, justificando com isso, a sua proteção pelo estado.”(2007, p.41)

³ Texto VII, Capítulo VIII- Da Ordem Social. BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁴ Artigo 226. BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

O Direito de Família, nos últimos tempos vem passando por grandes mudanças em sua estrutura, ocasionado pelo surgimento de princípios aplicáveis ao ramo cível de direito, antes não utilizados. Deve ser ressaltado, que alguns deles, possuem índole constitucional. Tais princípios são: proteção da dignidade da pessoa humana, afetividade, da não intervenção ou da liberdade, da função social da família, da igualdade entre filhos, da igualdade na chefia familiar, da solidariedade familiar, do melhor interesse da criança e da igualdade entre cônjuges e companheiros.

O princípio da afetividade, citado acima, é derivado implicitamente do princípio da solidariedade (artigo 3º, inciso I, da CF/88) e do princípio basilador constitucional, da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF/88).

Com o surgimento do princípio da afetividade, ensejou o despontamento de provocações ao Poder Judiciário, com o intuito de pleitear indenizações por dano moral, alegando a existência do abandono afetivo de pais em relação aos seus filhos, diante do presumido dano moral e psíquico sofrido em decorrência da ausência ou desprezo do ascendente, GONÇALVES comenta que

"Algumas decisões de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul têm acolhido a pretensão de filhos que se dizem abandonados ou rejeitados pelos pais, sofrendo transtornos psíquicos em razão da falta de carinho e de afeto na infância e juventude. Não basta pagar a pensão alimentícia e fornecer os meios de subsistência dos filhos. Queixam-se estes do descaso, da indiferença e da rejeição dos pais, tendo alguns obtido o reconhecimento judicial do direito à indenização como compensação pelos danos morais, ao fundamento de que a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, o carinho, devendo o descaso entre pais e filhos ser punido severamente

por constituir abandono moral grave.” (2007, pág. 699).

O rol da Constituição Federal, de acordo com a jurisprudência e doutrina deve ser considerado exemplificativo e não taxativo, havendo situações de manifestações familiares que não estão expressas no Texto Maior.

De certo modo, foi visto o que a Constituição trata a respeito de tal tema, mas de fato, muitas situações ocorrem e merecem estudos para fazer-se justiça, tendo como objetivo corrigir erros ou fenômenos da natureza.

3 PODER FAMILIAR E OS DEVERES DOS GENITORES

O poder familiar considerado a evolução do velho conceito destinado ao pátrio poder, haja vista as inovações dos conceitos jurídicos e a reforma existente no que deve ser considerado valor social, de acordo com o texto constitucional, é a responsabilidade parental, autoridade parental ou poder parental concedido ao pai sobre a pessoa e bens do filho.

Com a evolução do instituto, foi devido conceituar poder familiar de forma mais ampla, abrangendo o complexo de direitos e deveres destinados aos pais, em rol de igualdade, havendo condições idênticas para os mesmos, respeitando o art. 226, parag. 5º CF.

SANTOS NETO, em sua dissertação de mestrado, descreve que

“o pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar.”(1994, p.55)

É expresso de forma clara e objetiva na Constituição Federal Brasileira, os direitos que protegem os interesses do filho, quando delegada relação com os pais. Adentra-se aos deveres dos pais, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, respeitando o texto descrito na Carta Maior, apenas confirmando o que determinado neste anteriormente.

No texto da Constituição Federal trata os deveres destinados a família, sociedade e Estado quando relacionado com a criança e o adolescente, sendo prioridade do mesmo, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade à convivência familiar e comunitária, além de protegê-los a qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁵

É disposto na Carta Maior os deveres dos pais com os filhos, sejam eles: assistir, criar e educar os filhos menores, estando obrigado ao filhos maiores ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.⁶

No Código Civil de 2002, é atribuído aos cônjuges, o dever de sustento, educação e guarda dos filhos.⁷

De certo modo, é expressamente previsto no Código Civil, a competência atribuída aos pais quando referido os filhos menores. Restando somente, que os mesmos sejam cumpridos.⁸

No corpo de texto da lei que trata dos direitos garantidos a toda criança e adolescente, aduz os direitos fundamentais atribuídos à pessoa humana, gozando a criança e adolescente de todos, não causando prejuízo da proteção integral da qual se trata esta lei, assegurando ao menor, por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades, com a finalidade de proporcionar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.⁹

⁵ Artigo 227. BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁶ Artigo 228. BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁷ Artigo 1566, IV. BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002.

