

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ABANDONO AFETIVO DE SEUS FILHOS

Talita Maira Meneses Vieira

Graduada em Direito pelo UNIFOR-MG

Altair Resende de Alvarenga

Professor de Direito Penal e Direito de Família do UNIFOR-MG e
Juiz da Vara de Família e Sucessões da Comarca de Formiga/MG

RESUMO

Os pais são responsáveis por criar e educar seus filhos, proporcionando-os amparo moral e afetivo, o que é fundamental para o crescimento e formação da personalidade do indivíduo. Ocorre que muitos filhos não possuem a referência paterna/materna necessária. Assim, a Sociedade busca uma solução para o problema a fim de proporcionar ao filho o direito ao pai, postulando, neste sentido, sobre a possibilidade de se arbitrar indenização por danos morais a ser paga pelos pais, em face do abandono afetivo sofrido, que, conforme será verificado no presente trabalho, possui caráter punitivo, havendo a possibilidade de possuir também, caráter preventivo. Ocorre que amor e dinheiro são grandezas diferentes, e não podem se compensar. Neste sentido, o presente trabalho busca analisar sobre a possibilidade de arbitramento de danos morais em desfavor do pai, em decorrência do abandono afetivo sofrido pelo filho, visando à dignidade da pessoa e o melhor interesse do menor. Esta questão é de interesse social e vem sendo muito discutida nos Tribunais, no Senado e na Câmara através de Projetos de lei em tramitação, inclusive entre os doutrinadores, e até mesmo entre os cidadãos.

Palavras-chaves: Indenização. Dano Moral. Pai. Dever de Convivência. Melhor interesse do menor.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade de configuração de indenização a ser paga pelos pais, em virtude do abandono afetivo sofrido, posto que alguns filhos estão buscando a tutela jurisdicional, a fim de receber tal indenização sendo que, tal abandono é entendido como sendo a ausência dos pais durante a formação do indivíduo.

Será utilizado no presente trabalho o termo pai, tendo em vista que ainda não foi ajuizada nenhuma ação em face da genitora, posto que, na maioria dos casos, o filho fica sob a guarda da mãe.

Primeiramente, será abordada a Responsabilidade Civil através de seu conceito com base no dever de reparação do dano causado, aspectos históricos e função da reparação baseada na tríplice: reparar, punir e educar, bem como o dano moral, demonstrando que sua configuração está ligada à agressão à dignidade da pessoa humana, demonstrando as funções da responsabilidade civil, focando em sua principal função, que é o dever de reparação que não será alcançado com o arbitramento do dano moral por abandono afetivo, eis que, um pai que não possui laços de afeto com um filho, não passará a amá-lo após pagar uma vultosa indenização.

Sequencialmente, serão mostrados os aspectos históricos da Família, em consonância com o ordenamento jurídico à época, permitindo ao leitor, a compreensão da evolução dos aspectos jurídicos relacionados à família.

Após, trataremos da relação paterno-filial, ressaltando a sua importância para a construção da personalidade do filho.

Em seguida, demonstraremos que há meios efetivos para proteção dos filhos através da extinção do poder familiar, e da fixação de alimentos, portanto, com base no melhor interesse do menor, o Estado deverá buscar meios para conscientizar o pai da necessidade de convivência com o filho, onde, através desta convivência, criam-se laços de afeto, reparando o dano causado.

Ao explicar sobre o dever de convivência dos pais com seus filhos, será demonstrado que este dever não será cumprido através do pagamento da indenização, pois um pai que não tem laços de afeto com seu filho, não passará a amá-lo após o pagamento de uma indenização, sentindo que cumpriu seu dever para com o filho com o pagamento da indenização, o que não irá reparar o dano causado.

Finalmente, abordaremos sobre a possibilidade legal de concessão de indenização por dano moral aos filhos que sofreram abandono afetivo, demonstrando os posicionamentos favoráveis e contrários, consignando ainda, que o amor não tem preço.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p. 51),

a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou

contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

Desta forma, a responsabilidade civil se trata de uma relação obrigacional, onde o infrator tem o dever de reparar os danos injustos causados a outrem.

2.1 Função da Reparação Civil

A função da Reparação Civil é baseada na tríplice: reparar, punir e educar.

