

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
TAMIRES PEREIRA DA SILVA ROMANO

A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO
PARENTAL

SÃO PAULO
2018

TAMIRES PEREIRA DA SILVA ROMANO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO
PARENTAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
à Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie como requisito à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Ms. Hamid Charaf Bdine Júnior.

São Paulo

2018

TAMIRES PEREIRA DA SILVA ROMANO

A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE ABANDONO PARENTAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado
à Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie como requisito à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Professor Hamid Charaf Bdine Júnior
Universidade Presbiteriana Mackenzie

São Paulo

2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus avós, que são a base da minha vida, por nunca deixarem de me apoiar, incentivar e, principalmente amar, em toda minha jornada. Eu amo vocês.

À minha amada mãe, por estar do meu lado, me apoiando, em todos os momentos da minha vida.

Aos meus irmãos, por me incentivarem quando eu precisei, me mantendo forte. Obrigada pelas risadas, pelo silêncio, pela compreensão e pelas noites em claro.

Aos meus amigos, que sempre estiveram do meu lado, nos piores e melhores momentos de minha vida.

Ao meu orientador, prof. Ms. Hamid Charaf Bdine Júnior, exemplo de profissional e professor. Obrigada por compartilhar seu conhecimento, tanto em sala de aula quanto em orientação.

Aos meus colegas de trabalho, sou eternamente grata pela paciência e ensinamentos diários.

O meu mais sincero “Obrigado” à todos que contribuíram para a realização deste sonho.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo demonstrar a Responsabilidade Civil nos casos de abandono afetivo parental, considerado um tema novo dentro do Direito Civil, especialmente no Direito de Família e, como isso interfere nos vínculos familiares.

A abordagem inicia-se com os pais, no papel de genitores, que acabam por abandonando seus filhos, e estes auferem oportunidades de recorrer ao judiciário para pleitear indenização pelo dano moral causado.

O dano moral pode resultar em crianças envolvidas com sentimentos de frustrações, insatisfações e tristezas. Além disso, pode causar sérios problemas psicológicos e até mesmo levá-las à criminalidade.

Por se tratar de um tema relativamente novo, ainda não foi pacificado pela maioria dos Tribunais no Brasil, no qual tratam tal matéria como um direito subjetivo, ou seja, depende da vontade do indivíduo ou de determinada conduta prevista em lei.

Palavras chaves: Direito de Família; Responsabilidade Civil; Criança; Abandono afetivo; Indenização.

ABSTRACT

The present study aims to demonstrate the Civil Responsibility in cases of parental affective abandonment, considered a new topic within the Civil Law, especially in Family Law, and how this interferes in family ties.

The approach begins with the parents as parents, who eventually abandon their children, and they have opportunities to appeal to the judiciary to seek compensation for the moral damage caused.

Moral damage can result in children involved with feelings of frustration, dissatisfaction and sadness. In addition, it can cause serious psychological problems and even lead to criminality.

Because it is a relatively new issue, it has not yet been pacified by the majority of Courts in Brazil, in which they treat such matter as a subjective right, that is, it depends on the will of the individual or certain conduct provided for by law.

Key words: Family Law; Civil responsibility; Kid; Affective abandonment; Indemnity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 DIREITO DE FAMÍLIA	9
2.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL	10
2.2 DIREITO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO	11
2.3 PRINCÍPIOS APLICADOS AO DIREITO DE FAMÍLIA.	13
2.4 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	16
3 RESPONSABILIDADE CIVIL	17
3.1 CONCEITO HISTÓRICO.....	19
3.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE.....	20
3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	22
3.3.1 DA AÇÃO OU OMISSÃO DO AGENTE	22
3.3.2 DA CULPA OU DOLO DO AGENTE.....	24
3.3.3 NEXO DE CAUSALIDADE	25
3.3.4 DO DANO.....	25
4 APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO PARENTAL	26
4.1 OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR	28
5 JURISPRUDÊNCIA.....	29
6 CONCLUSÃO.....	34
7 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS	36
ANEXOS	39
ANEXO A	39
ANEXO B	40
ANEXO C	42
ANEXO D	43

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo possui como objetivo a possibilidade de indenização, com a conseqüente reparação de danos aos filhos abandonados, em razão do abandono afetivo por seus genitores.

A partir do momento que o indivíduo viola uma obrigação e, causa danos a terceiros, ocorre a responsabilidade civil, com a posterior reparação de danos. O que se busca estudar no presente trabalho é se a ausência de afeto pelos pais na vida de seus filhos gera o dever de indenizar.

Trata-se de um tema novo e, por não estar pacificado nos Tribunais Brasileiros, é possível encontrar diversos julgados, no qual nota-se a divisão de posições entre os julgadores e, até mesmo na própria doutrina.

Primeiramente, entraremos no âmbito de Direito de Família, estudando o conceito histórico; o Direito de Família no ordenamento jurídico; princípios aplicados ao direito de família; e o direito da criança e do adolescente.

No segundo momento, estudaremos a responsabilidade civil: conceito histórico; espécies de responsabilidade; e pressupostos da responsabilidade, como a ação ou omissão e culpa ou dolo do agente, nexo de causalidade e dano.

Logo após estudarmos a responsabilidade civil, adentraremos na aplicabilidade da responsabilidade civil por abandono parental e, a obrigação de indenizar, com uma breve análise do projeto de Lei 3212/2015, proposto pelo Senado Federal, com a finalidade de caracterização do abandono afetivo como ato ilícito civil.

Por fim, concluiremos o estudo com uma análise jurisprudencial.

2 DIREITO DE FAMÍLIA

Para iniciar os estudos sobre direito de família, necessário entender o que é uma família para o direito, porque é uma relação definida pela época, cultura, religião e outros elementos sociais.

Com o passar do tempo, o conceito de família foi se alterando, de acordo com a época, religião, entre outros elementos, e pode-se se dizer que foi um dos institutos jurídicos que mais se alterou na sociedade¹. Nas primeiras civilizações dentro dos grupos todos mantinham relações sexuais entre si, mas as genitoras dos frutos dessas relações eram conhecidas o que fez a família de início uma entidade matriarcal.²

Posteriormente, observa-se grande alteração nas relações familiares principalmente no que tange a monogamia e ao patriarcado, alterações estruturais trazidas pela religião.

A família romana, uma das que influenciou a construção da família brasileira, era um reflexo do patriarcado baseada principalmente na autoridade do *pater* que tinha o poder de vender os filhos, penalizá-los e até decidir se deviam viver ou morrer, sendo a mulher também completamente submissa à vontade do *pater*.³

No mais, importante ressaltar que existe atualmente inclinação ampliar o conceito de família, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves:

Acrescenta-se, por fim, que há, na doutrina, uma tendência de ampliar o conceito de família, para abranger situações não mencionadas pela Constituição Federal. Fala-se, assim, em:

- a) Família matrimonial: decorrente do casamento;
- b) Família informal: decorrente da união estável;
- c) Família monoparental: constituída por um dos genitores com seus filhos;
- d) Família anaparental: constituída somente pelos filhos;

¹ Nesse sentido Silvio Venosa aduziu: “Entre vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteram no curso dos tempos.” VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: família*. 17ªEd. São Paulo: Atlas, 2017, página 19.

² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: família*. 17ªEd. São Paulo: Atlas, 2017, página 20.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. Volume 6. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, página 22 “No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido”

- e) Família homoafetiva: formada por pessoas do mesmo sexo;
- f) Família eudemonista: caracterizada pelo vínculo afetivo.

Pode-se dizer que o Direito de Família é o conjunto de normas e princípios que regem os direitos pessoais e patrimoniais das relações e vínculos de parentescos.

Nas palavras de Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva:

“Generalidades – Todo homem ao nascer, torna-se membro integrante de uma entidade natural e social, o organismo familiar. A ela conserva-se ligada durante a sua existência embora venha a constituir nova família. O entrelaçamento das múltiplas relações, estabelecidas entre os componentes da referida entidade, origina um complexo de disposições, pessoais e patrimoniais, que formam o objeto do direito de família.

