



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

CURSO DE DIREITO

Livia Cristina Vieira Pires

**VALORIZAÇÃO JURÍDICA DO AFETO E IMPUTABILIDADE CIVIL POR
ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS**

Juiz de Fora - MG

Novembro de 2014

Lívia Cristina Vieira Pires

**VALORIZAÇÃO JURÍDICA DO AFETO E IMPUTABILIDADE CIVIL POR
ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao
Curso de Direito da Universidade Presidente
Antônio Carlos, como requisito parcial à obtenção
do título de “Bacharel em Direito” e aprovada pelo
(a) orientador (a):

Professora e M.S. Lívia Barletta Giacomini

Curso de Direito - UNIPAC

Juiz de Fora - MG

27/11/2014

FOLHA DE APROVAÇÃO

Leiva Cristina Vieira Pires
Aluno

Voluntariedade jurídica do afeto e imputabilidade civil por abandono afetivo nas relações paterno-filiais
Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Leandro P. P. P. P.
Leandro P. P. P. P.
Leandro P. P. P. P.

Aprovada em 11 / 12 / 2014.

Dedico esta pesquisa notadamente aos meus amados sobrinhos Thaynara Ohana e Victor Hugo que me inspiraram a iniciar este trabalho bem como as demais crianças e adolescentes que sofrem com o abandono afetivo que lhes impõe esta sociedade e seus genitores.

“Esse é o cenário atual que envolve a responsabilidade civil e Direito de Família. Escolheu-se o tema da reparação civil por abandono afetivo por sua pertinência no momento atual e ainda pela coerência e outras tantas incoerência que vêm sendo demonstrada por alguns juristas no estudo da matéria”. (KAROW, 2012)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e aos meus pais Marília Vieira Pires e José Geraldo Pires pelo amor incondicional. As minhas amadas irmãs Cymirames Renata, Jorgeane Roberta, Lúgia Regina, Kênia Marianna e Thaynara Ohana por todo apoio. A meu sobrinho Victor Hugo a quem amo filialmente.

Agradeço aos amigos Conceição, Cristina, Daniela, Juliano, Fabiana, Fabiano, Flavia e Enilson que apesar da correria do cotidiano não permitiram que eu me afastasse totalmente de suas vidas.

Aos meus queridos mestres Alexandre Bonoto, Ana Paula, Aline, Besnier Villar, Bianca Stephan, Carmem Machado, Claudio, José Rufino, José Maria, Josiane Pepino, Fábio Monteiro, Francisco Belgo, Hermes da Fonseca, Laura, Luciana Zimmermann, Leonardo Mendonça, Maria Amélia, Piragibi, Rodrigo Rolli, Rogéria Ghedim por terem abdicado do tempo pessoal e familiar para nos transmitir conhecimentos e experiências... levarei um pouco de cada um para minha vida profissional. E particularmente agradeço à querida professora e orientadora Lúvia Barletta Giacomini que aceitou este desafio de se embrenhar em uma matéria polêmica e precariamente debatida junto comigo.

Não poderei deixar de lembrar e agradecer a professora e coordenadora Luciana Braga por todo empenho e carinho dedicados ao longo dos anos.

Agradeço ainda as bibliotecárias Delma e Antonia sempre dispostas a me ajudar com carinho e a todos os demais funcionários e prestadores de serviços da Universidade Presidente Antônio Carlos.

RESUMO

Ao longo dos anos novos modelos de família vêm surgindo, laços de afeto são desfeitos e refeitos e, em meio a todas essas mudanças de paradigma se encontram os filhos menores. Estes muitas vezes são abandonados comumente por um dos genitores que os deixam totalmente desprovidos de afeto, se preocupando muitas vezes em apenas prover a pensão alimentícia, para não sofrer as penalidades previstas em lei, mas como não existe a valorização do afeto nas relações filiais não há uma preocupação desses pais de reparar o dano e criar laços com os filhos das relações desfeitas e tal conduta vem crescendo o que acaba por infligir dores, sofrimentos, mágoas e danos psicológicos irreparáveis às crianças e adolescentes vitimados.

PALAVRAS CHAVES: Vínculo afetivo paternofilial; entidades familiares, abandono de crianças e adolescentes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – FAMÍLIA: UMA ANÁLISE CONCEITUAL E EVOLUTIVA.....	13
1.1. A Família em Outros Países.....	13
1.2. A Dissolução do Vículo Conjugal e seus efeitos no contexto familiar.....	13
1.3. A Evolução da Família no Brasil.....	15
1.4. Uma Avaliação dos Deveres dos Pais Diante da Dissolução do Vínculo Conjugal...	17
1.5. Classes de Famílias com Relevância para o Estudo do Tema.....	19
CAPÍTULO 2 – O ABANDONO.....	25
2.1. Conceito de Abandono Material e Afetivo.....	25
2.2. Implicações Jurídicas do Abandono.....	27
2.3. Princípios Norteadores.....	28
2.3.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	29
2.3.2. Princípio da Afetividade.....	30
2.3.3. Princípio da Paternidade Responsável.....	31
2.3.4. Princípio da Solidariedade.....	32
CAPÍTULO 3 – A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO....	34
3.1. Configuração do Dano.....	34
3.2. Formas de Reparação.....	38
3.2.1. Reparação Civil.....	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
REFERÊNCIAS.....	45
Sitiografia.....	46
ANEXOS.....	47
Anexo I.....	47
Resumo e Análise Crítica - Anexo I.....	49

Anexo II.....	51
Resumo e Análise Crítica - Anexo II.....	58
Anexo III.....	60
Resumo e Análise Crítica - Anexo III.....	73
Anexo IV.....	74
Resumo e Análise Crítica - Anexo IV.....	82
Anexo V.....	84
Resumo e Análise Crítica - Anexo V.....	92
Anexo VI.....	94
Resumo e Análise Crítica - Anexo VI.....	110
Anexo VII.....	112
Resumo e Análise Crítica - Anexo VII.....	113
Anexo VIII.....	115
Resumo e Análise Crítica - Anexo VIII.....	118

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa expor o polêmico e ainda precário tema da responsabilização por Abandono Afetivo que possui relevância por se apresentar de acordo com a realidade de muitos indivíduos que sofrem perdas e danos irreparáveis emocionalmente devido ao descaso de genitores que fazem exclusivamente o papel biológico e logo após em diversas situações do cotidiano acabam por abandonar seus filhos. Tal tema se mostra importante porque os atos praticados por um indivíduo não podem causar lesão e infligir dor e sofrimento ao outro.

E ao mesmo tempo tentar demonstrar como avaliar o dano causado e justapor um valor pecuniário que tenha cunho social e educativo diante de uma sociedade que banaliza o problema abordado.

No primeiro capítulo aborda-se o conceito de família e a evolução desta no Brasil e no exterior e apontam-se as mudanças mais significativas nesse processo como é o caso da dissolução conjugal e dos novos modelos de família.

No segundo capítulo conceitua-se Abandono Afetivo, bem como as outras formas de abandono existentes e quais as implicações jurídicas este ato enseja. Ao mesmo tempo procura-se fundamentar juridicamente através dos Princípios Constitucionais as motivações para que o Estado deva criar medidas protetivas que visem garantir o direito das crianças e adolescentes de receber não apenas o sustento material, mas também o sustento emocional que é essencial para o desenvolvimento desses indivíduos.

Já no terceiro capítulo apontam-se as formas de configuração do dano, as formas de reparação possíveis e se fixa pressupostos essenciais para o reconhecimento desse dano para somente com a evidência deste se buscar a responsabilização civil.

No quarto capítulo apresentam-se as considerações finais do autor que, diante de todos os fatos abordados no tema e modelo jurídico atual, traça um posicionamento levando estes à luz dos acontecimentos do passado e da forma que estes repercutiram e se adequaram ao presente com intuito de se verificar a seguinte hipótese: as lacunas do ordenamento jurídico que não têm uma previsão de punição, exceto em casos de alienação parental e do não cumprimento do dever de prestar alimentos aos menores, é um dos fatores que têm contribuído para o aumento dos índices de abandono afetivo de crianças e adolescentes por parte de seus genitores e causado danos que comprometem a integridade psíquica e moral destes.

Tem-se ainda que objetivamente pretende-se controlar os acontecimentos sociais que influenciam negativamente na sociedade visando valorizar os vínculos afetivos e o bem-estar das crianças, adolescentes e idosos. Investigar, analisar, demonstrar e comparar fatos que são reconhecidos ou não pelo judiciário com intuito de contribuir para o reconhecimento de dano moral presente no abandono afetivo como matéria do Direito de Família passível de sanção financeira e penal. E ainda criar parâmetros para se reconhecer os danos oriundos do abandono afetivo causados contra incapazes. Logo após se visa analisar e fixar valores que não visem ensejar enriquecimento sem causa aos tutelados, tão pouco banalizar o dano moral presente, mas que sirva para valorizar o afeto nas relações filiais, punir e coibir condutas de quem praticar o delito procurando assim, reduzir os danos emocionais profundos e até mesmo irreparáveis causados àqueles que são mais vulneráveis.

Especificamente objetiva-se corroborar as “coerências e incoerências de nossos juristas ao abordar tal tema frente às decisões inovadoras que têm valorizado o afeto em alguns casos e ao mesmo tempo sendo omissos em outros”, para tentar buscar uma resposta eficaz do judiciário que ainda não se posicionou definitivamente na referida matéria que se destaca na sociedade atual e nos novos moldes de família.

E como metodologia aplicada será utilizada a pesquisa bibliográfica ou material tendo como fontes de pesquisa as decisões dos tribunais, as súmulas e leis vigentes, bem como decisões que soem incoerentes ou coerentes com o tema abordado, artigos e publicações sobre este. Quanto aos livros que servem de fundamento jurídico na defesa, apesar da relevância que o tema possui, são insuficientes fontes de materiais devido ao baixo número de publicações dedicadas ao tema do abandono afetivo paterno-filial, fazendo com que as oportunas posições inovadoras do judiciário e as normas em vigor sejam a base concreta a ser explorada na pesquisa em conjunto com os Princípios Constitucionais apontados.