Assim, nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p. 63), o objetivo básico e principal finalidade da reparação civil é a compensação do dano causado à vítima, ou seja, a reparação.

Com função secundária, está a função punitiva do ofensor, e por fim, a desmotivação social da conduta lesiva, de cunho socioeducativo, com o fim de tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas.

3 DANO MORAL

O dano moral está assegurado na Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso X¹, sendo, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 83), uma “agressão à dignidade da pessoa humana”.

O Código Civil também se refere expressamente ao dano moral em seu artigo 186.²

Para Sílvio de Salvo Venosa (2009, p.41), dano moral é

o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dessaborzinho da vida que pode acarretar indenização.

Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 81) ainda explica:

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

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

² 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.

O dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética, razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no Direito Português. Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insuscetível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.

Neste viés, levando em consideração, as funções da reparação civil e do dano moral de acordo com o objeto de estudo do presente trabalho, ou seja, a responsabilização dos pais por abandono afetivo de seus filhos, e a consequente incidência de dano moral, deve-se levar em conta o melhor interesse do menor.

Desta forma, tal imputação não deve ser incluída na Lei de forma genérica, visto que, com base no melhor interesse do menor, a única função que viabiliza as necessidades do filho abandonado é a reparação.

Um filho que recebe alimentos, mas não tem uma referência paterna, não consegue preencher essa lacuna através de um valor indenizatório pago pelo pai. Essa lacuna só poderá ser preenchida se houver a determinação de visitas acompanhadas por um psicólogo, onde, com o tempo, com certeza passará a existir um vínculo de afeto onde não haverá mais a necessidade de determinação de visitas, pois a presença de um na vida do outro ocorrerá de forma voluntária.

Assim, o arbitramento do dano moral não é o melhor caminho para solucionar o problema, eis que um litígio entre pai e filho possui maior probabilidade de se criar laços de ódio que laços de afeto.

Neste sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2008, p. 76) afirmam que:

reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais que o ser.

4 DAS FAMÍLIAS

A família, base da sociedade, possui especial proteção do Estado assegurado pela Constituição da República de 1988 em seu artigo 226 caput.³

³ “Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Clóvis Beviláqua *apud* Rodrigo da Cunha Pereira (2003 p.06) afirma que a família é “um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consaguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e respectiva progênie.”

Houve uma evolução do conceito de família, que antigamente era confundido com o conceito de casamento, sendo que com a evolução das famílias e do Direito de família, esse conceito pode ser melhor visualizado separadamente, tendo a Constituição da República de 1988 reconhecido em seu artigo 226 §§ 3º e 4º⁴ a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, e também a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

4.1 Aspectos históricos da Família

4.1.1 A Família e as Constituições Brasileiras

A primeira e única Constituição do período Imperial, outorgada em 1824, pelo Imperador Dom Pedro I, não fez nenhuma referência à família e ao casamento, sendo que, na época, a família era patriarcal, ressaltando a prevalência do homem e a exclusão da mulher no processo político nacional.

A segunda Constituição brasileira e primeira republicana promulgada em 1891, fez apenas, uma breve referência quanto à celebração do casamento civil em virtude da separação entre o Estado e a Igreja.⁵

A segunda Constituição da República de 1934 dedicou um pequeno capítulo com quatro artigos à família, estabelecendo regras do casamento indissolúvel, e reconhecimento de filhos naturais (não adulterinos⁶).

A partir de então, as Constituições passaram a dedicar capítulos à família, dedicando-lhe certa importância.

⁴ § 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.

⁵ Art. 72§4º Constituição da República de 1891 “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

⁶ Adulterino: proveniente de adultério.

A Constituição de 1937 manteve o que havia sido garantido nas Constituições anteriores, trazendo o dever paterno de conferir tratamento igual entre os filhos naturais e os legítimos, prevendo ainda, que a infância e a adolescência deveriam ser objeto de cuidados e garantias especiais, assegurando-lhes uma vida digna.

E ainda, dispôs em seu artigo 127 sobre responsabilização dos pais pelo abandono dos filhos.⁷

A Constituição da República de 1946, reafirmou os direitos apresentados nas Constituições anteriores, dando especial proteção do Estado às famílias, o que foi assegurado em seu artigo 163.⁸

A Constituição de 1967, apenas manteve os direitos assegurados pelas Constituições anteriores.