⁸ Artigo 1634. BRASIL. Código Civil(2002). **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002.

⁹ Artigo 3. BRASIL. ECA (2009). **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: Senado Federal, 2009.

E por último, é importante ressaltar que no Estatuto da Criança e do Adolescente é tratado a incumbência referente ao dever de guarda, sustento e educação dos filhos menores, cabendo ainda, que se faça cumprir as determinações judiciais impostas.¹⁰

3.1 A proteção à família e integral ao menor

O poder familiar como visto, é instituto de proteção da menoridade, investindo o pai de direitos e deveres aos filhos menores ou não emancipados. Portanto, tratando de um múnus público, que consiste em o Estado adentrar no recesso a família, com objetivo de defender o interesse do menor, se necessário.

O Estado têm competência para fiscalizar a atuação do pais com os filhos, já que o poder familiar não é considerado absoluto e intangível, assim, evitando abusos com os inofensivos.

Os menores, por serem considerados pessoas ainda em desenvolvimento são carentes de cuidados especiais devendo ser prioridade quando em confronto com outros segmentos da sociedade, desde que se tratando de direitos iguais.

Assim, é necessário tratar de um dos princípios de maior importância dos Direitos Fundamentais dos Menores, que trata da prevalência dos interesses do menor, havendo proteção integral com o mesmo.

Princípio de prevalência dos interesses do menor, na interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente levar-se-ão em conta os fins sociais a que ele se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.¹¹

Toda criança deve ter seu desenvolvimento e amadurecimento em família estruturada, que tenha condições de oferecer fins materiais e psicológicos positivos, desenvolvendo um crescimento sadio ao mesmo. De acordo com a ideologia de CURY

¹⁰ Artigo 22. BRASIL. ECA (2009). **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: Senado Federal, 2009.

¹¹ Artigo 6. BRASIL. ECA (2009). **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: Senado Federal, 2009.

"A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento." (2002, p.21)

3.2 Dever de afeto

Não é necessário nenhum estudo aprofundado para que chegue a conclusão que todo ser vivo em sua fase de crescimento e amadurecimento necessita de alguém que oriente seus passos, sendo o guardador dos bens, zelando pelo interesse do mesmo.

É constitucional o segmento que rege o afeto, sendo um benefício legal garantido ao interessado, conferindo aos pais o pátrio-poder, que nada mais é do que a responsabilidade de participar do crescimento do indivíduo, em todas as suas fases, apoiando e educando. O princípio do afeto familiar objetiva regular relações familiares em todos os seus aspectos, protegendo a importância do significado que a família tem para com a sociedade. ASSUMPÇÃO relata que

"(...) o afeto está presente nas relações familiares, tanto na relação entre homem e mulher (plano horizontal) como na relação paterno filial (plano vertical, como, por exemplo, a existente entre o padrasto e enteado), todos unidos pelo sentimento, na felicidade e no prazer de estarem juntos." (2004 ,p.53)

É fato a controvérsia existente entre doutrinadores quando se trata da ausência dos pais no crescimento do filho, gerando assim, o suposto dever de indenizar o prejudicado. É obrigatório que seja apresentado provas do dano e nexos gerado pela parte passiva da ação, sendo fundamental para que o pedido de danos morais seja aceito.