Todavia a autora Aline Biasuz Suarez Karow contribuirá muito para conclusão teórica desse estudo por ter publicado a obra *Abandono Afetivo – Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-filiais*, pela editora Curitiba Juruá em 2012.

Outros artigos científicos e matérias publicadas também servirão como importantes fontes teóricas.

Desse modo, espera-se que este estudo possa contribuir com uma nova aplicação do direito com intuito de se ampliar e resguardar os interesses das crianças e dos adolescentes que sofrem danos emocionais profundos devido ao abandono afetivo seja ele paterno-filial ou materno-filial bem como, estender este entendimento aos idosos que por vezes são

abandonados emocionalmente dentro de suas próprias casas, nas ruas, nas clínicas e hospitais e são deixados totalmente desprovidos de afeto e do cuidado familiar ao qual fazem jus.

CAPITULO 01 - FAMÍLIA: UM TRAÇADO DE SEU PANORAMA CONTEMPORÂNEO

1.1. Análise Conceitual e Evolutiva

A palavra família pertence à classe social dos substantivos femininos, é sinônimo de casta, espécie, estirpe, genealogia, grupo, linhagem, qualidade e raça¹.

Historicamente para Bueno (1989, p. 288) considera-se família o conjunto de pai, mãe e filhos, pessoas do mesmo sangue, descendência, linhagem.

Para Coelho (2011, p.27) as famílias se classificam em duas categorias as Constitucionais que são aquelas previstas na Constituição Federal de 1988 como as fundadas no casamento, por exemplo, a união estável do homem e da mulher e a família monoparental formada por qualquer dos pais e seus descendentes. E a segunda categoria seria a das não Constitucionais composta por todos os demais tipos não elencados na Constituição.

Já o antônimo¹ da palavra família se define como estranho, afastado, desconhecido, pessoa, individualidade e indivíduo, ou seja, abandonar afetivamente é justamente o antônimo de família uma vez que só se ama ou se tem afeto por aquilo que é próximo e importante.

1.2. A Evolução da Família em Outros Países

Louzada² analisa a história da evolução humana desde seu surgimento até a atualidade e conclui que a prática de convívio em grupos surgiu da necessidade do homem de viver em comunidades ou grupos da mesma espécie, assim como vivem as demais, para garantir a sobrevivência, o desenvolvimento e procriação dessas. Assim, a própria história demonstra que a idealização da família surgiu bem antes do Direito, Estado e da própria igreja que

¹Disponível em: <http://www.dicio.com.br/familia/>. Acesso em: 14/10/2014

² Disponível em: <http://www.amagis.org.br/> da Exma. Sra. Dra. Juíza Louzada, Ana Maria Gonçalves, em publicação para Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios, Acesso em 14/10/2014.

notadamente exerceu forte influência sobre a sociedade. Dessa forma, não existia nenhuma ferramenta para normatizar o ato do casamento senão a vontade das partes e o compromisso selado entre si e suas famílias.

Com o passar do tempo tal prática passou a ser determinada pelos chefes de família que selavam compromissos em nome dos seus filhos visando resguardar principalmente a proteção patrimonial e a ampliação de seus bens, interesses sociais, influência e poder e em segundo plano os valores da honra, nome e etc. Surgem as normas, as intervenções da igreja e do Estado e na Babilônia, por exemplo, na época do código de Hammurab foi adotado o casamento monogâmico embora ainda houvesse admitido o concubinato. E como o casamento legítimo só era contraído por contrato a concubina não gozava do status de esposa muito menos dos direitos desta. Como era admitido o casamento entre membros das diferentes classes sociais necessariamente havia um código que visava proteger a herança dos filhos nascidos dessas uniões. Nesse mesmo período era comum a prática do repúdio do marido à esposa que, vergonhosamente aos olhos da sociedade, era devolvida a casa paterna caso esta negligenciasse seus deveres de esposa e dona de casa. Mas, caso esta tivesse uma conduta irrepreensível também poderia repudiar o marido. Era praticada nesse período a aplicação da pena de morte para as adúlteras surpreendidas, mas o código trazia uma previsão do perdão do marido, o que raramente lhes era concedido devido ao ódio que a traição feminina ensejava, entretanto essa era a mesma sociedade que admitia o adultério masculino.

Ao aprofundar as pesquisas conclui-se que os povos antigos admitiam o divórcio até que o Cristianismo passou a exercer forte influência a condenar a conduta. O machismo imperava entre os povos admitindo-se o divórcio apenas por parte dos maridos. A fidelidade era exigida por lei, mas esta estava sempre preocupada em proteger o polo ativo.

O Direito Romano era aplicado no tocante da palavra família visando à proteção dos bens patrimoniais e das pessoas biologicamente ligadas, ou seja, com grau de parentesco presente. Apresentava forte grau de machismo concentrando, pois tinha o casamento como indissolúvel aceitando a modalidade do divórcio somente por vontade do marido, embora aceitasse duas espécies de casamento denomina-se:

- a) **cum manu:** onde a mulher saía do poder pater família para a do marido e vice versa.
- b) **sine manu:** onde a esposa continuava sob o poder pater família para preservar os direitos sucessórios da família originária.

No Direito Islâmico a pesquisa aponta a família como base para a formação da sociedade, onde o casamento se dá por contrato e consentimento entre as partes bastando a assinatura do marido no ato e o silêncio da esposa para se contrair matrimônio, mas devido a influências religiosas encontradas no seguimento do Alcorão esse somente se torna consumado após a noite de núpcias. Demonstra-se ainda que o direito ao divórcio poderia ser suscitado pela mulher se previsto em contrato e que caso o marido assim desejasse poderia ter a esposa de volta caso esta ainda estivesse disponível.

Na época da Revolução Francesa embora imperasse a busca da igualdade entre os sexos as mulheres ainda eram consideradas incapazes e o código de Napoleão reforçou este conceito discriminatório especialmente por reforçar o poder patriarcal, acolher o divórcio apenas por adultério da mulher, no tocante ao homem somente caso levasse a concubina para viver dentro do lar, fazer distinção entre filhos legítimos e ilegítimos e não lhes outorgar os mesmos direitos de filhos advindos do casamento mesmo que reconhecidos pelo pai.

1.3. A Evolução da Família no Brasil

A Constituição de 1967 apresentava o conceito de família da seguinte forma “a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos” especialmente este, se ligava a concepção de que a família advinha do casamento e do sinônimo desta palavra. Todavia com a promulgação da Carta Magna de 1988 tal conceituação ficou ultrapassada uma vez que o próprio texto constitucional não a conceitua, mas deixa que outras fontes científicas e sociais o façam, pois a família avança como um novo contorno social e se baseia em nova roupagem que valoriza o afeto nas relações e reconhece o vínculo existentes entre esses indivíduos como detentores de direito no campo do Direito de Família.

De forma mais arrojada Venosa (2011, p. 25) apud Rodrigues descreve o casamento como sendo “o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, em conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

O renomado autor Venosa (2011, p. 16, parágrafo 4º) entende que a proteção elencada no artigo 226 da CF/88 engloba todos os tipos de famílias, não apenas as fundadas com base

no casamento, mas as configuradas a partir da união de fato, natural e da adoção, frutos da evolução social.

Destaca-se a evolução nos períodos e marcos apresentado no ordenamento jurídico brasileiro;

Constituição de 1824 até meados do ano de 1891: que neste período considerava casamento somente se celebrado no religioso.

Constituição de 1916: Entendia o casamento civil como principal formador da família, embora já houvesse leis e jurisprudências que reconheciam a união estável.

Constituição de 1934: Demarcou a família em seu contexto tornando indissolúvel o casamento exceto para os casos de desquite e anulação.

Constituição de 1937: Igualou os filhos legítimos de naturais e não foi alterada na de 1946, permanecendo estagnada neste tocante.

Constituição de 1967: Ainda estagnada apenas reforçou a idéia de que família era constituída pelo casamento civil. Concepção mantida mesmo com o surgimento da Constituição de 1969 juntamente com a idéia de indissolubilidade do casamento até o surgimento da Lei do Divórcio em meados de 1977.

Constituição Federal de 1988: Tais concepções foram sendo suprimidas uma vez que o homem evoluiu socialmente e intelectualmente e surgiu então um novo marco social onde o homem detentor do poder sobre a mulher e o filho deixa de exercer arbitrariamente seu papel de chefe de família para que a mulher pudesse conquistar novos direitos. Esta trouxe o reconhecimento da união estável e novos conceitos de família formada a partir do divórcio e daquelas relações oriundas do afeto conforme preconiza o art. 226, parágrafos 3º e 4º que diz:³

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

(...)

§ 3º Para 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 como comunidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Atualmente em meados de 2013 e 2014 identifica-se um novo ordenamento capaz de reconhecer o vínculo familiar mesmo nas relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, visto que a CF/88 reconheceu a união estável sob o vínculo afetivo trazendo essa nova possibilidade outrora inaceitável.⁴

³ Disponível em: <http://www.amagis.org.br/Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada> - Acesso em 14/10/2014.

⁴ A própria igreja tentou impedir tais avanços, mas não alcançou sucesso e em 14/10/2014, durante a apresentação do jornal da Rede Globo de Televisão foi apresentada a notícia conforme edição do dia 13/10/2014 Atualizado em 14/10/2014 “Igreja Católica sinaliza possíveis mudanças a gays e divorciados. Primeiro relatório do sínodo dos bispos pede proteção a homossexuais. Além disso, pode prevalecer o “sim” à união entre pessoas divorciadas”. Tal decisão está sendo motivada não pelo pensamento do Catolicismo, mas pela necessidade de

Outro marco na Área do Direito de Família se apresenta no Código Civil de 2002 onde o casamento se estabelece em igualdade de direitos entre os cônjuges, a própria CF/88 Art. 226, § 5º reconhece esse dever de igualdade a serem exercidos na sociedade conjugal, e a equiparação do casamento religioso com validade de civil desde que atenda os requisitos.