Desde logo evidencia-se a importância desse estudo, tão de perto ligado à própria vida. Dentre todas as instituições – públicas ou privadas – a da família reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social.

CÍCERO chamou-a de *seminariumreipublicae*. Efetivamente, onde e quando a família se mostrou forte, aí floresceu o Estado; onde e quando se revelou frágil, aí começou a decadência geral¹.²⁴

O Direito de Família é regido pelos seguintes princípios, que serão abordados nos capítulos abaixo: dignidade da pessoa humana; princípio da afetividade; princípio da liberdade; princípio do pluralismo familiar; princípio da igual jurídica de todos os filhos; princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros; princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; princípio da igualdade e isonomia dos filhos; princípio da livre decisão do casal no planejamento familiar; princípio da solidariedade familiar.⁵

2.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL

⁴ Tavares da Silva, Regina Beatriz – Curso de direito civil, 2: direito de família/Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva, - 41. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

⁵ “A doutrina nem sempre cita os mesmos princípios para Carlos Roberto Gonçalves os princípios do direito de família são: dignidade da pessoa humana, igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, igualdade jurídica de todos os filhos, paternidade responsável e planejamento familiar, comunhão plena de vida baseada afeição entre cônjuges ou conviventes e liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar.” GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. Volume 6. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pagina.17 e 18.

No Brasil, por muitos anos, o conceito de família baseava-se nos pais, que realizavam o casamento e, posteriormente, vinha a concepção e o nascimento dos filhos.

A constituição de 1916 ignorava qualquer tipo de relação que não fosse o casamento, em virtude do grande poder da Igreja Católica.

Sem o casamento, não havia a formação da família, e não era reconhecida a filiação de filhos concebidos fora da relação matrimonial⁶. Neste sentido:

“O Código Civil de 1916 proclamava, no art. 229, que o primeiro e principal efeito do casamento é a criação da família legítima. A família estabelecida fora do casamento era considerada ilegítima e só mencionada em alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, então chamado de concubinato, proibindo-se, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida.”⁷

2.2 DIREITO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

Atualmente família consiste na organização social formada a partir de laços sanguíneos, jurídicos ou afetivos, com conceito baseados nos princípios como a igualdade, solidariedade e respeito à dignidade da pessoa humana e, com a liberdade e garantias da mulher, apreciadas pelas cláusulas pétreas, as quais não podem ser alteradas, nem mesmo com emenda constitucional.

Não é possível diferenciar os papéis entre os cônjuges, até mesmo porque a Carta Magna, acompanhando o crescimento e a mudança cultural, reconhece a existência de núcleos de família que não são formados somente pelo casamento. Neste sentido:

“Num sentido restrito, o vocábulo abrange tão somente o casal e a prole, Num sentido mais largo, cinge o vocábulo a todas pessoas

⁶ Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves: “Os filhos que não procediam de justas núpcias, mas de relações extramatrimoniais, eram classificados como ilegítimos e não tinham sua filiação assegurada pela lei, podendo ser naturais e espúrios”. Gonçalves, Carlos Roberto Direito civil brasileiro, volume 6 : direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. – 14. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 30 e 31.

⁷ Gonçalves, Carlos Roberto Direito civil brasileiro, volume 6 : direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. – 14. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 30.

ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cujo alcance ora é mais dilatado, ora mais circunscrito, segundo o critério de cada legislação. E, em sentindo ainda mais amplo, surgem os elos socioafetivos, ao lado dos vínculos de sangue, como determinantes da existência da relação familiar.”⁸

Reconhecido os elos socioafetivos e, ao passar dos anos, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma importante mudança para o Direito de Família: O casamento. Este passa a ter uma ligação com o sentimento de afeto que, tornou-se a base do núcleo familiar e, assim, surge o princípio da afetividade.

O princípio da afetividade passou a ser o principal suporte das relações familiares, sempre em sincronia com os outros princípios, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O afeto é considerado pela Carta Constitucional como valor jurídico, uma vez que está totalmente presente nas relações de convívio e, conforme exposto anteriormente, atualmente o casamento em si não se baseia apenas no registro civil, e sim nas relações de convivência e o próprio afeto, conforme dispõe o artigo 226⁹ da Constituição, que reconhece a união estável como entidade familiar.

Pois bem, a Autora Regina Beatriz Tavares da Silva, analisa brevemente o artigo supracitado da Constituição:

“Assim, a Constituição Federal prescreve, no art. 226, que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, tendo disposto ainda, no §1º, que “o casamento é civil e gratuita a celebração”, para acrescentar, em seguida, no §3º, que, “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, continuando no §4º a dispor a respeito da comunidade familiar.

(...) Em suma, sensível e manifesta atuação do Estado no campo do direito de Família, no sentido de tutelar e resguardar, em qualquer de suas manifestações, o grupo familiar, elemento da própria vida e base fundamental da sociedade. Cite-se prudente advertência que já fazia

⁸ Tavares da Silva, Regina Beatriz – Curso de direito civil, 2: direito de família/Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva, - 41. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, página 17

⁹ ANEXO A.

ANGEL OSSORIO⁶: onde há fortes e sadios núcleos familiares, caminham os povos da melhor forma; onde a família se desagrega, tudo soçobra. Observa-se que essa parte do direito civil, sofre a influência de vários fatores, sociológicos, religiosos e morais. Mais que qualquer outra matéria, o direito de família presta-se ao debate e à controvérsia. Por isso, inúmeras as dissensões que se notam em seu estudo.”¹⁰

Assim, a Constituição Federal equiparou à família oriunda do casamento, a proteção do Estado, e esta não abrange apenas ao matrimônio registrado no civil, como também a união estável tanto entre pessoas do mesmo sexo, quanto sexos opostos, e também por entidade familiar constituída somente por um genitor e seu(s) filho(s).

Além disso, em relação aos filhos, estes ganharam, proteção na modificação da ordem constitucional, como observa-se no artigo 227 da Constituição Federal.¹¹

Ademais, sendo a família a base da sociedade, as normas que dizem respeito a família de ordem pública dito que é instituição que merece proteção estatal, visando uma maior estabilidade. Conduz o raciocínio Carlos Roberto Gonçalves:

“Já foi dito que a família constitui o alicerce mais sólido em que se assenta toda a organização social, estando a merecer, por isso, a proteção especial do Estado como proclama o art. 226 da Constituição Federal, que a ela se refere como “base da sociedade”. É natural, pois, que aquele queira protegê-la e fortalecê-la, estabelecendo normas de ordem pública, que não podem ser revogadas pela vontade dos particulares e determinando a participação do Ministério Público nos litígios que envolvem relações familiares.”¹²

2.3 PRINCÍPIOS APLICADOS AO DIREITO DE FAMÍLIA.

Como citado anteriormente, o direito de família é orientado pelos seguintes princípios: dignidade da pessoa humana; princípio da afetividade; princípio da

¹⁰ Tavares da Silva, Regina Beatriz – Curso de direito civil, 2: direito de família/Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva, - 41. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p.19.

¹¹ ANEXO A.

¹² Gonçalves, Carlos Roberto Direito civil brasileiro, volume 6 : direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. – 14. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 26 e 27.

liberdade; princípio do pluralismo familiar; princípio da igualdade de todos os filhos; princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros; princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; princípio da livre decisão do casal no planejamento familiar.

“Da CF é possível extrair os princípios que norteiam o direito de família. Segundo Maria Helena Diniz, são eles: a) o princípio da *ratio* do matrimônio (a afeição entre os cônjuges e a necessidade de que perdure completa comunhão de vida); b) o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges, já referido anteriormente; c) o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, também apontado anteriormente; d) o princípio do pluralismo familiar, já mencionado; e) o princípio consagração do poder familiar, que pode ser incluído no da igualdade entre os cônjuges; f) o princípio da liberdade do casal no desenvolvimento das atividades destinadas á família; e, por fim, g) o princípio do respeito à dignidade humana, garantia do pleno desenvolvimento dos membros da comunidade familiar (Curso de direito civil brasileiro – direito de família. São Paulo, Saraiva, 2002, v.V).¹³

Considerado como direito fundamental de toda pessoa humana, o princípio da dignidade reconhece o indivíduo dentro de todo o ordenamento jurídico, bem como no direito de família e, o Estado possui a finalidade de proteção do mesmo. Além disso, protege a vida e a integridade, tanto física, quanto moral, de todos integrantes da família.