Uns doutrinadores defendem que o afeto devido não deve ser calculado em valor algum, já outros acreditam que a falta da presença paterna, deve ser sim resultado de preço pecuniário, tomando como base os danos sofridos. LIMA lembra que

"o dever de criação abrange as necessidades biopsíquicas do filho, o que está vinculada à satisfação das demandas básicas, tais como os cuidados na enfermidade, a orientação moral, o apoio psicológico, as manifestações de afeto, o vestir, o abrigar, o alimentar, o acompanhar física e espiritualmente ao longo da vida." (1984, p. 31)

Tal tema tem gerado crescimento gradativo de casos nos tribunais, recebendo maior importância, por ser observada a necessidade da presença dos pais no desenvolvimento dos filhos.

Como ensina HIRONAKA

"é na afetividade que se desdobra o traço de identidade fundamental do direito gerado no seio da relação paterno-filial, que, sem deixar de ser jurídica, distingue-se de todas as demais relações justamente pelo fato de que ela, e apenas ela, pode, efetivamente, caracterizar-se e valorar-se, na esfera jurídica, pela presença do afeto." (2005, p.457)

4 VIOLAÇÃO AO DEVER DE AFETO E A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR DOS GENITORES

Conceber uma criança, esperar seu nascimento e assim já se importar com as responsabilidades oriundas de tal nascimento, para com o seu crescimento e amadurecimento sadio deve ser ditada tal responsabilidade aos pais.

Não é nada casual observar crianças criadas por um único genitor, sendo uma parcela delas, desconhecido o outro ascendente ou até mesmo quando conhecido, renegado pelo mesmo.

Então, através do exposto acima, abre-se uma interrogativa: É indenizável em valor fixado, o abandono correspondente a afetividade dos pais?

Para chegar a tal resposta, deve ser considerado e analisado a importância que os pais têm na vida do filho, o que a presença ou ausência do mesmo acarretará psicologicamente e moralmente.

A imagem configurada aos pais é de proteção, amparo esse que deve acarretar um desenvolvimento saudável da personalidade do indivíduo, psicologicamente e engrandecendo todo tipo de conhecimento vantajoso ao descendente.

Os deveres destinados aos pais não restringe somente ao auxílio material, indo muito além. O abandono afetivo, aqui estudado, pode trazer traumas psicológicos, que irá acompanhar sempre o prejudicado em sua vida, sendo motivo para ensejar indenização pecuniária, desde que provado tal lesão sofrida.

O valor atribuído é dado de acordo com o necessário para amenizar o dano sofrido. É inconcebível que além de presumida a culpa, esteja presente o dano para a caracterização de tal prejuízo. DIAS ensina que

“A falta da figura do pai desestrutura os filhos, tirando-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras e infelizes. Tal comprovação facilitada pela interdisciplinaridade, a cada vez mais presente no âmbito do direito de família tem levado o conhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem muito valioso.” (2007, p.407-8)

O abandono afetivo motivado pelos pais fere o princípio de maior relevância constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana, já que os direitos individuais tomam como base tal princípio basilador, devendo tal direito aprofundar em todo homem.

TEIXEIRA disserta que

“A conduta de um genitor ausente, que não cumpre as responsabilidades intrínsecas ao poder familiar,

enquadra-se perfeitamente entre os atos ilícitos, tendo ele descumprido seus deveres parentais perante o filho, inerentes ao poder familiar, esculpidos nos arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, 1.566, IV, 34 e 1.634, I e II, do CCB/02” (2005, p.152).

A denominação pai vai muito além daquele em que nome foi registrado, ou até mesmo determinado pelo juiz. Pai é aquele que exerce seu papel, cuidando e zelando pelo bem estar do filho, preocupando-se com o futuro e cuidando para que o mesmo o realize da melhor forma possível, havendo de tratar com um verdadeiro filho perante toda a sociedade.

É necessário para que configure o pedido de danos morais, que o mesmo fira o direito personalíssimo, dano que gere dor, sofrimento, sentimento de abandono, enfim, lesões que venham ofender a dignidade da pessoa humana, não limitando somente a necessidade material imposta obrigatoriamente ao pai. A responsabilidade por abandono da afetividade é configurada de forma subjetiva, devendo ser observado se a cessão se deu somente por parte do genitor.