Inúmeras inovações que reconhece até mesmo o casamento por mandato, conforme art. 1542, e/ou a obrigatoriedade dos cônjuges concorrerem em igualdade na proporção dos bens e dos rendimentos do trabalho para o sustento da família e educação dos filhos conforme art. 1568 do Código Civil de 2002, sendo ‘admitida ainda a possibilidade de a mulher prover alimentos ao homem caso possua maior capacidade financeira conforme art. 1695 do Código Civil.

Outro marco é a dissolução da sociedade conjugal por vontade das partes, que sem filhos, podem oficializar o divórcio direto nos cartórios mesmo que hajam bens a serem partilhados. E o único motivo para que havendo filhos o divórcio não possa se oficializar sem intervenção judiciária é para resguardar os interesses da criança e do adolescente originário dessa sociedade matrimonial, bem como resguardar os aspectos patrimoniais facultados a estes por direito.

1.4. Uma Avaliação dos Deveres de Pais Diante da Dissolução do Vínculo Conjugal

Coelho (2011, p. 27) aponta que até 1977 o Brasil era o único país no mundo a adotar na Carta Magna a regra da indissolubilidade do vínculo marital, todavia que no referido ano após longo debate foi introduzido o divórcio através de Emenda Constitucional e o progresso foi acontecendo aos poucos.

A família é detentora do chamado “Poder Familiar” a ser exercido pelos pais segundo Diniz (2011, p. 589) apud Silvio Rodrigues apud de Orlando Gomes “como sendo o poder familiar um direito-função e um direito-dever” onde se apresenta um “Manus Público, irrenunciável, inalienável, imprescritível, incompatível com a tutela, pois não se pode nomear

adequação social em que a Igreja Católica finalmente se conscientiza de que caso não evolua e se atualize socialmente verá cada dia mais reduzido o número de adeptos a religião.

Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/10/igreja-catolica-sinaliza-possiveis-mudancas-gays-e-divorciados.html> - Acesso em: 13/11/2014

um tutor sem que se haja suspenso o poder de guarda dos pais e uma subordinação dos filhos aos cuidados dos pais”. Diante desse poder familiar demonstra-se que mesmo com a quebra do vínculo conjugal os deveres para com a prole desaparecem.

Para Coelho(2011, p. 200) este poder cabe aos pais para:

Preparar os filhos para a vida consciente ou inconsciente, transmitir-lhes valores, sua visão do mundo. O comportamento e atitudes deles servem de modelo, que o filho tende a reproduzir. Se na adolescência, é inerente ao processo de crescimento psicológico o contrapor-se a tais modelos e negá-los na busca da própria identidade, isso não significa que eles não estejam incorporados e que não se manifestarão mais tarde, na idade adulta - especialmente quando os filhos se tornam, também eles pais.

O direito-dever pode ser compreendido como sendo de sustentar materialmente, vestindo, dando de comer e proporcionando educação à prole. E o direito-função que visa garantir ao menor o sustento emocional onde os genitores devem criar laços de afeto e convívio com os filhos. Ambos não se podem alienar tampouco abandonar ou abrir mão visto que não há permissão de se transferir, conforme Diniz expõe o caráter desse poder.

O Código Civil de 2002, como já exposto, iguala o dever de prover sustento e educação dos filhos a ambos os cônjuges, desse modo o juiz avaliará qual dos cônjuges deverá ficar responsável pela guarda da criança, caso seja esta pleiteada por ambos, visando sempre obedecer ao princípio da intervenção mínima para tentar reduzir o desgaste emocional do menor tutelado. Mas, caso seja necessário a subsistência do menor essa intervenção poderá retirar a guarda da mãe e conceder esta ao pai, pois antes esta era uma prerrogativa da mulher que somente seria revogada, caso o pai provasse ser a mãe incapaz de manter o filho sobre seus cuidados.

Deixar de cumprir com a prestação de cunho alimentício configura ato ou infração penal com pena prevista no código penal, isso porque existe uma responsabilidade civil de amparar a criança e o adolescente, uma vez que embora a sociedade conjugal seja dissolvida o vínculo apresentado na existência do filho não irá se extinguir ou se subrogar a apenas um dos ex-cônjuges. Assevera o artigo 227 da CF/88 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 cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Desse modo se conclui que no ordenamento jurídico brasileiro haverá sempre de se prevalecer os interesses do menor seja para fixar a assistência alimentícia e a guarda desses quando estiver diante da quebra de vínculo conjugal e familiar.

1.5. Classes de Famílias com Relevância para o Estudo do Tema

Com a evolução cultural e social da família e especialmente da mulher que alcançou direitos mais amplos na área de família, como no caso do direito ao divórcio, surgiram também novos modelos de famílias.

Segundo Silva e Ritto⁵ “o Censo 2010 detalhou a situação dos casais formados por pessoas divorciadas e dos lares que os filhos são de apenas um dos cônjuges. Mudança na legislação facilitou separações e ajudou a ampliar o conceito de família”. Aponta ainda que o Rio de Janeiro é líder no ranking dos divórcios das capitais brasileiras.

Assim sendo, recomendar-se faz preciso uma vez que o sentimento de felicidade está intimamente ligado à satisfação no relacionamento conjugal, desse modo, crescem os novos modelos de famílias formadas pelos casais divorciados ou por casais que viveram em união estável no país. Alguns destes modelos já são conhecidos e resguardados do ponto de vista patrimonial na esfera jurídica.

a) Família Monoparental:

Formada pela presença de um só genitor, homem ou mulher no papel da criação, educação, manutenção dos filhos. Geralmente são famílias formadas por viúvos, avós que criam os netos, pais solteiros que criam seus próprios filhos ou filhos adotados, por mulheres que utilizaram técnicas de inseminação artificial e ainda pais separados ou divorciados.

⁵ Publicada em: Revista Veja, por Silva, Pollyane Lima e Ritto, Célia, do Rio de Janeiro, a pesquisa “A nova família brasileira” - Acesso em: 17/10/2012

A formação derivada de pessoas viúvas é o tipo mais antigo, pois mesmo nas civilizações mais antigas já era permitido o casamento que por vezes já vai acompanhado dos filhos do primeiro relacionamento.

No grupo dos separados ou divorciados é comum à mutação da família biparental para monoparental. (DIAS, 2005, p. 22)

A formada por pais solteiros que criam seus próprios filhos geralmente apresenta a figura da mãe solteira que engravida por descuido ou por mulheres que desejam engravidar e alcançam seus objetivos mantendo os pais sem conhecimento da vida gerada.

Observa-se ainda a família monoparental formada por avós que criam seus netos ou por outros familiares da criança deixada sob a guarda e cuidados de parentes.

Para Abrahão⁶ figura também genitores que recorrem aos métodos de fertilização artificial para gerar filhos e da mulher que decide ter um filho e não comunica ao pai, este grupo recebe especial crítica por privar a criança do direito de ter o pai biológico presente, o que pode causar danos psicológicos, social e ético. Entretanto existe uma corrente favorável que defende o direito do indivíduo de fazer jus ao princípio do livre planejamento familiar, previsto na Constituição Federal que garante o direito do cidadão vivenciar suas escolhas sexuais e de reprodução livremente, sem que haja uma intervenção do Estado.

E por fim a família monoparental formada por adoção conforme determina a Lei 8.069/90 desde que preenchidos requisitos do art. 42, § 3º.

Este grupo merece especial destaque por ser o mais suscetível a acontecer casos de abandono afetivo conforme relata o tema da presente pesquisa, uma vez que os pais tendem a abandonar seus filhos prestando apenas alimentos por ensejar o descumprimento uma pena restritiva de liberdade, mas que devido não haver uma norma preventiva que estipule equivalente pena pelo dano causado por abandono afetivo não assistem emocionalmente com a presença e participação a vida dos filhos. Destacam-se ainda os casos de alienação parental onde geralmente um genitor alienante usa a criança para atingir o outro genitor, caso ocorra a alienação parental o abandono afetivo poderá se apresentar, mas não irá se enquadrar nos requisitos para fins de imputabilidade civil, uma vez que já possui previsão jurídica para o delito.

⁶ Disponível em: www.fmd.pucminas.br/virtuajus/abrahão.pdf.>Abrahão, Ingrith Gomes, no artigo A Família Monoparental Formada Por Mães Sozinhas Por Opção Através da Utilização de Técnicas de Inseminação Artificial no Ordenamento Jurídico Brasileiro na Revista Eletrônica Virtuajus, BH, 2003 - Acesso em 16/10/2014

b) Famílias Homoafetivas

Formadas por casais do mesmo sexo que unidos sob o vínculo do afeto hoje já têm o direito de união estável reconhecido, direito a pensão em caso de morte do companheiro, direito de adotar e formar família e ainda direito a licença maternidade no ordenamento jurídico brasileiro.

c) Famílias Mosaicos ou Pluriparentais:

A palavra Mosaico advém da palavra Alemã mousse⁷ e significa “próprio das musas” que é um tipo de desenho criados a partir de fragmentos de materiais cujo o objetivo é de ser preenchido em outro plano.

Na Seara da Família, Dias⁸ aponta este modelo como sendo aquelas entidades familiares formadas pela pluralidade das relações parentais, especialmente as advindas do divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não matrimoniais e das desuniões. (Dias 2010).

Este modelo é também conhecido como pluriparentais. Por apresentar uma formação de diversos membros, alguns doutrinadores entendem este como famílias reconstituídas ou recompostas.

Dias apresenta uma clássica expressão para traduzir o significado do tipo “os meus, os teus, os nossos....”. (Dias 2010). Isto porque se compõe de um casal, onde um ou ambos rompeu um relacionamento anterior do qual gerou filhos, podendo ambos ou apenas um deles iniciar uma nova formação familiar cuja coabitação é composta com a presença dos filhos de um ou dos dois.