Este princípio está na inserido na Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III¹⁴, além do artigo 226, § 7º¹⁵, este já citado no presente estudo.

O princípio da afetividade não se encontra de forma expressa na nossa Carta Constitucional, porém este interliga as pessoas pela própria afetividade, ou seja, a vontade de querer constituir uma família, inspirado no afeto, com um bom relacionamento.

¹³(Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002/ coordenador Cezar Peluso – 11. Ed. Ver. E atual. – Barueri, SP: (Manole, 2007, página 1520/1521)

¹⁴ ANEXO A.

¹⁵ ANEXO A.

A afetividade em relação ao casamento encontra suporte no Código Civil, em seu artigo 1511¹⁶: “*O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.*”

Nessa lógica:

“O objetivo de estabelecer comunhão plena de vida e a igualdade de direitos e deveres do cônjuge são pressupostos de existência e validade do casamento. A comunhão plena de vida pressupõe a existência de amor e afeto entre o casal, a dedicação exclusiva ao outro cônjuge e aos filhos. A relação matrimonial impõe a mútua convivência, a reciprocidade de interesse na organização da vida e nas atitudes ou condutas individuais e, por fim, uma gama de direitos e deveres iguais, que irão disciplinar a vida em comum.”¹⁷

O princípio da liberdade parte da idéia inicial de que os cônjuges podem exercer sua livre vontade de casar, divorciar, entre outros, no qual ambos podem também escolher e controlar sua própria vida, sem nenhum tipo de intervenção, principalmente do Estado.

Refere-se também ao livre poder de decisão do casal no planejamento familiar, a escolha do regime de bens do casamento, bem como a educação de seus filhos, realçando também o princípio da igualdade jurídica entre cônjuges.

“Na família constituída pela comunhão de vida é defesa a interferência de quem quer seja. O Estado ou qualquer pessoa de direito público ou privado estão proibidos de intervir na comunhão de vida instituída pela família. O Estado deverá sim assegurar a proteção à família. Este artigo tem como colário o disposto no art. 1º, III, relativo à dignidade da pessoa humana, no art. 5º, X, que se refere á inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas, ambos da CF, bem como o disposto no art. 226, § 7º, também da carta Magna, e o disposto no art.

¹⁶ BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

¹⁷Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002/ coordenador Cezar Peluso – 11. Ed. Ver. E atual. – Barueri, SP: Manole, 2007, página 1521.

1565, § 2º, deste Código (veja comentário), que conferem autonomia ao casal sobre o planejamento familiar.”¹⁸

No princípio do pluralismo familiar, a forma de família veio se modificando ao decorrer do tempo, e própria Constituição considera como relações familiares a união estável e as relações monoparentais, e passaram a ter também a proteção do Estado.

No princípio da igualdade jurídica entre os filhos, instaurado pela Lei Maior, extingue-se a discriminação entre os filhos, visando conservar e preservar os vínculos biológicos, bem como a adoção e vínculos de afetividade, realçando os laços de afeto existentes.

Ou seja, preserva-se a igualdade jurídica de tratamento para todos os filhos, independente de qual for a filiação, sem nenhum tipo de discriminação.

2.4 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Antes de adentrar ao presente tópico, vale destacar o princípio do melhor interesse da criança, elencado no artigo 227, da Constituição Federal, já citado anteriormente e, dos artigos 3, 4 e 5 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/90¹⁹.

O princípio preza pela proteção da criança e do adolescente. No artigo 19 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, durante o Pacto de San José, Costa Rica, em 1969, dispõe que: *“Toda criança tem direito às medidas de proteção que na sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do estado.”*

O ordenamento jurídico brasileiro traz como prioridade a proteção integral das crianças e adolescente. Assim, a Constituição despreza qualquer tipo de discriminação de filhos, uma vez que todos são iguais perante a lei, conforme disposto anteriormente no *“princípio da igualdade jurídica entre os filhos”* (fls X).

De acordo com o artigo 2º da Lei nº 8069/90, supracitada anteriormente, *“Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade*

¹⁸Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002/ coordenador Cezar Peluso – 11. Ed. Ver. E atual. – Barueri, SP: Manole, 2007, página 1523.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”. A referida lei traz a proteção e socorro ao menor de idade em qualquer tipo de necessidade.

A criança e o adolescente têm direito à um crescimento seguro, com um desenvolvimento saudável e harmonioso, em condições dignas.

Em seu artigo 5º, afirma que *“Nenhuma criança ou adolescente poderá passar por casos de discriminação, negligência, exploração, violência, crueldade, opressão, ou até mesmo omissão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”*, e em caso de suspeitas de algum caso citado acima, o Conselho Tutelar deverá ser comunicado.

Destaca-se no presente tópico, o artigo 16 do Estatuto, no qual especifica à criança e ao adolescente os aspectos do direito à liberdade, em geral: ter opinião e expressão, praticar esportes, ter momentos de lazer, contestar e recorrer quando necessário a instâncias superiores e ter sigilo em todos os processos que for parte, independente da causa, ser respeitado, ter vaga em escola pública (dever do Estado em proporcionar educação).

Assim, deve a criança e o adolescente possuir uma vida digna, de modo que nunca se ultrapasse seus direitos fundamentais.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

Considera-se responsabilidade civil o ato próprio realizado que, causa prejuízos a terceiros, gerando assim, o dever de ressarcir a vítima. Podemos dizer que com a aplicação da responsabilidade civil, busca-se o equilíbrio entre as partes.

Maria Helena Diniz explica a definição do vocábulo “responsabilidade”, que é originária do latim:

“O vocábulo “responsabilidade” é oriundo do verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo. Tal termo contém, portando, a raiz latina *spondeo*, fórmula pela qual se vinculava no direito romano, o devedor nos contratos verbais.

Deveras, na era romana a *stipulatio* requeria o pronunciamento das palavras *dare mihi spondes?*²⁰

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, “A responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último.”²¹.

Nesta esteira, podemos delinear um raciocínio no qual define a responsabilidade civil como a reparação de dano, baseado na execução de um ato próprio que traz como consequência algum prejuízo, tanto moral quanto patrimonial, resultando assim na responsabilidade, com a intenção de se restabelecer o equilíbrio entre as partes.

Observa-se que este equilíbrio supracitado baseia-se na prática de um ato (ilícito), caracterizando a responsabilidade e gerando uma obrigação do agente (quem causou o dano), de indenizar a vítima (quem sofreu o dano). Nesta toada:

“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.”²²

Ainda neste raciocínio:

“É no campo semântico do verbo imputar que se encontra o conceito fundante da responsabilidade. Para Ricoeur,² uma notável definição do termo seria aquela concedida pelos jusnaturalistas: “imputar uma ação a alguém é atribuí-la a esse alguém como o seu verdadeiro autor, lançá-la por assim dizer à sua conta e torná-lo responsável por ela”.²³

²⁰ DINIZ, Maria Helena, Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. 25. Ed – São Paulo: Saraiva, 2011, página 49.

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 2: obrigações: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, página 511.

²² DINIZ, Maria Helena, Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. 25. Ed – São Paulo: Saraiva, 2011, página 51.

²³ Farias, Cristiano Chaves de Curso de direito civil: responsabilidade civil/ Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal, Felipe Peixoto Braga Netto - 4. ed. rev. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, página 34

Vejamos, em suma, se o indivíduo causar algum dano, que venha a causar prejuízo tanto na esfera moral quanto na esfera material, este tem o dever de reparar tal infortúnio à vítima.

3.1 CONCEITO HISTÓRICO

O histórico da responsabilidade civil teve seu início no direito romano, quando surgiu a diferenciação entre reparação e dano dentro dos chamados delitos públicos e delitos privados. Dessa forma explica Carlos Roberto Gonçalves:

“A diferenciação entre a “pena” e a “reparação”, entretanto, somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima.