O prazo prescricional para possível pedido indenizatório é de 3 anos, contados a partir da data que o fizer 18 anos completos ou da data da emancipação, se for o caso.¹²

4.1 Responsabilidade Civil e Pressupostos

A Responsabilidade Civil deve ser entendida como a obrigação encarregada de reparar o dano causado a um agente, por outrem. Sendo o ato, ação ou omissão do agente ou de pessoas e coisas que dependam do mesmo.

Observa o insigne CAVALIERI FILHO que

“a teoria da indenização de danos só começou a ter uma colocação em bases racionais quando os juristas constataram, após quase um século de estéreis discussões em torno da culpa, que o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil devia-se buscar

¹² Artigo 206, paragrafo 3, V. BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002

na quebra do equilíbrio econômico- jurídico provocado pelo dano." (2005, p.36)

Chegando a conclusão, a partir de do pensamento exposto que, a tese de Ihering, em que a obrigação de reparar nascia da culpa e não do dano, foi sendo desmoronada aos poucos.

Os pressupostos da Responsabilidade Civil dividem-se em conduta humana (ação ou omissão); o dano experimentado pela vítima; relação de causalidade e culpa ou dolo do agente.

A Conduta Humana é dissertada como sendo o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Dano é a designado pela conduta humana que traz ao terceiro um prejuízo, que deverá ser reparado, e para tal é necessário sua comprovação por parte de quem alega (prova do dano), salvo as exceções expressas em lei. O dano é classificado em patrimonial (material) e extrapatrimonial (moral).

A relação de causalidade é o nexos existente entre o dano sofrido pela vítima e a conduta, seja ela ativa ou omissiva, do agente sobre o qual recai a indenização, sendo essa relação na verdade o liame entre a conduta e a ação.

A culpa do agente será aquela em sentido estrito, ou seja, quando deu o agente causa ao resultado por negligência, imprudência ou imperícia.

O dolo por sua vez é a vontade consciente e dirigida para a um fim específico, de tal modo que a ação é realizada livremente pelo indivíduo. A consciência abrange a ação e a omissão do agente.

Não haverá responsabilidade civil sem dano, seja ele material ou moral, mesmo havendo casos em que irá existir a responsabilidade civil sem a culpa, mas nunca sem o dano.

A responsabilidade civil deve ser classificada em contratual e extracontratual, se for estabelecido de acordo com a formação, deverá ser graduada em objetiva e subjetiva. Adentra-se em cada uma delas a seguir:

A Responsabilidade Civil contratual trata do dano gerado pelo descumprimento do contrato auferido entre as partes.¹³

A responsabilidade extracontratual, denominada Aquiliana, qualifica-se pelo dano decorrente de ato ilícito, não existindo nenhum pacto contratual gerado antes do fato gerador entre o agente causador e a vítima.

Quando tratado da responsabilidade civil objetiva, deve-se conceituar que a mesma origina com a prática de um ato ilícito, violação ao direito de outrem, não sendo questionada em juízo, a culpa pelo ato ou o grau de participação do agente que causou o dano.¹⁴

A responsabilidade civil subjetiva, considerada a regra geral do Código Civil atuante, está previsto no artigo 186 e sendo complementado pelo artigo 927 do CC/02.

Na visão de Pereira "A essência da responsabilidade subjetiva vai se assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima." (1998)

A responsabilidade subjetiva tem como base a noção de culpa, que deve ser demonstrada pelo agente passivo o nexo de causalidade existente entre o dano e a ação ou omissão do causador. Tal teoria é considerada injusta, por inúmeras vezes o agente passivo da ação ser economicamente inferior quando comparado com a parte contrária, não havendo recursos suficientes para apresentação de forma satisfatória os elementos necessários para concretizar tal delito. Segundo DINIZ

"a responsabilidade civil está relacionada com a aplicação de medidas que obriguem a alguém reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato próprio imputado, de pessoas por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva) ou, ainda, de

¹³ Artigo 389 à 402. BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002

¹⁴ Artigo 927, parágrafo único. BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002.

simples imposição legal (responsabilidade objetiva)."
(2001, p.34)