Este tipo de família pode se originar das famílias monoparentais quando há a presença de filhos coabitando de pelo menos um, assim, esta perde tal denominação passando a ser reconhecida como mosaico ou pluriparental o que para Maria Valadares é requisito fundamental para devida classificação do tipo.

d) Famílias Adotivas

⁷ Disponível em: [www.dicionariovirtual](http://www.dicionariovirtual.com.br/) - Acesso em 13/10/2014

⁸ Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/caderno=14> - Acesso em: 16/10/2014

São aquelas constituídas por laços de afeto geralmente originárias por casais que não conseguem ter filhos naturais, mas que se dedicam a ser excelentes pais no cuidado de crianças abandonadas ou oferecidas em doação.

O principal objetivo da justiça e do Estado é oferecer as crianças abandonadas pelas famílias sanguíneas o direito de ter uma família, de ser amada, cuidada e protegida para que esta possa crescer e se desenvolver no seio da família embora de formação afetiva.

Destacam-se neste capítulo alguns exemplos de novas formações de famílias presentes no Brasil, embora ainda existam outras não citadas, com o objetivo de se demonstrar como há uma incoerência do ordenamento ao reconhecer o vínculo afetivo necessário ao crescimento e desenvolvimento da criança e do adolescente e se posicionar criando novas ferramentas jurídicas abrangentes no que tange a formação de novos modelos de família, conforme demonstra-se, e ao mesmo tempo se manter indiferente à necessidade de reconhecer nas relações afetivas paternas filiais que o abandono representa uma ruptura desta mesma conexão presente.

Coelho (2011, p. 169, 1.3) avulta que a filiação sócioafetiva:

Provém da relação de afeto paternal ou maternal nascida na convivência duradoura de afeto paternal entre um adulto e uma criança. Não existe vínculo biológico entre o pai e a mãe e seu filho. Não ocorreu tampouco a contratação pelos pais de serviços médicos de função assistida (Lobo, 2004). O amor, só ele, gerou os direitos e obrigações. (COELHO, 2011, p. 169)

Fazendo com que comprovadamente essa incoerência apontada por Karow quando esta assevera:

Esse é o cenário atual que envolve a responsabilidade civil e Direito de Família. Escolheu-se o tema da reparação civil por abandono afetivo por sua pertinência no momento atual e ainda pela coerência e outras tantas incoerências que vêm sendo demonstrada por alguns juristas no estudo da matéria. (KAROW, 2012, p. 17)

notadamente cresça prejudicando o interesse dos abandonados.

Karow (2012, p. 86§ 1º) apud Silvio Macedo e aponta “O amor é um valor jurídico e este passa a ser supervalorizado nas relações de família e, portanto passa a ser elemento normativo no atual direito de família”.

Karow (2012, p. 79) apud Reale baseando na teoria tridimensional do direito “afirma que a lei não cria nada de novo, impulsionada pelos fatos, com base em valores adjacentes no

seio da sociedade, passa a determinar como deve ser o comportamento humano. É a famosa triangulação do filósofo Fato – Valor – Norma”.

e) Família Anaparental

Anaparental é um modelo de família formado por pessoas com grau de parentesco que decidem viverem juntos sem a presença do chefe familiar, pai e mãe, formadores desse núcleo. Não possuem relação de descendência e ascendência geralmente são formadas por tios e sobrinhos, primos, irmãos e outros membros da família que decidem viver sob o mesmo teto. Para o Estatuto das Famílias no artigo 69, parágrafo 2º este seria o modelo denominado pluriparental, pois assim destaca o referido:

Art. 69. As famílias parentais se constituem entre pessoas com relação de parentesco entre si e decorrem da comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar.

§ 2º Família pluriparental é a constituída pela convivência entre irmãos, bem como as comunhões afetivas estáveis existentes entre parentes colaterais.

Desse modo conclui-se que a classificação quanto pluriparentalidade para os juristas se apresenta nas famílias Anaparental e para parentes colaterais, enquanto para alguns doutrinadores a mesma se apresenta nas Famílias Mosaicos.

f) Família Eudemonista:

Para estudiosos do tema da constituição das famílias é preciso haver o Estatuto das Famílias para ensinar o cunho ético e moral que o tema apresenta. Nesse sentido o importante não é valorizar os aspectos materiais desse agrupamento, mais sim o contexto em que seus membros estão inseridos e os sentimentos partilhados entre esses indivíduos para concretização de um projeto de felicidade, assim, vivem e se formam pelo afeto.

Neste ponto surge à Família Eudemonista que é um novo conceito de famílias que visa à plenitude e a realização de seus membros, vivendo vinculados pelo afeto e se realizando com base no respeito e partilha indiferente de laços sanguíneos⁹. Também não se

⁹ Disponível em: <http://www.estudodirecionado.com/2011/08/familia-eudemonista.html> Acesso em 16/12/2014.

fundamentam sobre laços jurídicos, pois priorizam o afeto e a busca da felicidade de seus membros¹⁰.

g) Famílias de União Estável

São aquelas formadas sem os ritos solenes do Estado, mas que, todavia a Constituição Federal de 1988 no Artigo 226, parágrafo 3º reconhece o tipo de família presente no ordenamento jurídico brasileiro ao apresentar:

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

(...)

§ 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.

Desse modo pode-se dizer que estas se originam a partir da união de um homem e de uma mulher que publicamente passam a viver juntos coabitando sob um mesmo teto, assim assevera o Código Civil de 2002:

Art. 1.723 - É reconhecida como entidade familiar a união entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Ressalta-se neste ponto que a coabitação deve ser continuada e duradoura e com um objetivo principal de formar uma família.¹⁰

¹⁰ Disponível em <http://www.revista.esmesc.org.br> Acesso em 16/12/2014

CAPITULO 02 – O ABANDONO

2.1. Conceito de Abandono Material e Afetivo

A palavra abandonar significa desamparar, repudiar, rejeitar, desobrigar-se de algo. Os pais ao se desobrigar dos filhos fazem destes objetos descartáveis abandonados material ou afetivamente de acordo com a própria vontade.

Cabe elucidar que o abandono, seja material ou afetivo, pode se assinalar de duas formas:

- a) Total que se configura com o abandono material e afetivo por parte de um dos genitores ou por ambos;
- b) Parcial onde um dos pais deixa de oferecer o afeto e a presença participativa no processo de evolução, mas oferece alimentos, por exemplo.

Conceitua-se abandono material quando o genitor deixa de prover o mínimo necessário para a sobrevivência do filho. Muitos desses responsáveis erroneamente acreditam que ao cumprir com tal obrigação estão sustentando financeiramente o detentor da guarda e até mesmo seus novos parceiros, mas está é uma inverdade uma vez que a criança ou o adolescente gera inúmeras despesas no decorrer da vida e desenvolvimento, seja com alimentação, roupas, calçados, saúde, educação, lazer e etc. desse modo ambos os pais ficam responsáveis solidariamente pela vida que geraram lhes cabendo assim à obrigação material para com os filhos.

Quando esta obrigação não é adimplida a justiça, desde que provocada, age para sanar o problema condenando o genitor detentor desse dever a prestar alimentos e caso a omissão persista aplica a pena de prisão. Ele o faz por entender que o menor depende do cumprimento dessa obrigação para sobreviver.

No divórcio a prestação já é determinada no curso do processo, pois um genitor recebe a guarda e o outro o direito de visita juntamente com o dever de proporcionar alimentos.

Muitos pais deixam de cumprir com o dever e tentam alegar não haver condições financeiras de manter esta despesa, porém com o risco da pena acabam satisfazendo, mas ressalta-se que o ordenamento consegue a satisfação mais efetiva devido à existência de normas que obrigam o pagamento devido ao risco de sofrer a aplicação da pena de prisão, pois caso contrário seguiria este o mesmo rumo do abandono afetivo crescente.

Já o abandono afetivo paterno-filial surge da conduta omissiva, com a ausência do afeto entre os genitores e seus filhos, no descumprimento de um dever de prestar assistência moral e afetiva própria dos pais, especialmente após as mudanças da família na sociedade.

Este é um problema que requer especial atenção do estado, pois compromete a vida e saúde psíquica infantojuvenil de acordo com Araújo e Muniz apud Dill Calderan¹¹ que em seu artigo relata “a necessidade da atuação constante dos pais na vida dos filhos visando uma formação saudável do caráter cognitivo, psíquico e sentimental de uma criança, pois a sua falta poderá deixar sequelas em sua personalidade que está em pleno desenvolvimento”.

Relata-se que o abandono afetivo causa danos psicológicos e pode criar um bloqueio no menor que o impeça de interagir e se desenvolver normalmente nas atividades individuais e de grupo, bem como no seio da família por se sentir inferior ou indigno de afeto e atenção o que significa sofrimento a este.

Complexos e traumas causados devido à ausência de amor e do vínculo afetivo entre pais e filhos podem não ser os únicos prejuízos causados, pois conforme relata a presente pesquisa os erros cometidos pelos pais tendem a ser repetidos na vida adulta quando o filho se torna pai, conforme já demonstrado, fazendo com que o sofrimento infligido se estenda, por gerações, devido a essa tendência comportamental.

Cabendo ao legislativo e judiciário desacelerar do crescimento do dano exposto uma vez que somente com a norma e aplicação adequada se consegue disciplinar a sociedade através da imposição de pena cujo cunho não é penalizar simplesmente, mas reeducar socialmente os indivíduos e os ensinar que ao gerar uma vida se tornará responsável por esta pelo menos até atingir a maioridade.

E esta responsabilidade não se restringe ao pagamento das prestações de fins alimentícios, mas também de assistência moral e educacional onde os genitores devem acompanhar o crescimento e desenvolvimento dos filhos oferecendo amor, um ambiente seguro, segurança emocional e ainda tudo que for imprescindível para o crescimento e desenvolvimento do ser, mas para tal é essencial a presença física dos pais.