O Estado assumiu assim, ele só, a função de punir. Quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal⁹.”²⁴

Além disso, o grande marco histórico da responsabilidade civil foi a *Lex Aquilia*. O autor Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho explana que a edição da *Lex Aquilia* foi de extrema importância, dando nome a nova designação da responsabilidade civil delitual ou extraconcursal.²⁵

Carlos Roberto Gonçalves também explica a responsabilidade no Direito Francês, onde se estabeleceu certos princípios norteadores, quais sejam: “direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de

²⁴ Gonçalves, Carlos Roberto – Direito civil brasileiro: responsabilidade civil, v. 4 – 10.ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, página 25

²⁵ Gagliano, Pablo Stolze – Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, página.11.

uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência.”²⁶.

Ainda neste sentido, Gonçalves aduz que a diferenciação entre culpa delitual e culpa contratual surgiu no Código de Napoleão.²⁷

No Direito Brasileiro, manteve-se o princípio da responsabilidade com base na culpa, no artigo 927²⁸ do Código Civil e, definiu o ato ilícito no artigo 186, 187²⁹.

A partir destes artigos, consegue-se especificar os tipos de responsabilidade existentes no nosso ordenamento jurídico.

3.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE

A responsabilidade civil se tornou uma matéria de considerável extensão dentro do direito civil, e desenvolve-se em diferentes espécies, que podemos classificar segundo a doutrina da Mestre e Doutora Maria Helena Diniz:³⁰

- a) Responsabilidade contratual.
- b) Responsabilidade extracontratual.
- c) Responsabilidade objetiva.
- d) Responsabilidade subjetiva.
- e) Responsabilidade direta.
- f) Responsabilidade indireta.

Antes de adentrar as espécies de responsabilidade, necessário se faz explicar o conceito de culpa, caracterizada como um dos pressupostos da responsabilidade civil. A culpa é provocada a partir da imprudência, imperícia e negligência do agente causador. Quando há intenção na ação praticada, ocorre o dolo.

²⁶ Gonçalves, Carlos Roberto – Direito civil brasileiro: responsabilidade civil, v. 4 – 10.ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, página 26

²⁷ Carlos Roberto Gonçalves esclarece que a responsabilidade civil se funda na culpa, definição no qual foi inserida na legislação de todo o mundo. - Gonçalves, Carlos Roberto – Direito civil brasileiro: responsabilidade civil, v. 4 – 10.ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, página 26

²⁸ Anexo C.

²⁹ Anexo c.

³⁰ Diniz, Maria Helena – Curso de direito civil brasileiro, volume 7: Responsabilidade civil – 25 ed. – São Paulo: Saraiva 2011.

Desse modo, explica o autor Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

“Afinal, o que se entende por “culpa”?”

SAVATIER, citado por AGUIAR DIAS, após reconhecer na idéia de culpa para dois elementos (objetivo – o dever violado, e subjetivo – a imputabilidade do agente), define-a nos seguintes termos: “A culpa (faute) é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual. Se a violação do dever, podendo ser conhecida e evitada, é involuntária, constitui a culpa simples, chamada, fora da matéria contratual, de quase-delito”.³¹

Segundo Maria Helena Diniz³², no tocante à responsabilidade contratual e extracontratual, estas estão relacionadas quanto ao fato gerador. A responsabilidade contratual se origina do ilícito contratual, tanto da ausência de adimplemento quanto da mora no cumprimento de qualquer obrigação. Já a responsabilidade extraconcursal se origina do inadimplemento normativo, ou seja, a prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, uma vez que as partes não estejam em uma relação obrigacional ou contratual.

No que tange à responsabilidade objetiva e subjetiva, estas estão relacionadas quanto ao fundamento. A responsabilidade objetiva se justifica no risco. A responsabilidade subjetiva, também conhecida como “Teoria da culpa”, se justifica na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesionando terceiros.

Vale ressaltar que para configurar a responsabilidade subjetiva, se faz necessário que tenha a conduta dolosa do agente causador, o nexo de causalidade e o dano (prejuízo) efetivo.

³¹ Gagliano, Pablo Stolze – Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, página 122.

³² Diniz, Maria Helena – Curso de direito civil brasileiro, volume 7: Responsabilidade civil – 25 ed. – São Paulo: Saraiva 2011.

Por fim, relativamente ao agente, ou seja, o indivíduo que pratica a ação, a responsabilidade será direta ou indireta. Será direta se a ação for praticada pela própria pessoa, ou seja, ato próprio. Será indireta se oriunda de atos de terceiro³³.

3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como visto anteriormente, o artigo 186 do Código Civil é o dispositivo legal base universal e fundamental da responsabilidade civil, combinado com o artigos 187 e 927 do mesmo Código. A regra diz que o indivíduo que causa dano a outro, obrigatoriamente terá que repará-lo.

Analisando a fundo o artigo supracitado, percebe-se a existência de quatro elementos que são essenciais para caracterização da responsabilidade civil: a) ação ou omissão do agente; b) culpa ou dolo do agente; c) nexos de causalidade; e d) o dano ou prejuízo experimentado pela vítima.

Vale ressaltar que a culpa, momentaneamente é desnecessária. Assim explica os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

“A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexos de causalidade, todos eles desenvolvidos cuidadosamente nos próximos capítulos.”³⁴

3.3.1 DA AÇÃO OU OMISSÃO DO AGENTE

A ação ou omissão poderá ocorrer por ato próprio ou de terceiro e, o agente responderá assim pelos seus danos que vierem a serem causados.

³³ Maria Helena Diniz aduziu que “com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, de fato de animal e de coisas inanimadas sob sua guarda.” Diniz, Maria Helena – Curso de direito civil brasileiro, volume 7: Responsabilidade civil – 25 ed. – São Paulo: Saraiva 2011, página 146.

³⁴ Gagliano, Pablo Stolze – Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, página. 25.

Essas ações que venham a causar tal dano se originam de uma ação voluntária, no qual a conduta humana teve seu início em uma vontade consciente do agente³⁵, causando prejuízo, dano ou uma lesão a alguém. Já nas omissões, temos um não fazer, em que o agente se oculta e permite que a vítima sofra o dano. Na omissão, a situação poderia ter sido evitada.³⁶

Conforme explica Carlos Alberto Gonçalves, mencionando o autor Silvio Rodrigues, “a ação ou omissão do agente, que dá origem à indenização, geralmente decorre da infração de um dever, que pode ser legal (disparo de arma em local proibido), contratual (venda de mercadoria defeituosa, no prazo de garantia) e social (com abuso de direito: denúncia caluniosa).”³⁷

Além disso, o autor supracitado cita um exemplo:

“O motorista que atropela alguém pode ser responsabilizado por omissão de socorro, se esta é a causa da morte, ainda que a culpa pelo evento caiba exclusivamente à vítima, porque tem o dever legal de socorrê-la. A responsabilidade civil por omissão, entretanto, ocorre com maior frequência no campo contratual.”

Ademais, nas palavras de Maria Helena Diniz, “a ação, fato gerador da responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se bem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. A omissão é, em

³⁵ Os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho explica que “O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.” Gagliano, Pablo Stolze – Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, página. 27.

³⁶ Carlos Roberto Gonçalves aduziu que para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com sua prática, o dano poderia ter sido evitado. - Gonçalves, Carlos Roberto – Direito civil brasileiro: responsabilidade civil, v. 4 – 10.ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, página 59.

³⁷ Gonçalves, Carlos Roberto – Direito civil brasileiro: responsabilidade civil, v. 4 – 10.ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, página 59.

regra, mais freqüente no âmbito da inexecução das obrigações contratuais (RT, 452:245).”³⁸

3.3.2 DA CULPA OU DOLO DO AGENTE

Como explicado anteriormente, a “culpa é provocada a partir da imprudência, imperícia e negligência do agente causador. Quando há intenção na ação praticada, ocorre o dolo” (página 21).