4.2 O abandono afetivo como fato ilícito e danoso

O abandono afetivo praticado pelos pais é causa para que seja ensejado pedido reparatório de indenização, logrado no dano causado pelo fato ilícito cometido, mero pressuposto da responsabilidade civil, originando prejuízo a outrem, com isso, devendo ser reparado no valor necessário e suficiente para possível tratamento reparatório, devendo de ser devidamente provadas as consequências impugnadas. A reparação irá obedecer a juízos de equidade tendo em conta as circunstâncias concretas de cada caso.¹⁵

A tese da indenizabilidade do dano afetivo sustenta a possibilidade de que o Estado exija uma obrigação de fazer ou entregar um sentimento por parte do indivíduo, cujo conceito é indeterminado, fluído e impreciso. Parece pertencer à seara da psicologia o estudo do desenvolvimento da personalidade do indivíduo, bem como da repercussão da boa ou má criação dos filhos, razão pela qual suposto dano por abandono afetivo não pode ser presumido

A gravidade do dano será dado por um requisito objetivo, e não à luz de fatores subjetivos, sendo a gravidade apreciada em função da tutela do direito. O dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado, tendo a indenização a função de trazer satisfação ou paz de espírito ao ofendido, pelo reconhecimento judicial da ilicitude, de certa forma punindo o ofensor

É previsto expressamente a possibilidade de reparação por dano moral sofrido na Constituição Federal e como também no Código Civil. Deve-se conceituar dano moral, toda afronta a dignidade da pessoa humana ou direito de

¹⁵ Artigo 494 e 496, parágrafo 3. BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002.

personalidade, lesiona aspectos do direito da pessoa, como sendo, a honra, a imagem, todos os caracteres que direcionam ao direito personalíssimo individual.¹⁶

4.3 A Doutrina e Jurisprudência pátria: divergências aguçadas

O primeiro Tribunal a receber ação de responsabilidade civil e abandono afetivo e deferir positivamente, de acordo com o pedido do interessado ocorreu no estado do Rio Grande do Sul na Comarca de Capão da Canoa, sendo proferido pelo Juiz Mário Romano Maggiono.

A ação em estudo condenou ao pai o pagamento pecuniário correspondente a duzentos salários mínimos, visto a lesionada ter sofrido danos morais. Tal sentença transitou em julgado em agosto de 2003.

MAGGIONO confronta que

“o pagamento pecuniário não irá reparar, na totalidade, o mal que a ausência do pai causou, mas amenizará a dor e dará condições para que se busque auxílio psicológico e outros confortos para compensar a falta do pai. Enquanto a pena ao pai será no sentido de lhe fazer pensar sobre a função de pai e afirma: fa-lo-à repensar sua função paterna ou, ao menos, se não quiser assumir o papel de pai que evite ter filho no futuro.”(2004, p.149)¹⁷

Na Comarca de São Paulo, mas precisamente na 31ª Vara Cível, o jurista Luis Fernando Cirillo julgou parcialmente favorável o pedido da filha. O pai foi condenado ao pagamento de um valor aproximado a cento e noventa salários mínimos, tomando como base o dano moral sofrido, devidamente comprovado por perito, concluindo que a descendente apresentava conflito de identidade causado pela falta de interesse e afeto paternal. Tal valor foi calculado baseado em tratamentos médicos e psicológicos necessários para amenizar as seqüelas do abandono.

¹⁶ Artigo 5, V e X. BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

Artigo 186, BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002

¹⁷ TJRS, Ação Indenizatória n.º 141/1030012032-0, Relator: Mario Romano Maggiono, 2004, p. 149

Luiz Fernando Cirillo utilizou-se do seguinte pensamento “paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto, independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia.”¹⁸ (2004, p. 151-160)

Segundo COSTA

“não obstante, existem doutrinadores e juristas que se posicionam contrários à reparação de danos mediante indenização, em consequência da falta de afeto e convivência familiar. Eles temem que o pai condenado à pena pecuniária por sua ausência, será um pai que jamais se aproximará daquele rebento, em nada contribuindo pedagogicamente o pagamento da indenização para restabelecer o amor e a convivência harmoniosa.” (2005, p.42)