Além do que prontamente se relata os genitores devem tomar parte nas decisões que envolvem a forma de criação e educação dos filhos e esse dever de cuidar refletirá na saúde e qualidade de vida e, futuramente, se tornará recíproco.

Ressalta-se ainda que o abandono acarrete na criança um sofrimento profundo e íntimo que somente aquele que se colocar em seu lugar será capaz sentir e avaliar corretamente bem

¹¹ Disponível em: www.viajus.com.br/Araújo, Ludmila C. e Muniz, Carla C.. Artigo Abandono Afetivo da Paternidade Biológica: Uma Análise Acerca da Possibilidade. - Acesso em: 21/10/2014.

como a gravidade do dano, mas que também causa danos à sociedade num todo, pois estudos apontam que o abandono faz crescer os números de jovens e adolescentes propensos a delinquência juvenil latente no país e no mundo, muito embora esses hoje sejam tratados pela lei como menor infrator.

Por fim, cabe ressaltar que as instituições estão lotadas de menores infratores e as ruas infestadas deles que colocam suas vidas e dos demais membros da sociedade em perigo cometendo “crimes” que o sistema insiste em deixar com punições brandas e chamar de “infrações graves ou gravíssimas” quando na verdade é um crime. Crimes que tentam contra a vida na maior parte do tempo. E esta proteção da justiça só existe por que o estado tem consciência de que estes infratores na maioria dos casos se formam a partir de revoltas e situações de abandono que a sociedade lhes impõe quando não criam medidas de proteção que visem coibir o dano emocional na vida desses menores e, que na verdade eles são vítimas fazendo novas vítimas no mundo do crime externalizando à violência que sofrem desde pequenos.

Conclui-se que ao evitar o abandono afetivo a justiça pode contribuir para redução dos distúrbios sociais manifestados nos altíssimos índices de crimes cometidos por jovens e adolescentes e o ganho seria para toda a sociedade.

2.2. Implicações Jurídicas do Abandono

Ressalta-se o artigo 1634 do Código Civil de 2002 para confirmar o dever de cuidar dos pais para com os filhos apontados no capítulo 1.4 da presente pesquisa:

Art. 1634: Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
 I- Dirigir-lhes a criação e a 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 sobrevier, ou sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
 V- Representar-lhes, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após esta idade, nos atos em que forem parte, suprindo-lhes 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.

Da mesma forma cabe ressaltar Dias quando expressa:

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. Dias (2009, p. 388)

Assim, demonstra-se ao expor o artigo 1643 do Código Civil de 2002 o dever de assistência aos filhos, porém que a existência da obrigação a ser cumprida pelos genitores segundo Dias é restrita ao campo patrimonial, pois não existe na norma jurídica uma previsão que obrigue esse cumprimento no campo extrapatrimonial em que se funda o afeto.

Destaca-se que embora não exista a norma já se destacam no ordenamento posicionamentos do judiciário que reconheceram o direito de reparação em alguns julgados e que estes podem ser usados para analisar casos idênticos, desde que atendidos os pressupostos obrigatórios para a configuração do Dano Moral. (KAROW¹², 2012, p. 207)

2.3. Princípios Norteadores

Na análise de Denise Menezes Braga¹³ apresenta-se a importância e aplicação dos princípios:

Os princípios servem como base para construção do sistema jurídico. A Constituição Federal e seus princípios promoveram uma releitura dos institutos e normas do Direito de Família, deixando de possuir apenas força supletiva, de preenchimento de lacunas, para ganhar eficácia normativa imediata. Destarte, os princípios constitucionais “aderiram ao sistema positivo, compondo nova base axiológica e abandonando o estado de virtualidade a que sempre foram relegados”. (DIAS, 2009, p.56)
Com a constitucionalização do direito civil, os princípios constitucionais tornaram-se fontes normativas que devem orientar toda a interpretação, integração e aplicação da ciência jurídica.

¹² KAROW, Aline Biasuz Suarez cita casos pioneiros após ano 2000 na Comarca de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul, em 15/09/2003 Juiz condenou o pai a pagar indenização ao filho de R\$ 48.000,00. E em São Paulo em 05/06/2004 juiz condenou parcialmente o pai a pagar R\$ 50.000,00 e tratamento psicológico ao filho.

¹³ Disponível em:

<http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/responsabilidade.civil.por.abandono.afetivo.pdf>
Braga, Denise Menezes. Acesso em: 27/10/2014

Ou seja, as normas e institutos de direito de família devem readequar-se aos princípios constitucionais, que pairam sobre toda a organização jurídica. Afinal deve o Direito Civil como um todo nortear-se pela legalidade constitucional, pelas premissas fundamentais que consistem os valores mais relevantes do ordenamento jurídico pátrio.

E estes valores constitucionais possuem conteúdo elástico, não podendo ser reduzidos ao texto formal da Carta Magna sendo imprescindível conferir maior elasticidade e mobilidade à dimensão substancial da Constituição, atingindo um resultado efetivo dos princípios constitucionais explícitos e implícitos. Desta forma, a violação a um princípio é considerado mais grave que a violação a uma norma, já que de certa forma atinge todo o ordenamento jurídico. Estabelece a Constituição Federal os princípios gerais de proteção da família. (ROSENVALD, 2006, p.36).

Karow apud Ruy Samuel Espíndola e acredita que os Princípios não têm mera função norteadora, conforme Braga aponta acima, mas que:

Os princípios contribuem também para o processo de aferição de constitucionalidade de uma lei, quando postos em confronto com o dispositivo normativo sob exame. Havendo desrespeito a um princípio constitucional por parte do legislador infraconstitucional ocorrerá flagrante inconstitucionalidade. (KAROW, 2013, p. 106 e 107)

Deste modo conclui-se que os Princípios funcionam como um requisito de suma importância a serem evocados e respeitados quando houver inconstitucionalidade e ameaça a um direito Constitucional.

2.3.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O caput do artigo 227 a Constituição assevera ser dever da Sociedade e do Estado à proteção da criança e do adolescente e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana visa efetivar os direitos e garantias fundamentais elencados constitucionalmente.

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. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988)

Tal princípio possui incomensurável relevância no ordenamento jurídico brasileiro que é considerado superior a qualquer disposição conforme demonstra Karow:

Até a Constituição de 1988 tal princípio não era sacramentado no Brasil. No período de Redemocratização de alguns países, inclusive do Brasil, buscou-se o resgate do valor humano consagrando-se a dignidade da pessoa e colocando os direitos fundamentais sobre toda e qualquer disposição estatal. Os tratados e convenções é que foram os responsáveis pela incorporação. (KAROW 2012, p. 103 e 104)

O Estatuto da Criança do Adolescente incorporou os princípios constitucionais relativos aos adultos, como demonstra-se:

[...] Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. (...)
Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.¹⁴

Conclui-se desse modo que tal princípio possui especial relevância¹⁵ por vincular todos os demais. E que o legislador preocupou-se em proteger o menor através de seus direitos constitucionais como a liberdade, o respeito, a dignidade.

Conclui-se ainda que o artigo 227, caput da Constituição também se apresenta o chamado Princípio do Melhor Interesse da Criança, que visa resguardar primeiramente os interesses do menor não somente no campo do Direito de Família, mas na esfera mais ampla como é a Constitucional.

2.3.2. Princípio da Afetividade

As famílias formam-se, desenvolvem-se e movem-se em afeto. Este foi incorporado juridicamente, uma vez que a afetividade se estabeleceu como valor jurídico no sistema

¹⁴ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, 1990. Arts. 15 e 18

¹⁵ Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/da-responsabilidade-civil-por-abandono-afetivo-a-luz-do-ordenamento-juridico-patrio/> - Acesso em: 25/10/2014

familiar brasileiro, sendo suficiente para estabelecer os vínculos emocionais entre as pessoas. (KAROW 2012, p. 131)

O princípio da afetividade está estampado na Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seus artigos 226 §4º, 227, *caput*, § 5º c/c § 6º, e § 6º os quais prevêm, respectivamente, o reconhecimento da comunidade composta pelos pais e seus ascendentes, incluindo-se aí os filhos adotivos, como sendo uma entidade familiar constitucionalmente protegida, da mesma forma que a família matrimonializada; o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente; o instituto jurídico da adoção, como escolha afetiva, vedando qualquer tipo de discriminação a essa espécie de filiação; e a igualdade absoluta de direitos entre os filhos, independentemente de sua origem (LÔBO, 2003, p. 43)¹⁶

Baseando-se neste Princípio conclui-se que além das novas formas de constituição das famílias fundamentadas sobre o afeto cabe lembrar que no Direito de Família o afeto vincula as pessoas e garante direitos no campo patrimonial, comprovando que o mesmo entendimento é cabível no caso do abando afetivo paterno-filial.

2.3.3. Princípio da Paternidade Responsável

Não se pode obrigar ninguém a amar, o que se pode é buscar uma paternidade responsável que surge como novo princípio visando o reconhecimento e a devida participação dos pais na vida dos filhos.

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

§ 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. (Constituição Federal, 1988)

Para finalizar cabe ressaltar que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais implantou uma iniciativa que já apresenta resultados expressivos chama Programa Pai Presente que busca o

¹⁶ Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/link=revista_artigos_leitura&artigo - Acesso em: 27/10/2014

reconhecimento da paternidade responsável através do exame de DNA e o direito do filho de ter o nome do pai na certidão de nascimento e assim contribui nesta análise. De abril de 2009 a março de 2013, foram realizados 15.631 exames de DNA em todo o Estado, sendo 9.464 referentes a ações judiciais que tramitam nas comarcas do interior e 6.167 referentes à demanda da Capital, hoje são realizados mais de 550 exames por mês¹⁷.

2.3.4. Princípio da Solidariedade

Tal Princípio visa criar uma dependência entre os membros que compõem o núcleo familiar para que haja bases para uma nova formação de vínculo familiar onde todos se ajudem e cooperem na busca desse objetivo. Desse modo cabe citar o Art. 3º da Constituição Federal de 1988 que diz “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária.”