Durante o regime militar implantado foi outorgada a Constituição da República Federativa do Brasil em 1969, com base na Emenda Constitucional nº 1, havendo uma imprecisão desta com relação às Constituições anteriores ao omitir o que seria uma família para o direito constitucional.

Durante a vigência desta Constituição foi promulgada a Lei do Divórcio nº 6.515, de 26.12.1977, permitindo a dissolução do vínculo matrimonial e a celebração de um novo casamento.

Finalmente, a Constituição da República de 1988, vigente até os dias atuais, tratou da família de forma mais efetiva, impulsionada pelas modificações no contexto político, econômico e social do país, que veio sofrendo alterações posteriores significativas para o assunto em questão, estabelecendo um capítulo dedicado à Família, criança, adolescente e idoso, assegurando a proteção especial do Estado, passando a não mais distinguir a origem da filiação, dando grande importância à dignidade da pessoa humana.

4.1.2 A Família e o Código Civil/2002

⁷ “Art. 127. A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.” O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física ou moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação de sua prole.”

⁸ “A família é constituída pelo casamento indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.”

O Código Civil de 1916 regulamentou sobre a família, seguindo o modelo francês, sendo que tais regras foram de fundamental importância, pois a Constituição Republicana de 1881, vigente à época, fazia apenas uma breve referência ao casamento civil, em seu artigo 72, §4º.⁹

Nesta época, a família era patriarcal e hierarquizada, fundada no casamento, considerando como ilegítima qualquer união que ocorresse sem a celebração do casamento, estabelecendo ainda, diferenciação entre os filhos, conforme veremos mais adiante.

O Código Civil de 2002, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, tem seu projeto original datado de 1975. Assim, veio sofrendo diversas alterações, adequando-se inclusive à Constituição da República de 1988, até ser sancionada, o que ainda ocorre nos dias atuais, em virtude das novas concepções e entendimentos sobre diversos assuntos, em especial a nova concepção do direito das famílias.

5 DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

Para Maria Helena Diniz (2007 p. 420,421), filiação é:

o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda, ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga.

Segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 323, 324), quando do nascimento, acontece a inserção do indivíduo em uma estrutura, que recebe o nome de família. Como o ser humano necessita de cuidados especiais por um longo período, surge um elo de dependência a uma estrutura que lhe assegure o crescimento e pleno desenvolvimento. Desta forma, a família se torna imprescindível ao indivíduo, se tornando seu ponto de identificação social.

5.1 A Filiação e a Constituição da República/1988

⁹ “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

A Constituição da República de 1988 veio para igualar os filhos, abolindo a discriminação que havia, em virtude da distinção entre os filhos classificando os como filhos legítimos, ilegítimos e adotivos.

Através do Princípio da Igualdade assegurado pelo artigo 5º desta Carta Magna, e no § 6º¹⁰ do artigo 227, os filhos possuem os mesmos direitos e qualificações, proibindo qualquer designação discriminatória relativa à filiação.

5.2 A Filiação e o Código Civil/2002

O Código Civil de 2002, juntamente com a Constituição da República de 1988, assegura a impossibilidade de distinção de direitos e qualificações às espécies de filhos.

Em seu artigo 1.597, acrescentou os incisos III, IV e V que tratam da fecundação artificial homóloga mesmo que falecido o marido; havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga e havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido.

6 DA PROTEÇÃO DOS FILHOS

A Constituição da República, em seu artigo 227¹¹, e o Estatuto da Criança e do Adolescente resguardam os direitos da Criança e do Adolescente, especificamente em seu

¹⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 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.

¹¹ 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.

artigo 4^{o12}, determinando que é dever, em primeiro lugar, da família, após, da sociedade e do Estado, assegurar com prioridade, a efetivação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à liberdade e a convivência familiar e comunitária.

Daí nasce o Princípio do melhor interesse do menor, que embora não conste expressamente descrito na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente, está implícito ao proporcionar proteção integral à criança e ao adolescente descrita no artigo 1^{o13} do Estatuto da Criança e do Adolescente, visando sempre proporcionar aquilo que for melhor para o menor.