O Tribunal De Justiça de São Paulo julgou favorável o pedido de indenização ocasionado pelo abandono afetivo do pai, alegando o filho ter sido desprezado pelo genitor desde sua infância em virtude de uma deformidade física em sua orelha, gerando assim dano psíquico ao mesmo. A Decisão da 4ª Câmara de Direito Privado teve como fundamento o entendimento do Desembargador e relator do recurso Ênio Zuliani, acredita que o pai não teria sido solidário com o drama do filho, restringindo-se a cumprir a sentença da ação de alimentos, nada tendo feito para amenizar o drama pessoal vivido pelo filho em decorrência da má-formação da sua orelha.”¹⁹

Assim, há doutrinadores que acreditam que ao julgar procedente o pedido de indenização, estará na verdade prejudicando o filho, pois dificultará a aproximação entre filho e pai, que realizado o pagamento valorado na indenização, o pai estará isento de conceber amor e atenção ao filho carente do mesmo.

De acordo com o entendimento de COSTA

¹⁸ TJSP, Ação Indenizatória nº 01.036747-0, Relator: Luiz Fernando Cirillo, 2004, p. 151-160

¹⁹ Retirado do site Consultor Jurídico, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-13/justica-sp-condena-pai-indenizar-filho-abandono-afetivo>> Acesso em: 22/11/2011.

"há corrente doutrinária e jurisprudencial defendendo a reparação do dano psíquico causado ao filho destituído de afeto, através de condenação ao pagamento de eficaz tratamento psicológico ou psiquiátrico, para restituir a saúde emocional do filho abandonado. Com esta atitude estaria sendo acolhida a tese de reparação pelo uso abusivo de um direito, mas, em contrapartida, estaria sendo evitada a mercantilização do afeto." (2005, p.20-40)

A matéria que envolve responsabilidade civil por abandono afetivo divide e preocupa magistrados, principalmente pelo risco da banalização, da criação de uma indústria do dano moral. Quem defende a tese intransigentemente contrária ao dano moral argumenta que, não existindo a obrigação legal, não há ato ilícito, ainda que da falta de amor resulte algum dano afetivo ao filho.

4.4 Projeto de Lei nº 700/2007

O senador Marcelo Crivella, diante das discussões acerca da polêmica gerada sobre indenizar ou não em valor pecuniário, a ausência da afetividade paternal, elaborou um projeto de lei, que sendo aprovado, irá responsabilizar penal e civilmente aos pais que deixarem de prestar assistência moral aos filhos menores de 18 anos.

CRIVELLA utilizou-se do argumento para a criação do projeto relatando que

"mesmo havendo tribunais que já consideram a negligência causada pelos pais e assim julgando procedente o pedido na ação indenizatória, há julgados que não reputam os prejuízos sofridos, sendo decisões contrárias a requisição. Portanto, a lei iria de forma clara, estabelecer o dever dos pais com o filho."(2007)

Sendo aprovado tal projeto, irá tramitar da seguinte forma os artigos 5º, 22 e 24 do Estatuto da Criança e Adolescente.

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

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

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

O ECA será acrescido do seguinte artigo específico:

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

De acordo com estudo realizado, o Projeto de Lei foi protocolado em 06 de dezembro do ano de 2007, estando na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal desde a data 07 de dezembro de 2007. No dia 12 de maio de 2009, tal projeto foi encaminhado ao Plenário e no dia 18 de maio de 2009 a matéria estava em posse do senador Valdir Raupp para emissão de relatório. O projeto legislativo citado está em tramitação no Congresso Nacional, estando na data 02 de junho de 2011 pronto para pauta na comissão.

4.5 A nossa posição

Diante de todos os fatos expostos, das situações adversas descritas, do dano causado ao filho, seja ele moral e psicológico, é necessário que seja considerado a possível indenização em valor estabelecido diante da situação em que o prejudicado encontra-se constrangido e lesionado em seu interior.