Cabe aqui relatar sobre tal Princípio:

Saliente-se que o princípio em estudo é composto pela afeição e pelo respeito, os quais, nas palavras de Roberto Senise Lisboa: “são vetores que indicam o *dever de cooperação mútua* entre os membros da família e entre os parentes, para fins de assistência imaterial (afeto) e material (alimentos, educação, lazer)” (2002, p. 46, grifo no original). É importante esclarecer que o afeto deve ser entendido como sendo o vínculo emocional que se origina dos sentimentos que ligam os integrantes de uma família e que o respeito, por sua vez, deve ser compreendido como o valor que se atribui a um determinado parente, respectivamente (LISBOA, 2002, p. 45). Assim sendo, pode-se dizer que a solidariedade deve reger todas as relações jurídicas, sobretudo, as relações de família, já que é no seio familiar que se desenvolvem sentimentos de afeição e de respeito. Lembre-se que são os pais que incutem na mente de seus filhos os valores que devem nortear suas vidas, de modo que se a eles for ensinada a importância da solidariedade, com certeza, eles se transformarão em pessoas preocupadas com o bem-estar de seus familiares. O doutrinador Paulo Luiz Netto Lôbo (2007, p. 05) aduz que: “Assim, podemos afirmar que o princípio da solidariedade é o grande marco paradigmático que caracteriza a transformação do Estado liberal e individualista em Estado democrático e social, com suas vicissitudes e desafios, que o conturbado século XX nos legou. É a superação do individualismo jurídico pela função social dos direitos. E conclui o articulista afirmando que: “A solidariedade instiga a compreensão da família brasileira

¹⁷ Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal/acoes-e-programas/pai-presente-dna/> - Acesso em 27/10/2014

contemporânea, que rompeu os grilhões dos poderes despóticos – do poder marital e do poder paterno, especialmente – e se vê em estado de perplexidade para lidar com a liberdade conquistada. Porém, a liberdade não significa destruição dos vínculos e laços familiares, mas reconstrução sob novas bases. Daí a importância do papel da solidariedade, que une os membros da família de modo democrático e não autoritário, pela coresponsabilidade (Op. cit., p. 05)¹⁸

Conclui-se desse modo que é preciso haver uma solidariedade geral seja ela dentro do seio familiar ou mesmo dentro da própria justiça para se alcançar a satisfação de um direito que não se pode negar a um filho para que se possa garantir a estes o conhecimento da sua origem biológica e possibilitar a criação de laços afetivos com seus genitores, sempre que possível.

¹⁸ Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/link=revista_artigos_leitura&artigo - Acesso em 28/10/2014

CAPÍTULO 03 – A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Segundo Karow (2012, p. 206) A indenização por danos extrapatrimonial é abordada de forma recente na doutrina e foi promulgada na Constituição Federal de 1988, mas pouco debatida.

Aponta-se que a partir do ano 2000 o tema da responsabilidade ficou mais acentuado principalmente após a publicação do Código Civil 2002. Demonstra ainda uma extensa variedade de casos de pedidos de indenização que vai desde contaminação durante ato sexual (HIV), direito de amantes. (Karow, 2012, p. 207)

Diante desta nova dimensão resta-se agora buscar a responsabilização civil por abandono afetivo não como mera forma de punição, mas de compensação, ou reparação do dano como analisa Karow (2012).

3.1. Configuração do Dano:

Para continuar o estudo da configuração do dano moral precisa-se inicialmente defini-lo. Classicamente a Responsabilidade Civil é definida pela presença de três elementos básicos quais sejam o ato ilícito, o dano e o nexo causal, segundo Karow (2012, p.211), a Responsabilidade Civil por culpa deriva-se da teoria subjetiva da qual extraem os elementos constitutivos do tipo. E demonstra os artigos 186 e 927 Código Civil de 2002 para esse fundamento “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. 927 – Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

No estudo do tema ocorre que renomados autores nacionais e internacionais são unânimes ao reconhecer os três elementos para configuração da responsabilidade civil sendo importante haver posteriormente um nexo de imputação seja este doloso ou culposos.

Todavia segundo Karow para dar cientificidade ao tema em face polêmica, adotam-se os elementos nominados. Fernando Noronha apud Karow (2012, pp. 215 e 218) apresenta os seguintes elementos para configuração:

Que haja um fato antijurídico, que seja imputável a alguém; que tenha produzido danos, que tais danos sejam causados pelo ato ou fato praticado; e como condição suplementar que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada.

Que haja um fato, derivado de uma conduta omissiva por parte dos genitores ou de um deles que ao empregar o abandono afetivo prive a criança ou o adolescente do seu direito de convivência, causando dano emocional ou físico. Ou ainda, através de uma conduta comissiva pratique atos reiterados por atos de “desprezo, rejeição, indiferença e humilhação gere o desamparo afetivo, moral e psíquico”. Que seja antijurídico nascido na não observância do dever de cuidado e proteção seja materno ou paterno, tipificado por lei ou em cláusulas gerais que garantam a responsabilização do ato ilícito extracontratual, independente de prévia definição tipificadora. (KAROW, 2012, p. 219)

Que possa ser imputado a alguém, seja este um ou ambos genitores ou adotantes após a formulação da guarda por assumirem a responsabilidade de criar e educar como pais. (KAROW, 2012, p. 219 e 220)

Que tenham sido produzidos danos à dignidade da criança e do adolescente ou danos no momento de formação da personalidade o que o torna o ato mais gravoso devido ser este o momento de formação e desenvolvimento da personalidade. Tal dano pode ser manifestado por comportamentos ou desvios comportamentais e psicopatias clínicas. O Dano extrapatrimonial pressupõe um dano ao projeto de vida do ser que configura-se mais gravoso que entende-se como uma ofensa a liberdade de se desenvolver. (KAROW, 2012, p. 220)

Que esses danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado: desde que comprovadamente inerente do nexo de causal. Uma vez que os danos à personalidade, psicoses ou distúrbios emocionais causados pela conduta omissiva ou comissiva dos genitores no momento de formação causam danos irreparáveis.

Que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada: e para tal o dano imposto ao menor dever ser objeto tutelado pelo ordenamento jurídico, seja pelos princípios constitucionais, pela própria Constituição Federal, Pelo Código Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Convenção dos Direitos da Criança ou pelo Código Civil. Tais normas devem resguardar os interesses dos tutelados para que seus genitores cumpram “os deveres familiares garantindo o desenvolvimento da personalidade desses sem ofensa ao fundamento Estado Democrático de Direito presente no princípio da dignidade da pessoa”. E que o dever de afeto fundamento dos novos paradigmas de família e outros princípios norteadores do reconhecimento do vínculo possam também ensejar tal proteção. (KAROW, 2012, p. 221).

Segundo Karow outros pressupostos se fazem necessários para o reconhecimento do dano moral que não podem ser deixados de elencar, como agente passivo:

Verificação do sujeito passivo podendo ser este os genitores, terceiros detentores da guarda em determinados casos, ou seja, independentes de vínculo civil ou biológico que possuem. (KAROW, 2012, p. 222)

O reconhecimento da paternidade, maternidade ou do encargo de guardião, através da certidão de nascimento ou termo judicial de guarda onde o pai não pode ser punido caso não tenha conhecimento do filho e este deve ser expresso na certidão de nascimento. No caso das mães esse não se faz necessários uma vez que são elas que dão a luz aos filhos, o que enseja uma punição mais severa. As mães solteiras e as que deram o filho em adoção e até mesmo as que não os registraram não se enquadrariam nestes também.

Reconhecimento público da paternidade através de atos inerentes a sua função assim, aquele que publicamente se porta como pai ao abandonar sua função poderá responder pelo dano. Karow relata não ser possível o pai afetivo responder, somente os casos de guarda devidamente reconhecidos podem exigir.

Que não haja na vida da criança outra pessoa que assuma a função da figura materna ou paterna, pois caso ocorra a responsabilidade será transferida para o terceiro uma vez que este substitui os genitores nas responsabilidades. Havendo dano injusto não se aplicará a responsabilização, pois não havendo dano não haverá reparação.

Acredita-se que havendo uma figura substituta que alcance êxito no cumprimento da sua função de preencher este vazio na vida da criança ou adolescente abandonado afetivamente por seus genitores não caberá responsabilização deste. Mas que caso este não alcance o sucesso por não se empenhar no cumprimento havendo dano devem ser comprovados e fundamentados por laudos e pareceres de médicos e psicólogos no curso do processo para que haja a responsabilização civil do substituto. (KAROW, 2012, p. 225)

A autora acredita que existe ainda que se criar requisitos para que se possa comprovar o dano o que acaba por se ligar à classe dos profissionais da saúde para se atingir este objetivo e assim relata:

Formas de comprovação do dano exceto os danos que exigem pareceres de médicos e especialistas os demais poderão apresentar todos os meios de provas lícitas do ordenamento inclusive eletrônicas devido à tendência do uso de computadores e celulares como meios de comunicação. Incluindo neste rol outros processos como Pensão Alimentícia e praticas reintegradas do descumprimento da obrigação.

Não ser possível requerer ação indenizatória em desfavor daquele genitor que reside com a família: devida a dificuldade de se apurar e comprovar a omissão ou comissão como geradores de situações de abandono. (KAROW, 2012, p. 227)

Para Karow haverá dificuldade de identificar o dano nos casos em que o acusado reside com no núcleo familiar, mas impondo a desídia no cuidado com a prole.