6.1 Poder familiar

O poder familiar é exercido com base no interesse do menor, podendo o Estado, interferir nessa relação, podendo ser definido como:

um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. (DINIZ, 2007, p. 514)

E ainda, para Maria Berenice Dias (2008, p.383), o filho passou de objeto de direito a sujeito de direito, sendo que o poder familiar não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais.

O Código Civil elenca em seu artigo 1.634 a forma de exercício do poder familiar dos pais com relação aos filhos, competindo aos genitores criar, educar, tê-los em sua companhia e guarda, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem, nomear-lhes tutor, representá-los e assisti-los nos atos da vida civil, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios

¹² 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.

¹³ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

de sua idade e condição.¹⁴

Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, não cumprindo com os deveres que estes possuem com os filhos, ou arruinando seus bens, o juiz ou Ministério Público poderão, a requerimento de algum parente, adotar a medida que lhe pareça reclamada, com base no melhor interesse do menor, inclusive suspendendo o poder familiar, quando convir.¹⁵

Os genitores poderão ainda, perder o poder familiar, por ato judicial quando castigar o filho imoderadamente, deixá-lo em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes, forem condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.¹⁶

6.2 Alimentos

A obrigação alimentícia possui amparo no Princípio da Solidariedade e no Princípio da Dignidade da pessoa humana, ambos assegurados pela Constituição da República.

O Princípio da Solidariedade determina ser objetivo fundamental do Estado promover o bem de todos no artigo 3º¹⁷ da Constituição da República, ou seja, nas

¹⁴ Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I – dirigir-lhes a criação e educação;
- II – tê-los em sua companhia e guarda;
- III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

¹⁵ Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

¹⁶ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

- I – castigar imoderadamente o filho;
- II – deixar o filho em abandono;
- III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

¹⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2008, p. 586), a obrigação alimentícia é uma expressão de solidariedade social e familiar, constitucionalmente imposta como diretriz da nossa ordem jurídica, norteadas pela cooperação, isonomia e justiça social, de modo a promover a imprescindível dignidade da pessoa humana, expressa no artigo 1º¹⁸, inciso III da Constituição da República.

Fixados os alimentos e havendo inadimplência de pagamento, poderá ser feita a execução destes, sob pena de prisão do devedor, com base no artigo 733¹⁹ do Código de Processo Civil.

Desta forma, o pai que ao se divorciar, não ficar com a guarda do filho, possuirá a obrigação de prestar alimentos para que o filho possua uma vida digna, de acordo com as condições financeiras do genitor.

7 DO DEVER DE CONVIVÊNCIA EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL E DA SOLIDARIEDADE

O dever de convivência é um dever dos pais, e direito dos filhos, que está assegurado no artigo 227 da Constituição da República, bem como o direito da criança e do adolescente à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Através da convivência familiar, os filhos resguardam o direito ao pai, que vai muito além de ter o nome do genitor em sua certidão de nascimento, sendo que, com a

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁸ 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:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁹ Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 3º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

referida convivência, resguarda ao filho, maiores possibilidades de um desenvolvimento afetivo, moral e psicológico saudável, com uma referência paterna.

Garantir a convivência familiar ao filho significa respeitar seu direito à dignidade da pessoa humana, na medida em que depende de seus genitores não só materialmente.

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental assegurado pela Constituição da República em seu artigo 1º, inciso III.²⁰

De acordo com Maria Berenice Dias (2008, p. 61), a preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional.

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas. (DIAS, 2008, p. 62).

Assim, demonstra-se claro que o filho possui o direito à convivência familiar, com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade e na paternidade responsável, assegurado pelo artigo 22 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)²¹, que afirma que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, ou seja, assumir todas as responsabilidades inerentes aos pais, incluindo dar carinho, afeto, educação, alimentos, proporcionando todos os meios necessários para que a criança se torne um indivíduo de bem, com uma personalidade bem formada. Dever este, que também é assegurado pela Constituição da República, na primeira parte do artigo 229²² e também pelos incisos I e II do artigo 1.634 do Código Civil²³.

²⁰ 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: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

²¹ 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.

²² Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

²³ Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
[...]