A cada dia, o numero de casos com tal lide vem acontecendo em numero crescente, devendo tal problema ter maior atenção, já que porventura, há de ser transformado gradativamente em algo de tamanha extensão, havendo tribunais que votam contra, argumentando a razão que amor e nem afeto devem ser valorados, como os que acreditam que é necessário "castigar" de certa forma o acusado pelo fato ocasionado, devendo tal valor ditado ser utilizado para o reestabelecimento do filho a situação anterior ao fato.

É necessário a todo o individuo alguém que o guie em suas decisões, que o apoie e desfrute dos momentos difíceis e alegres, contribuindo assim para o crescimento interior do ser, inerente a todos. Por isso, deve sim ser indenizado aquele que sofreu danos pela não presença em todas as fases descritas e ademais, já que o dever do pai além de material, deve ser ampliado para aquele que contribua positivamente para o desenvolvimento do descendente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, utilizou-se da legislação brasileira vigente com o intuito de abrigar os interesses do rebento, que nos artigos descritos acentua de forma objetiva a importância que a presença dos pais gera na formação do filho em cidadão do bem, emergidos de dignidade, havendo de ser portado dos danos decorrentes da ausência da proteção do pai, sendo moral e psicológico.

A pesquisa baseou-se em julgados favoráveis aos prejudicados, em que os mesmos foram indenizados em valores considerados suficientes para tratamentos médicos necessários, devendo a vítima utilizar-se do valor com o intuito de transgredir ao estado inicial antes do evento danoso. No estudo descrito, houve de ser comentada sobre doutrinas divergentes a indenização por tal causa pedida, posto os argumentos utilizados para defender tal tese.

É devido que se considere a divergência de doutrinadores a respeito do tema, alguns acreditam que com o pagamento da pensão alimentícia está realizado as obrigações paternas, já outros acreditam que é necessidade para todo individuo a afetividade gerada pelos pais. As correntes que acreditam que

não deve ser valorada a ausência do afeto, afirmam que com o pagamento da indenização, a questão problema não seria resolvido, afastando cada vez mais a hipótese de reaproximação do pai e filho.

Diante de casos judiciais impostos, o Superior Tribunal de Justiça pronunciou a respeito de tal tema, defendendo a não possibilidade de indenização por abandono afetivo-moral. Diante disso, não há posicionamento do Superior Tribunal Federal a respeito do tema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002

BRASIL. ECA (2009). **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: Senado Federal, 2009.

FERRY, Luc. **Famílias, Amo Vocês: política e vida privada da era da globalização**. Rio de Janeiro, 2008.

LIMA, Taisa Maria Macena. **Guarda e afeto: tipo sociológico em busca de um tipo jurídico**. Controversias no sistema de filiação. Belo Horizonte. Universidade Federal de Minas Gerais, 1984.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. Editora: RT, São Paulo, 2007.

SANTOS NETO, Jose Antonio de Paula. **Do Pátrio Poder**. Editora: RT. São Paulo, 1994.

CURY; Garrido; Marçura. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 3 ed. revisado e atualizado. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 10 ed. Editora: Saraiva. São Paulo, 2007

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da Paternidade no novo Código Civil**. Editora: Saraiva. São Paulo, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Decisões Inovadoras e Mudanças de Paradigmas**. Editora: Del Rey, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Responsabilidade Civil: Responsabilidade Civil e ofensa à dignidade**. Revista Brasileira de Direito de Família. Vol. 7. Porto Alegre, 2005

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8º Ed. Rio de Janeiro, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro- Responsabilidade Civil**. 15 ed. Editora: Saraiva. São Paulo, 2001

COSTA, Maria Aracy Menezes de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Coad edição especial. Rio de Janeiro, 2005.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 4 ed. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 5º Ed. Editora: Método. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, 2010.

Tribunal de Justiça de São Paulo 31ª Vra Cível. Ação Indenizatória nº 01.036747-0. São Paulo. Autora: Melka Medga. Réu: Maurício Medga. Juiz Luiz Fernando Cirillo. 05 jun. 2004. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 6, n. 25, p.151-60.