A culpa se caracteriza pela ausência de prudência e diligência no ato cometido, quando não se espera o resultado final, chamada também por alguns doutrinadores como a culpa em sentido estrito.³⁹

Nesta toada:

“A culpa *stricto sensu* ou *aquiliana* abrange a imprudência, a negligência e a imperícia. Imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela. Negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. E imperícia é falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato. Não há responsabilidade sem culpa, exceto disposição legal expressa, caso em que se terá responsabilidade objetiva⁷.”⁴⁰

Já o dolo, nas palavras de Carlos Alberto Gonçalves, é quando a “atuação desastrosa do agente é deliberadamente procurada, voluntariamente alcançada, diz-se que houve a culpa *lato sensu* (dolo).”.

Em suma, o dolo consiste na vontade do agente em cometer o ato, e a culpa na falta de diligência. Muitas vezes, é difícil comprovar a ocorrências de ambos.

³⁸ Diniz, Maria Helena – Curso de direito civil brasileiro, volume 7: Responsabilidade civil – 25 ed. – São Paulo: Saraiva 2011. Página 56;

³⁹ Carlos Alberto Gonçalves esclarece que “a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter percebido seu ato nem medido as suas conseqüências.” - Gonçalves, Carlos Roberto – Direito civil brasileiro: responsabilidade civil, v. 4 – 10.ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, página 325.

⁴⁰ Gonçalves, Carlos Roberto – Direito civil brasileiro: responsabilidade civil, v. 4 – 10.ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, página 327.

3.3.3 NEXO DE CAUSALIDADE

Dos pressupostos elencados, o nexo de causalidade é o mais importante para a configuração da responsabilidade civil. Carlos Roberto Gonçalves define o nexo de causalidade como a relação (entre a conduta e o dano) de causa e efeito direto e imediata.⁴¹

Já Sílvio de Salvo Venosa explica que “o conceito de nexo causal ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.”⁴²

Sendo assim, nexo causal é o vínculo fundamental para a reparação do dano. É a relação de causa e efeito entre a ação e a omissão do agente que causou a vítima tal dano.

3.3.4 DO DANO

Dano é a violação de um direito. Caracteriza-se como elemento principal para obter a reparação do prejuízo sofrido. Para Maria Helena Diniz:

“O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extraconcursal, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar (RSTJ, 63:251).”⁴³

Além disso, observa-se os ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho:

“O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não

⁴¹Gonçalves, Carlos Roberto – Direito civil brasileiro: responsabilidade civil, v. 4 – 10.ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, página 361.

⁴² Venosa, Sílvio de Salvo – Direito Civil: Responsabilidade civil / Sílvio de Salvo Venosa. – 2 ed. – São Paulo: Atlas, 2002 – (Coleção direito civil; v.4). Página 36.

⁴³ Diniz, Maria Helena – Curso de direito civil brasileiro, volume 7: Responsabilidade civil – 25 ed. – São Paulo: Saraiva 2011. Página 77.

houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado, etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.”⁴⁴

No nosso ordenamento jurídico existem diversos tipos de danos, mas no presente estudo foca-se em apenas dois tipos: o material e o moral, este último se destaca.

O dano material se divide em lucros cessantes e danos emergentes. É um dano considerado medível, passível de retornar ao *status quo ante*.

O dano moral, objeto maior do presente estudo, é tudo aquilo que atinge o indivíduo no seu psicológico, ou em melhores palavras, sua moral, tudo que o ataca psicologicamente. Para Carlos Roberto Gonçalves:

“Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoas não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.”⁴⁵

4 APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO PARENTAL

Antes de adentrar ao tema, vale ressaltar o dever da família, da sociedade e do Estado disposto no artigo 227⁴⁶ da Constituição Federal. É dever destes assegurar à criança, adolescente e jovens o direito à vida, à saúde, alimentação, à educação, entre outros.

⁴⁴ Filho, Sérgio Cavalieri, Programa de Responsabilidade Civil, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, página 70.

⁴⁵ Gonçalves, Carlos Roberto – Direito civil brasileiro: responsabilidade civil, v. 4 – 10.ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, página 361.

⁴⁶ ANEXO A.

Simultaneamente, o artigo 229 da Constituição Federal prevê expressamente que *“os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”*

Além disso, o artigo 22 do Estatuto da Criança e do adolescente traz à tona o dever dos pais: o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores.

Assim, o vínculo de filiação gera aos pais direitos e deveres resultantes do poder familiar. Seja pai ou mãe, possuem uma ligação obrigacional em relação aos filhos, por força do texto legal e suas conseqüências. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

“Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores. Segundo SILVIO RODRIGUES, “é o conjunto de direitos e deveres atribuídos ao pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”¹”⁴⁷

A criança abandonada pode sofrer diversas conseqüências, e a maioria destas atacam principalmente o psicológico do menor. Essas conseqüências podem desenvolver traumas que afetam o comportamento, e até mesmo depressão, e muitas vezes, estes traumas necessitam de acompanhamento médico, para se evitar que interfiram as relações futuras.

Porém, não é apenas a distância entre os pais e seus filhos que caracterizam o abandono afetivo, como também a ausência do papel paternal ou maternal na rotina diária da criança, mesmo residindo no mesmo domicílio.

Para melhor elucidar o tema, trago ao presente trabalho, uma decisão do ilustríssimo Ministro Aldir Passarinho Junior, da Quarta Turma Julgadora do Supremo Tribunal de Justiça⁴⁸. Apesar da r. decisão afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo, vale a pena destacar este trecho:

“Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o

⁴⁷ Gonçalves, Carlos Roberto – Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família – 8 ed. rev. e atual. – São Paulo, Saraiva, 2011, página 412.

⁴⁸ Anexo D.

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

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

Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização.”⁴⁹

Entretanto, como muito bem lembrado pelo ilustre Ministro a indenização possui a função de punir os indivíduos, e principalmente dissuasória.

4.1 OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

A afetividade, a aproximação entre os genitores e seus filhos, principalmente quando os pais são divorciados, ou não chegaram a ter um casamento, é de extrema importância para o crescimento moral, psicológico e até mesmo físico da criança, além dos laços socioafetivos entre os outros parentes, por exemplo, os avós.

Nas palavras do autor Rolf Madaleno:

“Portanto, amor e afeto são direitos natos dos filhos, que não podem ser punidos pelas desinteligências e ressentimentos dos seus pais, porquanto a falta deste contato influencia negativamente na formação e no desenvolvimento do infante, permitindo este vazio a criação de carências incuráveis, e de resultados devastadores na autoestima da descendência, que cresceu acreditando-se rejeitada e desamada.”⁵⁰

Reforçando todos os artigos já citados anteriormente, nos resta compreender que os genitores tem uma obrigação, ou em melhores palavras, um compromisso de afeto para com seus filhos, pois estes precisam de suporte para seu desenvolvimento.

Ainda no raciocínio de Rolf Madaleno:

⁴⁹ Anexo D. Página 10.

⁵⁰ Madaleno, Rolf Direito de família / Rolf Madaleno. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2018, página 494.

“Para Cláudia Maria da Silva,¹⁴⁸ uma sadia convivência familiar respeita o direito de personalidade do filho e garante a sua dignidade, porque a responsabilidade dos pais não se esgota apenas na contribuição material e assim também pensa Rodrigo Santos Neves ao escrever se tratar a convivência familiar de um direito fundamental da criança e do adolescente, atributos essenciais do processo de formação da sua personalidade e desenvolvimento como pessoa, e negar esse direito representa violação ao direito fundamental de convivência.

149”⁵¹

Atualmente, existe um projeto de lei⁵² com a proposta de alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente, para caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil. Nesta esteira, destaca-se trechos do voto do Relator Alan Rick.

“Há o dever dos pais bem mais amplo de possibilitar a seus filhos o desenvolvimento humano pleno baseado em pilares constitucionais como os do respeito à dignidade da pessoa humana, da doutrina da proteção integral a crianças e adolescentes e da paternidade responsável.

A doutrina da proteção integral a crianças e adolescentes é aquela enunciada a priori pelo Art. 227 de nossa Lei Maior, que assevera, com a necessária amplitude, que “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”.