Para se afastar o risco de confundir Alienação Parental com Abandono Afetivo a autora preocupa-se em requisitar a:

Demonstração de que não houve obstáculos impostos por terceiros para que a relação afetiva pudesse se dar de forma plena: É o caso da alienação parental. A alienação parental não pode estar presente na configuração do dano na ação de abandono afetivo paterno-filial, assim com apoio de profissionais capacitados a justiça estará apta a reconhecer e isolar esses casos que Karow destaca como sendo “separar o joio do trigo”. Muitos genitores quando acusados de abandono tentam justificar sua má conduta alegando que o outro genitor aliena a criança ou o adolescente causando o distanciamento da convivência presencial e afetiva, mas tais matérias não se confundem e inclusive tipo já goza de proteção no ordenamento. A alienação pode acontecer inclusive por pessoas da convivência diária como no caso dos companheiros e companheiras das novas relações familiares ou demais familiares como avós, tios, guardiões e etc..

Se o sujeito passivo não tentou transpor as barreiras impostas por terceiros, e se ainda assim estas restam intransponíveis e para tal o sujeito passivo precisa ter tomado iniciativa de tentativa de comunicação e contato com a criança, buscando solucionar com diálogo as desavenças com o outro genitor ou guardião com intuito de priorizar as necessidades da criança e do adolescente. Ressalta-se que estas tentativas servem para atenuar ou para descaracterizar o abandono afetivo e a falta delas enseja agravamento do dano.

E devido à tendência nacional que é a de procurar estabelecer o regime da Guarda Compartilhada a autora também cria um parâmetro para o tema ao expor:

A adoção do termo guarda compartilhada não eximirá os genitores de ser sujeito passivo no processo, pois os responsáveis podem pensar e alegar que o regime de guarda compartilhada adotado não os compromete neste caso perante a justiça e os exime de omissões posteriores. (Karow, 2012, p. 229)

Todavia requer ainda Karow que se deixe estabelecido às situações que podem ser passíveis de punição e justo reconhecimento:

Quais as situações reiteradas e cotidianas de desprezo, humilhação, rejeição, apatia, descaso, desídia e negligência ao menor são aptas a gerar indenização por abandono afetivo: como já expostos seriam aqueles possíveis de causar danos psicológicos e distúrbios emocionais que comprometam a formação da personalidade, e que são identificados por especialistas, mas “também outros tipos visto que cada indivíduo possui uma estrutura emocional que pode ser atingida, porém nem sempre manifesta somente em patologias.” Estas situações podem ser diversas como ausência e não participação na vida dos filhos por longos períodos, falta de cumprimento de compromissos assumidos em datas marcadas, aniversários ou visitas. Falta de gestos de afeto e carinho mesmo que materialmente como presentes enquanto para demais filhos e familiares age de forma contrária. E outras tantas formas de má conduta de pais para com seus filhos e que de forma comissiva podem inclusive se apresentar com agressões e humilhações verbais frente a terceiros que destrói a autoestima e afasta a possibilidade de estabelecimento de laços emocionais com o menor. (KAROW, 2012, p. 228)

Karow (2012, p. 238) apud Reale e define dano moral de duas formas objetiva e subjetiva a se expor:

- a) Dano Moral Objetivo: como sendo aquele que “atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo o de sua imagem”.
- b) Dano Moral Subjetivo: como sendo aquele que “se relaciona com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dores e sofrimentos intransferíveis porque ligados a valores do seu subjetivo, que o ato ilícito veio penosamente subverter, exigindo inequívoca reparação.

Para finalizar destaca-se que não se pode demonstrar que o abandono afetivo se configura por dolo ou culpa devido à complexidade da matéria. (KAROW, 2012, p. 266)

3.2. Formas de Reparação

A pretensão da proteção conforme já exposto não visa punir ou simplesmente obrigar os genitores a cumprir uma obrigação por imposição, mas sim educar e conscientizar estes para uma paternidade responsável que o ato de gerar uma vida apresenta. Esse dever obrigação tende a ser cumprido e incorporado de modo a reduzir o número de crianças que sofrem o dano.

Acredita-se que a reparação pecuniária imposta não seja a melhor forma de reparação do dano, uma vez que o sentimento amor não tem preço.

Todavia cabe apontar que tais pensamentos no Brasil sejam possíveis de serem contestados, pois o país ainda segue tendências a aplicar em casos de danos morais medidas protetivas que visam “compensar e satisfazer o ofendido; punir o ofensor de acordo e buscar tanto a satisfação do ofendido quanto a punição do ofensor”. (MORAES apud KAROW, 2012, p. 268)

3.2.1. Reparação Civil

Embora a Reparação Civil por abandono afetivo trate de danos extrapatrimoniais, poderá englobar os danos à pessoa com consequências patrimoniais. Aponta-se que configurado o dano os responsáveis podem ser condenados a custear as despesas médicas bem como o tratamento clínico ou medicamentoso necessário para amenizar as consequências causadas pelo abandono afetivo (KAROW, 2012, p. 233).

Ressalta-se ainda citar as penalidades civis apontadas por Karow a serem aplicadas na falta de cumprimento das obrigações paternas. As que suspendem ou causam a perda do poder familiar se apresentam nos artigos 1637 e 1638 do Código Civil de 2002:

Art. 1637. 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 de 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.

Art. 1638. 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.

Outras medidas de proteção se encontram elencadas nos artigos 129 caput e 249 do Estatuto da Criança e do adolescente, visando a proteção em casos de omissões e violações por parte dos genitores, bem como a aplicação da pena de multa em caso de infrações.

Quanto à indenização há uma tendência em se criticar a fixação desses valores como sendo a “banalização da reparação civil e moral” o que é uma inverdade, visto que é juiz quem deve avaliar e fixar de acordo com cada caso. A reparação in natura aqui necessária parte do Princípio da Reparação Integral que o próprio código civil no caput do artigo 944 ilustra melhor ao expressar “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Existe aqui uma corrente que acredita que o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil não seria aplicável por assim dizer “Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. (CC/2002, 2012)

Karow apud Agostinho Alvim (2012, p. 275) se posiciona sobre este questionamento:

É certo que a maior ou menor gravidade da falta não influi sobre a indenização, a qual só se medirá pela extensão do dano causado. A lei não olha para o causador do prejuízo a fim de medir-lhe o grau de culpa e, sim, para o dano, a fim de avaliar-lhe a extensão.

Todavia o ordenamento brasileiro já tem se posicionado para fixar a reparação do dano injusto sofrido “buscando reparar integralmente a vítima de acordo com a extensão da lesão observando o grau de culpa do agente. Com caráter compensatório e não punitivo, agindo de forma preventiva” (KAROW, 2012, p. 279).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tende a buscar a satisfação de um dever e direito dos pais e mães com seus filhos até a maior idade, de acordo com o Código Civil de 2002.

Importante se faz esclarecer que o tema “Valorização do Afeto nas Relações Paterno-filiais” não busca dar um valor pecuniário ao afeto ou a falta de afeto presente no abandono, pois o amor não tem preço, se constrói nas pequenas coisas do cotidiano, na convivência e conhecimento das próprias necessidades e das do outro.

É comum a sociedade desconhecadora deste polêmico tema utilizar-se de jargões, frases pretenciosas e sensacionalistas que não refletem o entendimento sério que o tema apresenta e tais pré-conceitos emanam da população alheia ao tema, mas o objetivo é fazer com que o genitor(a) que abandona um menor possa ser disciplinado pelo judiciário caso configure o dano.

A crítica deveria se preocupar em conhecer os motivos que têm levado os genitores a se tornarem verdadeiros estranhos na vida dos filhos e principalmente saber sobre os danos que estes têm causado aos menores que desprotegidos legalmente ficam sujeitos a este tipo de tratamento, pois pais que não cativam seus filhos não os conhecem e não se tornam responsáveis por suas vidas e o menor não possui culpa por ter nascido, então não pode sofrer a pena, uma vez que não determinou ser gerado. São os pais que impulsionados tomam esta decisão e por este motivo devem estes civilmente ser responsáveis pelo tempo necessário conforme determina a lei.

O fato de o ordenamento se preocupar com os danos que ensejam a dissolução da sociedade conjugal aos descendentes fez com que se cogite na possibilidade de fixar como oficial o regime da guarda compartilhada aos pais, pois assim espera alcançar uma estabilidade emocional mais favorável aos menores que por vezes se tornam as vítimas mais vulneráveis dos processos de separação.

Entretanto, a área do Direito de Família ainda não decidiu tal questão e muito ainda se precisa amadurecer, pois embora para a criança esta possa trazer benefícios e o principal deles a presença e participação ativa dos pais na vida dos filhos, por outro lado para o casal o desgaste emocional e a necessidade de um equilíbrio por vezes não alcançado complicarão a situação.

Se por um lado a medida tenta manter uma relação entre pais e filhos como núcleo familiar ativo, por outro pode deixar ainda mais evidente o conflito do casal para a criança

fazendo com que este seja obrigado a conviver com as pressões e agressões que geralmente se apresentam com a dissolução do casamento ou do vínculo afetivo do casal. Isso porque a criança passa a ser usada para agredir o outro ou como escudo ou objeto na maioria dos casos.

Por outro lado o fato do ordenamento se voltar nesta preocupação demonstra que o abandono afetivo também tende a se tornar inconcebível na atual sociedade, para este fim necessita-se criar ferramentas jurídicas que visem controlar e educar a sociedade para evitar a prática de crimes contrários ao Código Civil e ao ECA.

Diante do exposto conclui-se que caso a Justiça entenda que a Guarda Compartilhada é o regime oficial a ser fixado, salvo as exceções, haverá uma incoerência diante da falta de valorização do afeto para responsabilização civil, visto que a própria Lei 11.698/2008 se preocupa em conceder a guarda ao genitor que em primeiro lugar prover afeto, depois saúde, segurança e educação.

O trabalho objetiva ainda criar critérios ou elementos nominados para a configuração do dano e para o reconhecimento do ilícito. Sem os elementos tornar-se-á complexo para os próprios advogados reconhecer quais causas devem ou não ajuizar ações passíveis de justo reconhecimento. E para os juristas tomarem decisões, pois com estes fixados e reconhecidos estes poderão decidir de forma mais unânime sobre o tema, quando presente o dano, o que não acontece até o presente uma vez que muitas ações ainda são julgadas improcedentes.