8 POSSIBILIDADE LEGAL DE CONCESSÃO DE DANO MORAL AOS FILHOS QUE SOFRERAM ABANDONO AFETIVO E O PREÇO DO AMOR

Quanto vale o amor? Eis uma pergunta difícil de responder. Quanto se pode pagar a alguém por não tê-la amado e dedicado afeto? Quanto se pode pagar para ser amado por alguém? O amor não tem preço!

Ninguém consegue amar, simplesmente para não pagar uma indenização, pelo contrário, a presença de um indivíduo na vida de outro de forma coercitiva dói muito mais, perceber que o outro está por perto apenas para não ter que pagar por isso, ou então, quiçá ver que o pai preferiu pagar a indenização a dar afeto ao filho.

Rolf Madaleno *apud* Cláudia Maria da Silva (2004, p. 142) afirma que:

a punição pecuniária pelo dano imaterial tem um caráter nitidamente propedêutico e, portanto, castigar o culpado pelo agravo moral e, inclusive, estimular os demais integrantes da comunidade [...] a cumprirem os deveres éticos impostos pelas relações familiares.

Rodrigo da Cunha Pereira (2008) adota o mesmo posicionamento, afirmando que:

O afeto é um princípio jurídico e também um pressuposto da autoridade e das funções paternas. E, como não é possível obrigar ninguém a dar afeto, a única sanção possível é a reparatória. Não estabelecer tal sanção aos pais significa premiar a irresponsabilidade e o abandono paterno.

Na mesma linha de pensamento, Maria Berenice Dias (2008, p. 417) afirma que:

o dano à dignidade humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser dissuadida pela firme posição do Judiciário ao mostrar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar.

Não estamos aqui afirmando que um pai não possui responsabilidades para com seus filhos. Conforme demonstrado anteriormente, os pais têm o dever de criar e educar seus filhos, que possuem o direito de convivência com os pais, mas a situação em comento, deve ser visualizada no contexto da sociedade em que vivemos, onde a grande parte se trata de pessoas de baixa renda familiar, consignando que se arbitrada a indenização, não será percebida pelo filho, tendo em vista que a maioria da população brasileira não possui condições de arcar com o pagamento de uma indenização.

Assim, tal arbitramento estará privilegiando apenas os filhos de pais com uma elevada condição financeira, sendo que a sanção possuirá somente caráter preventivo e

punitivo, o que, não é principal função da responsabilidade civil, que é a reparação do dano causado.

O que deve ser buscado é a reparação do dano, ou de um pretense dano através do Judiciário.

Ocorre que, o que tem sido buscado é a inclusão da indenização por danos morais por abandono afetivo na letra da Lei, através do Projeto de Lei do Senador Marcelo Crivela que se encontra em tramitação buscando modificar o Estatuto da Criança e do Adolescente para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal.

A última ação realizada foi em 04/05/2010, sendo que a proposição se encontra na CDH - Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, tendo o Senador Cristovam Buarque, Presidente da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, designando o Senador Gerson Camata, relator da matéria e encaminhado-a ao mesmo.

A CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania aprovou o Relatório, que passou a constituir o Parecer da CCJ, favorável ao Projeto com as Emendas nº 1-CCJ a 6-CCJ, tendo entendido excessiva, a responsabilização penal, motivo pelo qual foram feitas as Emendas.

Se o direito civil, através da competente indenização, se mostra adequado ao enfrentamento do abandono afetivo, não há porque se acionar também o direito penal, que deve ter preservado seu caráter de *ultima ratio*.

Nas propostas de Dano Moral por Abandono – PL 700/07 – os mesmos intentos de proteger e zelar pelos membros mais desprotegidos, dependentes e fragilizados em todos os aspectos, arriscam-se a provocar algumas dificuldades, tanto sob o ponto de vista do caráter priorizado, quanto de sua efetiva implantação. (Ivone M. Candido Coelho de Souza, 2010).

Desta forma, há de se analisar que a implementação do referido projeto, que está tramitando com grandes possibilidades de se tornar Lei, poderá vir a causar mais problemas do que solucionar. Deixando de lado a questão do ilícito penal que não foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, considerar o abandono afetivo como ilícito civil passível de indenização, colocando preço ao amor, deixa o problema sem solução.

Há ainda, o Projeto de Lei do Deputado Carlos Bezerra que se encontra em tramitação, buscando acrescentar parágrafo único ao artigo 1.632 do Código Civil, sujeitando os pais ao pagamento de indenização por dano moral.