5 JURISPRUDÊNCIA

⁵¹ Madaleno, Rolf Direito de família / Rolf Madaleno. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2018, página 494.

⁵² Projeto de Lei 3212 /2015 proposta em 06 /10 /2015 na Câmara dos Deputados.

Nos dias atuais, os Tribunais ainda possuem divergências sobre a indenização ser ou não devida nos casos de abandono afetivo parental.

No caso abaixo, o ilustre Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior, da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, houve por bem reconhecer o dano moral pelo abandono afetivo, caracterizando a omissão, um dos pressupostos para caracterização da responsabilidade civil, com a seguinte ementa:

“DANO MORAL – Responsabilidade Civil – Abandono afetivo – Caracterização – O abandono afetivo indenizável deve ser injustificado e voluntário, o que restou demonstrado, e pela omissão houve, ainda, abalo psicológico, que é verossímil, pela narrada sensação de desamparo e rejeição, violadores da autoestima e dignidade pessoal - Recurso provido.”⁵³

No caso em questão, o autor (filho) ajuizou ação de indenização por dano moral contra o réu (pai) que, mesmo após ter a paternidade reconhecida com a realização do exame de DNA, manteve-se ausente, configurando o dano moral por abandono afetivo.

Ainda neste sentido, mais um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo em que o ilustre Desembargador Luiz Antonio Costa da 7ª Câmara de Direito Privado, no qual também reconheceu o dano moral por abandono afetivo, no qual houve o nexo causal e comprovado e, assim, caracterizando a responsabilidade civil:

“Família – Abandono Afetivo – Pai Apelante admitiu ter interrompido contato com filha – Descumprimento do dever de convivência – Dano e nexo causal comprovado por estudo psicossocial – Abandono afetivo configurado – Reparação reduzida de dez para quatro mil reais, à luz do relativamente pequeno período de não abandono (a partir de fins de 2013) e da renda do pai Apelante – Recurso parcialmente provido.”⁵⁴

⁵³ (TJSP; Apelação 0006941-27.2010.8.26.0127; Relator (a): Alcides Leopoldo; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Carapicuíba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/04/2017; Data de Registro: 04/04/2017)

⁵⁴ (TJSP; Apelação 1001096-83.2014.8.26.0344; Relator (a): Luiz Antonio Costa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Marília - 2ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 31/10/2016; Data de Registro: 31/10/2016)

No caso acima, a autora (filha) ajuizou ação condenatória contra o réu (pai), pela ausência desmotivada desde fevereiro de 2011. Alega que anterior a esta data, o pai era presente.

É válido também lembrar que também há julgados negativos, como se pode ver a seguir:

Responsabilidade Civil. Abandono afetivo. Pai e filho que, em apenas duas oportunidades, em 13 anos, tiveram contato pessoal. Ação julgada procedente para condenar o genitor a pagar indenização por dano moral (R\$ 10.000,00) recurso. Ausência de relações pessoais e afetivas ou familiares em tentativas de aproximação por parte de ambos. Recurso provido. Ação improcedente.⁵⁵

O ilustre Desembargador Fábio Quadros, da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, não reconheceu o dano moral por abandono afetivo, por reconhecer que as partes quase não tiveram convivência, e que não tiveram oportunidade, por diversas razões, de experimentar relacionamento permeado pelo respeito mútuo, entre outros aspectos.

Por último, o julgado da ilustre Desembargadora Rosangela Telles, da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual entendeu que não houve a configuração do dano moral, uma vez que não restou comprovado os pressupostos da responsabilidade civil:

“APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ABANDONO AFETIVO. DANO MORAL. Inocorrência. Não há como impor aos genitores a obrigação de dar amor e afeto aos seus filhos. Todavia, há possibilidade de responsabilizá-los pelos danos decorrentes da ausência, diante de eventual conduta ativa ou omissiva, que configure violação do dever de cuidado. Inteligência do art. 186 do CC/02. Precedente do STJ. No caso dos autos, inobstante os dissabores sofridos pelo apelado, decorrentes da falta de carinho e atenção paterna, não restou demonstrado o dolo ou culpa por parte do apelante, pressupostos subjetivos necessários para o reconhecimento

⁵⁵ (TJSP; Apelação 0005081-87.2015.8.26.0297; Relator (a): Fábio Quadros; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jales - 3ª Vara; Data do Julgamento: 03/05/2018; Data de Registro: 08/05/2018)

do dever de indenizar. O distanciamento entre as partes resulta de circunstâncias da vida, notadamente da separação dos genitores, da falta de estrutura familiar e da mudança do filho para outro município. Inexistência de ato ilícito. Dano moral não caracterizado. Precedentes desta C. Câmara. Sentença reformada. Ônus da sucumbência invertido. RECURSO PROVIDO.”⁵⁶

Por fim, destaco um trecho do livro do autor Rolf Madaleno, no qual abrange o conflito na nossa jurisprudência:

“E, embora possa ser até dito que não há como o Judiciário obrigar a amar, também deve ser considerado que o Judiciário não pode se omitir de tentar, buscando de uma vez por todas acabar com essa cultura da impunidade que grassa no sistema jurídico brasileiro desde os tempos em que as visitas configuravam um direito do adulto e não como um evidente e incontestável dever que têm os pais de assegurar aos filhos a convivência familiar, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF, art. 227). A condenação de hoje pelo dano moral causado no passado, tem imensurável valor propedêutico para evitar ou arrefecer o abandono afetivo do futuro, não mais pela ótica do amor que foi omitido, e que, em duas oportunidades, a Quarta Turma do STJ deliberou pela inviabilidade do exercício da pretensão ressarcitória, argumentando inexistir amparo legal (REsp. n. 757.411/MG de Relatoria do Ministro Fernando Gonçalves e REsp. n. 514.350/ SP, de Relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior) mas, como entendeu a Ministra Nancy Andrighi no REsp. n. 1.159.242-SP, 131 pelo dever jurídico de cuidar, para que filhos sejam postos a salvo de toda a forma de negligência e para que pais irresponsáveis pensem duas vezes antes de usar seus filhos como instrumento de vingança de suas frustrações amorosas. A existência da divergência entre os votos dos Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Júnior em relação ao da Ministra Nancy Andrighi, que compreendeu pelo cabimento da tutela ressarcitória, resultou nos Embargos de

⁵⁶ (TJSP; Apelação 1000815-69.2016.8.26.0082; Relator (a): Rosangela Telles; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Boituva - 2ª Vara; Data do Julgamento: 27/10/2017; Data de Registro: 27/10/2017).

Divergência em REsp. n. 1.159.242/SP, em voto do Relator, Ministro Marco Buzzi, conhecendo dos embargos de divergência e negando-lhes provimento, conforme transcrição da ementa, constante na nota de rodapé, 132 no entanto, no julgamento destes embargos de divergência, foi suscitada preliminar de conhecimento pelo Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, cuja maioria dos componentes da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento datado de 09 de abril de 2014, não conheceu dos embargos de divergência por inexistência de similitude fático-jurídica entre os arestos confrontados, 133 nos termos do voto do Ministro João Otávio Noronha, acompanhado pelos Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Galotti, Antônio Carlos Ferreira e Villas Bôas Cueva, vencidos, na preliminar, os Srs. Ministros Marco Buzzi, Nancy Andrichi, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino.”⁵⁷

⁵⁷ Madaleno, Rolf Direito de família / Rolf Madaleno. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2018, página 491.

6 CONCLUSÃO

É nítido, diante do exposto nos tópicos anteriores, que a instituição familiar se modificou bastante e que progrediu, deixando de ser uma estrutura rígida e abrindo espaço para que se amolde a cada indivíduo.

Essa evolução fez com que o princípio da afetividade se tornasse centro para a caracterização do que é família e seus componentes. Ao mesmo tempo que o princípio da afetividade alcançou posição de destaque a criança e adolescentes foram dotados de especial proteção no que tange os mais variados aspectos da vida (da dignidade da pessoa humana), como, por exemplo, proteção contra danos psicológicos.