A proposição teve sua última ação realizada em 16/09/2009, distribuída em caráter conclusivo, à Comissão de Seguridade Social e Família e à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, onde o parecer do Relator Deputado Geraldo Thadeu (PPS-MG), foi pela aprovação. Neste sentido, ele afirma que:

é extremamente útil e conveniente introduzir na lei a obrigação presumida de se pagar indenização por dano moral, tomado como consequência direta e imediata do abandono afetivo por familiares, para que os laços familiares sejam mais robustamente fortalecidos. É necessário, pois, conscientizar os autores do abandono afetivo do abalo que causam, e dissuadir outras pessoas a evitar a mesma conduta, por ser considerada grave e reprovável moral e socialmente.

Ocorre que o parágrafo único acrescentado à letra da lei, sequer especifica os requisitos para que o abandono afetivo seja passível de indenização, sendo extremamente vago.

Portanto, se aprovados, ambos os projetos irão criar mais problemas que soluções, quando na verdade, o que deve ser buscado, é uma solução concreta para o abandono afetivo.

Neste sentido, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2008, p.77) afirmam que:

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

Conforme afirma Ivone M. Candido Coelho de Souza (2010, p. 73), “nenhuma imputação de dano moral por abandono em si, se capacita para atingir um conflito de causas tão antecipadas, de sorte que a punição apenas esteja próxima, mas a verdadeira reparação um alvo fora de alcance.”

Afeto, carinho, amor, atenção, conforme Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2008, p. 76):

são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais que o ser.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2008, p. 77) afirmam ainda, que “a indenização pecuniária, nesse caso, não resolveria o problema central da controvérsia,

que seria obrigar o pai a dedicar amor ao seu filho – e, muito pelo contrário, por certo, agravaria a situação.”

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal negou provimento aos Embargos de Declaração convertido em Agravo Regimental, que requeria indenização por danos morais em razão do abandono afetivo sofrido, alegando ofensa à Constituição da República.

O Requerente questionava decisão do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao recurso especial, concluindo pela inviabilidade do reconhecimento de indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo, afirmando que “escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, e que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.”

Assim, Horne (2008), aponta os riscos decorrentes da concessão do dano moral, não podendo vincular “o dano moral a meros sentimentos sofridos, sob pena de fomentar a indústria do dano moral e consequente banalização do mesmo”.

Portanto, buscando solucionar a questão do abandono afetivo, com base no melhor interesse do menor, um meio que poderia ser utilizado, seria o Planejamento familiar, vislumbrando-se para tanto que, este, conforme o §7º do artigo 226 da Constituição da República é livre, sendo vedado ao Estado estabelecer limites ou condições.

Segundo Rosenvald e Farias (2008, p. 42) devem ser considerados os “problemas que decorrem naturalmente, do crescimento demográfico desordenado e, por isso, ao Poder Público compete propiciar recursos educacionais e científicos para a implementação do planejamento familiar”, sendo que:

o planejamento familiar de origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas, educativas e por garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade. (DIAS, 2007, p. 353)

Assim, através de uma iniciativa do Poder Público quanto à implementação do planejamento familiar e de uma paternidade responsável, poderia minimizar os casos de abandono afetivo.

Outro caminho seria através da aprovação de uma lei que determinasse a regulamentação de visitas acompanhadas por um psicólogo judicial, fixando multa pelo não comparecimento.

Assim, através da convivência e apoio do psicólogo Judicial, seriam criados laços de afeto, onde a presença de um na vida do outro, passaria a ocorrer de forma natural, não

havendo mais a necessidade das visitas acompanhadas. Tudo isso sob a supervisão do Juiz da Vara de Família da Comarca.

Como se pode vislumbrar, as propostas apresentadas acima buscam solucionar o problema do abandono afetivo visando o melhor interesse do menor, o que não ocorre com o pagamento da indenização, pois um pai que paga uma indenização a um filho que não ama, provavelmente passará a odiá-lo após o pagamento, afastando-os ainda mais.

9 CONCLUSÃO

Aquele que causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo, conforme determinado pelo Código Civil de 2002, que em seu artigo 186 traz que, a principal função da Responsabilidade Civil, é a reparação do dano causado.

O direito de família brasileiro tem origem patriarcal, onde toda a autoridade cabia ao pai. Dentre todas as evoluções conquistadas é importante ressaltar a conquista da igualdade entre os filhos, e a valoração da dignidade da pessoa humana e do afeto priorizando sempre o melhor interesse do menor.

A família é a base, o núcleo da sociedade, é a primeira instituição onde o indivíduo é inserido, é onde ele aprende conceitos basilares para um convívio saudável em sociedade. Para tanto, é imprescindível que haja a referência paterna, amparo moral e afetivo.

Desta forma, cabe aos pais criar, educar e dar afeto aos filhos proporcionando que estes se tornem indivíduos com uma personalidade bem formada, sendo que, por motivos diversos, esta, não tem sido a realidade na vida de todas as crianças e adolescentes.

Doutrinadores e operadores do direito têm buscado um caminho para solucionar o problema do abandono afetivo. Um caminho encontrado foi o arbitramento de dano moral por abandono afetivo. É totalmente válido que operadores do direito, doutrinadores, deputados e senadores estejam buscando um meio para solucionar este problema.

Ocorre que a concessão de dano moral por abandono afetivo não soluciona, nem ao menos ameniza a questão, porque esta possui caráter punitivo, e tal punição não irá reparar o dano causado.

Deve prevalecer o melhor interesse do menor, buscando um meio de reparar um pretensão dano, ou ainda, o dano causado.

É necessário visualizar ainda que, todas as ações impetradas requerendo a reparação pecuniária, foram em desfavor de pais, com uma elevada condição financeira, após o pai ter ajuizado uma Ação Revisional ou de Exoneração de Alimentos, o que demonstra que a busca não era pelo afeto perdido, pelo direito ao pai, mas sim pelo dinheiro.

Para fazer uma alteração tão relevante na Legislação vigente, é necessário analisar a situação de acordo com a sociedade brasileira, sendo que sua maioria é constituída de pessoas carentes e de baixa renda familiar, onde se arbitra tal indenização, será impossível o recebimento, assim a ação proposta só irá gerar desgaste para as partes, alimentando o desamor e a falta de afeto entre pai e filho.

Assim, conforme demonstrado no presente trabalho, há outros meios para buscar a solução do problema, visando o melhor interesse do menor, através de regulamentação de visitas acompanhadas por psicólogo judicial, sob a supervisão do Juiz da Vara de Família da Comarca, e ainda, através de iniciativa do Poder Público, a fim de fomentar o Planejamento Familiar, de natureza promocional, não coercitiva.

A maior punição para um pai, que não tem afeto por seu filho, é não ter o prazer de conviver em uma relação incrível que traz grande sentido à vida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa/RS. Ação de Indenização por Danos Morais. Processo Cível nº 141/1030012032-0. Autora: Daniela Josefino Afonso. Réu: Daniel Viriato Afonso. Juiz: Mário Romano Maggioni. Capão da Canoa/RS, 15 de setembro de 2003.

BRASIL. 31ª Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP. Processo Cível nº 01.036747-0, de 05.06.2004. Autor: Melka Madjar. Réu: Maurício Madjar. Juiz: Luis Fernando Cirillo. São Paulo, 05 de junho de 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PLS-700/2007. Modifica a Lei no. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Apresentado por Marcelo Crivella em 06 dez. 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL-4294/2008. Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Apresentado por Carlos Bezerra em 12 nov. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, DF, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. In: BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. Tribunal de Alçada Cível do estado de Minas Gerais. 7ª Câmara Cível. Ação de Indenização por Danos Morais. Apelação Cível nº 408.550-5. Apelante: Alexandre Batista Fortes. Apelado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Unias Silva. Belo Horizonte, 01 de abril de 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa**: monografias e teses jurídicas. 2. ed. atual conforme as normas NBR6.023:2003, NBR6.034:2004, NBR12.225:2004 e NBR 14.724:2005. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

HORNE, Francisco Alejandro. **O não cabimento de Danos Morais por abandono afetivo do pai**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=298>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código Civil Interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Barueri, SP: Manole, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. 3 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Dano Moral por Abandono: monetarizando o afeto. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 11, n. 13, jan. 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 4.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.