Nesse sentido, de acordo com a Constituição Federal de 1988, aos pais cabe a cuidar de sua prole, incumbindo a eles prover o sustento dos filhos, a educação, o desenvolvimento, guardá-los e servir como representantes para os atos da vida civil.

Apesar de não ser entendimento uníssono, quando algum pai ou mãe não presta assistência básica exigida aos seus filhos, analisando sua responsabilidade civil, comete ato ilícito. Conclusão essa que se tira da análise dos artigos 186 e 927 do Código Civil, que dispõe que quem viola direito alheio, seja por sua ação ou por deixar de agir, comete ato ilícito e fica, por isso, obrigado a reparar o dano causado.

A indenização cumpre o objetivo de deixar claro ao genitor abandonador que sua conduta foi ilícita e é reprovável pelo direito e pela sociedade, sendo assim demonstra um caráter punitivo. Além disso, ressalta-se que, por óbvio, o dano emocional sofrido por quem foi abandonado afetivamente não irá ser resolvido com o valor da indenização, no entanto serve de alento para a vítima.

Desta forma, não se deve negar a indenização simplesmente porque não se pode transformar o afeto em pecúnia, uma vez que realidade vai muito além. Não se pode esquecer que o valor indenizatório ainda pode servir para ajudar em tratamento psicológico decorrente do abandono.

Há diversas decisões conflitantes quando se analisa a jurisprudência brasileira, por outro lado é um assunto que vem sendo cada vez mais abordado o que vem gerando alterações no que era considerado abandono para os tribunais.

O que se espera disso é que cada vez mais os genitores dêem valor e arquem com suas responsabilidades como pais e saibam que seu papel é relevante na sociedade, garantindo que as crianças e adolescentes possam crescer com dignidade. A criança e o

adolescente são de grande relevância para a sociedade e é isso que toda a sociedade deve considerar ao se posicionar sobre casos que os envolvam.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, André Borges de Carvalho; AGUIRRE, João Ricardo Brandão. Direito civil. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:

CÂMARA DOS DEPUTADOS - Projeto de Lei 3212 /2015 proposta em 06 /10 /2015 na Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?tipoproposicao=PL+-+Projeto+de+Lei&data=09%2F11%2F2018&page=false&emtramitacao=Todas&numero=3212&ano=2015>

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 2: obrigações: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena, Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. 25. Ed – São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de Curso de direito civil: responsabilidade civil/ Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Felipe Peixoto Braga Netto - 4. ed. rev. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FILHO, Sérgio Cavalieri, Programa de Responsabilidade Civil, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze – Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008

GONCALVES, Carlos Roberto – Direito civil brasileiro: responsabilidade civil, v. 4 – 10.ed. – São Paulo: Saraiva, 2015

GONÇALVES, Carlos Roberto Direito civil brasileiro, volume 6 : direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. – 14. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família. Volume 6.* São Paulo: Saraiva Educação, 2018

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm

MADALENO, Rolf Direito de família / Rolf Madaleno. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2018.

PELLUSO, CESAR Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002/ coordenador Cezar Peluso – 11. Ed. Ver. E atual. – Barueri, SP: Manole, 2007, página 1520 e 1521.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz – Curso de direito civil, 2: direito de família/Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva, - 41. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>

VENOSA, Sílvio de Salvo – Direito Civil: Responsabilidade civil / Sílvio de Salvo Venosa. – 2 ed. – São Paulo: Atlas, 2002 – (Coleção direito civil; v.4).

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: família.* 17ªEd. São Paulo: Atlas, 2017, p. 19.

ANEXOS

Anexo A

Dispõe sobre os artigos elencados na Constituição Federal.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

“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.

(...) § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Anexo B

Dispõe sobre a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm

“Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a

fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”

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

“Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

- I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
- II - opinião e expressão;
- III - crença e culto religioso;
- IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;
- V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
- VI - participar da vida política, na forma da lei;
- VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.”

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

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.”

Anexo C

Dispõe sobre a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o Código Civil.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo

seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.’’

Anexo D

Dispõe sobre o julgado do Ilustre Ministro Aldir Passarinho Júnior.

RECURSO ESPECIAL Nº 514.350 - SP (2003/0020955-3)

RECORRENTE : R A DA S ADVOGADO : STANIA MARIA GREGORIN

RECORRIDO : J L N DE B

ADVOGADO : JOSÉ CARLOS SIMÕES

Julgado em 28.04.2009

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 514.350 - SP (2003/0020955-3)

RELATOR : **MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR**
RECORRENTE : R A DA S
ADVOGADO : STANIA MARIA GREGORIN
RECORRIDO : J L N DE B
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS SIMÕES

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO.

I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005).

II. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de abril de 2009 (Data do Julgamento)

MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 514.350 - SP (2003/0020955-3)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: R. A. da S. interpõe, pela letra "a" do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 182):

"DANOS MORAIS - Condenação em investigação de paternidade julgada procedente - Inadmissibilidade - Hipótese em que só após o reconhecimento da paternidade é que surgiu a filiação, e dessa forma, antes disto não existia filiação reconhecida, e, conseqüentemente, não poderia o apelado descumprir quaisquer deveres inerentes à condição de pai - Recurso provido."

Alega o recorrente que a decisão violou os arts. 159, 1.537 e 1.553 do Código Civil anterior, porquanto o investigado, cuja paternidade foi reconhecida e com isso se conformou, sabia da sua condição de genitor e, mesmo assim, furtou-se *"a dar carinho, atenção e presença ao filho, deixando-o à mercê do cruel repúdio"* (fl. 223); que restou comprovado nos autos que o réu *"namorava duas mulheres ao mesmo tempo, a genitora do recorrente e a pessoa com quem a despeito disso, o Recorrido casou-se e teve outros dois filhos, que sempre exibiram condição social e financeira de alto padrão e invejável à classe média"*; que sofreu *"sérios danos, tanto morais quanto patrimoniais, intelectuais e afetivos"*, daí porque postula a reforma parcial do acórdão para que o recorrido seja condenado *"ao pagamento de um salário mínimo por mês de vida do Recorrente, por sua recusa ilícita em reconhecer-lhe " a paternidade.*

Sem contrarrazões (fl. 243).

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 249/251.

Superior Tribunal de Justiça

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, pelo Dr. Henrique Fagundes, no sentido do conhecimento e provimento do recurso, para restabelecer-se a sentença (fls. 257/262).

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 514.350 - SP (2003/0020955-3)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR

(Relator): Trata-se de ação de investigação de paternidade movida por R. A. da S., ora recorrente, contra J. L. N. de B., julgada parcialmente procedente em grau de apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com o reconhecimento do estado de filiação, porém excluídos os danos morais obtidos em primeiro grau.

O voto condutor do acórdão, de relatoria do eminente Desembargador Leite Cintra, traz a seguinte fundamentação (fls. 183/185):

"Dá-se provimento ao recurso e afasta-se a condenação em danos morais como posto na r. sentença atacada. Ante a sucumbência parcial, arcará o réu apelante com 60% das custas do processo e com honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00, devidamente corrigidos a partir desta data.

Não obstante merecedor de encômios, o digno Magistrado Clóvis Ricardo de Toledo Junior, ao ver da Turma Julgadora, não se houve com o melhor direito quando abraçou a tese da possibilidade de aplicação de danos morais em investigatória de paternidade julgada procedente, quando movida por filho maior de vinte e um anos, que, por se auto-sustentar e ante a impossibilidade de pleitear alimentos pretéritos, termina por compensar este pedido que lhe é negado com a verba estipulada a título de danos morais.

No caso dos autos, como já ressaltado no relatório, conformou-se o apelante com o reconhecimento da paternidade pelo julgado atacado, rebelando-se apenas contra a condenação no pagamento de 180 salários mínimos a título de danos morais.

Tem razão neste passo o ilustre Subscritor do recurso quando realça que fundamento fático da ação no que tange à referida condenação, é a assertiva de que o apelante teria 'fugido aos seus compromissos, furtando-se a lhe dar carinho, atenção e presença ao filho, deixando-o à mercê do cruel repúdio'.

Esta última colocação deixa claro que a indenização

Superior Tribunal de Justiça

decorreria precisamente da prática dos atos acima que se constituiriam em atos ilícitos, supedâneo, aliás, para pedido de qualquer indenização, seja material, seja moral, como assentado no artigo 159 do Código Civil.

Ora, o próprio festejado Yussef Said Cahali, citado pelo digno Magistrado ('Dano moral', 2ª ed., pág. 662), quando alude à preexistência da 'paternité de fait' à 'paternité de droit', em oposição à tese acima ali apontada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que negou dano moral porque só após o reconhecimento da paternidade é que surgiu a filiação, e dessa forma, 'antes disto, não existia filiação reconhecida, e, conseqüentemente, não poderia o apelado descumprir quaisquer deveres inerentes à condição de pai', mais adiante, no terceiro parágrafo de fls. 663, afirma:

'Não se nega que, em função da simples 'paternité de fait', haveria deveres de criação e sustento do filho pelo genitor, mas simples dever moral, e não obrigação juridicamente exigível, que só nasce com a 'paternité de droit', com o reconhecimento voluntário ou judicial.

Afastada a configuração de 'abandono material' pelo não pagamento de alimentos pretéritos, restaria apenas uma difícil configuração de dano moral, já que o próprio 'abandono moral' não dispensaria o requisito do pátrio poder, que somente se constitui com o reconhecimento.'

Anote-se, por derradeiro, que o acima disposto não fere, ao ver da Turma Julgadora, seja o artigo 1º, inc. III, seja o artigo 5º, inc. V e X, da Constituição Federal.

Ante a sucumbência parcial, arcará o réu apelante com 60% das custas do processo e com honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00, devidamente corrigidos a partir desta data.

Ante o expendido, dá-se provimento ao recurso e afasta-se a condenação em danos morais como posto na r. sentença atacada."

É apontada ofensa aos arts. 159, 1.537 e 1.553 do Código Civil anterior.

Tenho, entretanto, que a irresignação não prospera, posto que a decisão objurgada se harmoniza com o entendimento desta 4ª Turma no julgamento do Resp n. 757.411/MG, de relatoria do ilustre Ministro Fernando Gonçalves, cujo judicioso voto

Superior Tribunal de Justiça

condutor, ao qual aderi naquela oportunidade, transcrevo, **verbis**:

"A questão da indenização por abandono moral é nova no Direito Brasileiro. Há notícia de três ações envolvendo o tema, uma do Rio Grande do Sul, outra de São Paulo e a presente, oriunda de Minas Gerais, a primeira a chegar ao conhecimento desta Corte.

A demanda processada na Comarca de Capão da Canoa-RS foi julgada procedente, tendo sido o pai condenado, por abandono moral e afetivo da filha de nove anos, ao pagamento de indenização no valor correspondente a duzentos salários mínimos. A sentença, proferida em agosto de 2003, teve trânsito em julgado, vez que não houve recurso do réu, revel na ação. Cumpre ressaltar que a representante do Ministério Público que teve atuação no caso entendeu que 'não cabe ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor', salientando não poder ser a questão resolvida com base na reparação financeira.

O Juízo da 31ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo-SP, a seu turno, condenou um pai a indenizar sua filha, reconhecendo que, conquanto fuja à razoabilidade que um filho ingresse com ação contra seu pai, por não ter dele recebido afeto, 'a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia'.

A matéria é polêmica e alcançar-se uma solução não prescinde do enfrentamento de um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, qual seja, determinar quais danos extrapatrimoniais, dentre aqueles que ocorrem ordinariamente, são passíveis de reparação pecuniária. Isso porque a noção do que seja dano se altera com a dinâmica social, sendo ampliado a cada dia o conjunto dos eventos cuja repercussão é tirada daquilo que se considera inerente à existência humana e transferida ao autor do fato. Assim situações anteriormente tidas como 'fatos da vida', hoje são tratadas como danos que merecem a atenção do Poder Judiciário, a exemplo do dano à imagem e à intimidade da pessoa.

*Os que defendem a inclusão do abandono moral como dano indenizável reconhecem ser impossível compelir alguém a amar, mas afirmam que 'a indenização conferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atende duas relevantes funções, além da compensatória: a punitiva e a dissuasória. (Indenização por Abandono Afetivo, Luiz Felipe Brasil Santos, **in** ADV - Seleções Jurídicas, fevereiro de 2005).*

Superior Tribunal de Justiça

Nesse sentido, também as palavras da advogada Cláudia Maria da Silva: 'Não se trata, pois, de 'dar preço ao amor' – como defendem os que resistem ao tema em foco - ,tampouco de 'compensar a dor' propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave.' (Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos á Personalidade do Filho, *in* Revista Brasileira de Direito de Família, Ano VI, nº 25 – Ago-Set 2004)

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

Por outro lado, é preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.

*No caso em análise, o magistrado de primeira instância alerta, **verbis** :*

'De sua vez, indica o estudo social o sentimento de indignação do autor ante o tentame paterno de redução do pensionamento alimentício, estando a refletir, tal quadro circunstancial, propósito pecuniário incompatível às motivações psíquicas noticiadas na Inicial (fls. 74)

(...)

Tais elementos fático-probatórios conduzem à ilação pela qual o tormento experimentado pelo autor tem por nascedouro e vertedouro o traumático processo de separação judicial vivenciado por seus pais, inscrevendo-se o sentimento de angústia dentre os consectários de tal embate emocional, donde inviável inculpar-se

Superior Tribunal de Justiça

exclusivamente o réu por todas as idiosincrasias pessoais supervenientes ao crepúsculo da paixão.' (fls. 83)

Ainda outro questionamento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso?

Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos, valendo transcrever trecho do conto 'Para o aniversário de um pai muito ausente', a título de reflexão (Colocando o 'I' no pingõ... E Outras Idéias Jurídicas e Sociais, Jayme Vita Roso, RG Editores, 2005):

'O Corriere della Sera, famoso matutino italiano, na coluna de Paolo Mieli, que estampa cartas selecionadas dos leitores, de tempos em tempos alguma respondida por ele, no dia 15 de junho de 2002, publicou uma, escrita por uma senhora da cidade de Bari, com o título 'Votos da filha, pelo aniversário do pai'.

Narra Glória Smaldini, como se apresentou a remetente, e escreve: 'Caro Mieli, hoje meu pai faz 67 anos. Separou-nos a vida e, no meu coração, vivo uma relação conflitual, porque me considero sua filha 'não aproveitada'. Aos três anos fui levada a um colégio interno, onde permaneci até a maioridade. Meu pai deixara minha mãe para tornar a se casar com uma senhora. Não conheço seus dois outros filhos, porque, no dizer dele, a segunda mulher 'não quer misturar as famílias'.

Faz 30 anos que nos relacionamos à distância, vemo-nos esporadicamente e presumo que isso ocorra sem que saiba a segunda mulher. Esperava que a velhice lhe trouxesse sabedoria e bom senso, dissipando antigos rancores. Hoje, aos 39 anos, encontro-me ainda a esperar. Como meu pai é leitor do Corriere, peço-lhe abrigar em suas páginas meus cumprimentos para meu pai que não aproveitei.'

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios

Superior Tribunal de Justiça

previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido.

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

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

Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral."

O acórdão restou assim ementado:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

2. Recurso especial conhecido e provido."

(4ª Turma, REsp n. 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005)

Portanto, achando-se a decisão do Tribunal estadual na linha de pensamento desta Turma julgadora, que ora se reitera, não conheço do recurso especial.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2003/0020955-3

REsp 514350 / SP

Números Origem: 2298734 9211998

PAUTA: 28/04/2009

JULGADO: 28/04/2009
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ALDIR PASSARINHO JUNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : R A DA S
ADVOGADO : STANIA MARIA GREGORIN
RECORRIDO : J L N DE B
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS SIMÕES

ASSUNTO: Civil - Família - Investigação de Paternidade - Cumulação com Alimentos

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 28 de abril de 2009

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI
Secretária