Conclui-se que a luz desses requisitos talvez possa se haver um número maior de condenações que sirvam de apoio para tomada de novas decisões.

Conclui-se que há uma incoerência de Karow quando estabelece “**não ser possível requerer ação indenizatória em desfavor daquele genitor que reside com a família:** devida a dificuldade de se apurar e comprovar a omissão ou comissão como geradores de situações de abandono”, pois para ela não há possibilidade do reconhecimento do ilícito quando o agressor reside com o menor e com a família, todavia se houver o acompanhamento de profissionais devidamente capacitados pode-se apurar e comprovar a omissão dos pais e tratar de toda família como primeira medida. Esta incoerência também se apresenta quando a autora dos elementos diz que “as mães solteiras e as que deram o filho em adoção e até mesmo as que não os registraram não se enquadrariam nestes também”, pois o fato de ser mãe solteira, não dar o devido registro legal ao filho não as isentam da obrigação para com a prole, somente as que derem a criança em adoção sem abandoná-las nas ruas ou em outras situações degradantes e comumente vistas podem fazer jus deste respaldo jurídico. Este estudo apontou uma preocupação com o grupo de mães solteiras especialmente por ter algumas que tomam a

decisão de criar os filhos sem o conhecimento e consentimento dos pais causando um abandono que o genitor não provocou.

O judiciário apresenta-se como incoerente quando reconhece o afeto como vinculador de direitos e obrigações em diversas situações patrimoniais dos novos modelos de família na atual sociedade, pois quando não se posiciona definitivamente acaba por estimular o crescimento da conduta do abandono paterno-filial e até mesmo materno-filial devido a falta de proteção ao menor e ao adolescente no ordenamento jurídico.

Todavia ao tentar aproximar um pai ou uma mãe, ou mesmo ambos genitores de um menor indesejado pode-se acarretar um novo problema, pois é preciso avaliar os riscos de expor a criança ou adolescente a uma violência muito maior ao aproxima-las de quem não as desejam. Esta problemática aponta para os crescentes números de violência de pais contra filhos, especialmente nos casos de divórcio como aconteceu nos famosos casos de conhecimento público que foram chamados de caso “Nardoni” onde Isabella Nardoni foi à vítima e caso do menino “Bernardo Boldrini” onde os pais junto com suas novas companheiras assassinaram cruelmente os filhos.

Diante de todos os fatos e consequências demonstra-se ser preciso não apenas a aplicação de sanção pecuniária, mas que, caso haja desinteresse ou violência de qualquer nível contra o menor, haverá também a necessidade de destituir o poder familiar de um ou de ambos os genitores em casos mais graves e reincidentes podendo haver ainda uma punição penal inclusive conforme Art. 244 do Código Penal que prevê uma punição de um a quatro anos de prisão de detenção e multa de um a dez salários mínimos para os casos desídia no cumprimento do dever de prestar alimentos.

Aponta-se aqui que quando a criança é deixada no abandono afetivo seja dentro ou fora do núcleo familiar a medida da adoção é a melhor solução a ser seguida visto que o menor terá uma nova oportunidade de criar laços de afeto e formar uma nova família.

Assim, demonstra-se que esta medida extrema visa garantir o bem estar e os direitos fundamentais que fazem jus os menores, pois caso os genitores não os queiram afetivamente a justiça deve providenciar a adoção para tentar a satisfação desses direitos organizando este dentro de novas famílias, ou melhor, famílias adotivas. Todavia antes da adoção a medida a ser tomada pela justiça é a de procurar dentro da família extensa quem possa cuidar desses menores. E deste modo poderá a criança estar diante de um segundo novo problema, pois

destaca-se neste trabalho que os pais tendem a repetir a conduta dos pais nos processos de criação dos próprios filhos e em muitos casos estes menores podem ser apenas transferidos de agressor a sua dignidade. Haverá assim, a necessidade de se criar mecanismos para se identificar se houve ou não a repetição da conduta dos pais devido à criação dos avós ou de outros familiares presentes na família extensa para que não ocorra essa transferência, mas que haja a ruptura com os laços sanguíneos que infligem dor e sofrimento para se formar novos laços de amor e carinho dentro de famílias que realmente queiram estes filhos.

Dessa forma, conclui-se este estudo com o qual se espera contribuir para uma sociedade mais responsável perante os filhos menores e para um ordenamento jurídico mais coerente na valorização do afeto na responsabilização civil por abandono afetivo nas relações filiais, gerando previsões não apenas de indenização pecuniária, mas de punições mais severas para os casos mais graves ou reincidentes que possam ser a destituição do poder familiar e envio para adoção, a imputação penal ou mesmo para casos mais simples a prestação de serviço comunitário junto a abrigos de menores e idosos. E o que aparentemente acredita-se ser “ruim” se mostrará proveitoso aos genitores, quando estiverem idosos, para que possam seus filhos também ser devidamente responsabilizados caso descumpram o seu dever de assistência a estes na tenra idade, fazendo assim um dever recíproco entre os pais e a prole.

REFERÊNCIAS

BUENO, Francisco Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**, 3ª Edição, São Paulo, Editora Lisa S/A, 1989, página 288.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil – Família/Sucessões de Acordo com o Novo Divórcio E.C. 66/2010**, 4ª Edição, Editora Saraiva, Volume 5, 2011, SP/SP.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005/2006 e 2010.

DINIZ, Maria Elena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 5. Direito de Família, 26ª Edição, Editora Saraiva, SP, 2011.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo – Valoração Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais**, Editora Juruá, 2012, Curitiba.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil** 11ª Edição, Volume 6, Editora Atlas, SP, 2011.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF, 1990.

Vade Mecum Universitário, 11ª Edição Atualizada e Ampliada, Editora Rideel, 2012.

SITIOGRAFIA

<http://www.dicio.com.br/familia/>

www.fmd.pucminas.br/virtuajus/abrahão.pdf., acesso em 16/10/2014

www.jusbrasil.com.br

www.tjmg.gov.br

www.amagis.org.br

<http://www.dicio.com.br/familia/>

www.viajus.com.br

<http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/responsabilidade.civil.por.abandonamento.afetivo.pdf>

<http://www.ambito-juridico.com.br>

<http://g1.globo.com/jornal-da-globo>

<http://www.planalto.gov.br>

www.veja.abril.com.br

www.revista.esmesc.org.br/re/article/download/41/45

www.estudodirecionado.com › Direito Civil

ANEXOS

ANEXO I

Reinaldo Azevedo

04/05/2012 às 7:17

ABANDONO AFETIVO É PURA MANIFESTAÇÃO DE “DIREITO CRIATIVO”! É DEGRADAÇÃO DA CULTURA DEMOCRÁTICA. OU: QUANTO CUSTA O AMOR PATERNO?

Os Cachoeiras e, sobretudo, as cascatas que tomam conta da vida pública acabam nos levando a deixar de lado alguns temas relevantes, que dizem respeito não exatamente à política como jogo do poder, mas à cultura política entendida como uma ética de relação com o outro e com o mundo. **Estamos nos tornando um país de fanáticos do sentimentalismo, de pervertidos da reclamação, de ditadores da reparação.** Aquele que tiver a sorte, para desdita de muitos, de manejar o aparato do estado impõe, então, o seu fanatismo, a sua perversão, a sua ditadura. E ao arrepio da lei! Lei pra quê? O que importa é “fazer justiça” segundo a metafísica influente.

Em uma decisão inédita, a 3º Turma do STJ reconheceu o direito que tem uma filha, hoje com 38 anos, de receber uma indenização de R\$ 200 mil de seu pai. O “crime” dele: “Abandono Afetivo”!!! É inútil procurar essa caracterização em qualquer código. Não existe. Trata-se de uma manifestação de “Direito Criativo” — área em que o Brasil desponta para o mundo com farta produção —, formulado com base em umas tantas considerações de ordem subjetiva feitas por juízes. Vocês certamente acompanharam o caso. Um senhor teve uma filha fora do casamento. Depois de uma ação judicial, ela foi legalmente reconhecida e assistida materialmente. Goza de todos os direitos dos demais herdeiros. Mas reclama que não foi devidamente amada quando criança...

A exemplo da Lei da Palmada, a decisão da Justiça constitui uma intromissão absolutamente inadmissível do estado na vida dos indivíduos. Como mensurar se esse pai deu amor demais ou de menos? Como estabelecer um padrão mínimo — garantida a assistência material, que existiu — de dedicação amorosa, de modo que possa ser mensurada num tribunal? O que sabem aqueles juízes das alterações e dificuldades que pai e mãe, numa relação não-familiar, tiveram ao longo da vida? Por que é ele, necessariamente, o vilão da história?

A relatora do caso, ministra Nancy Andrighi, argumentou por um caminho curioso: **“O cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente. Não se discute mais a mensuração do intangível — o amor —, mas, sim, a verificação do cumprimento,**

descumprimento ou parcial cumprimento de uma obrigação legal: cuidar.” O pai dispensou, segundo consta, o cuidado que está estabelecido em lei. A filha está reclamando é de falta de amor.

E, ora vejam, contrariando, então, o que diz a ministra, é justamente esse amor que está sendo mensurado. A mulher havia perdido a causa em primeira instância. Recorreu ao Tribunal de Justiça e ganhou, com uma indenização fixada em R\$ 415 mil. O STJ reformou a decisão para R\$ 200 mil. Fico cá me perguntando: como chegaram àquele primeiro valor? Aqueles R\$ 15 mil, em particular, desafiam a minha quietude: o que ele deveria ter feito para que fosse, sei lá, apenas R\$ 400 mil? Por que o próprio STJ considerou que o “abandono afetivo” não vale tanto, podendo ficar por R\$ 200 mil mesmo?

Este trecho da reportagem do Estadão é espetacular:

“A ministra afirmou que a filha conseguiu constituir família e ter uma vida profissional. ‘Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe’, disse Nancy.”

Entendi. Ela recebeu o devido aporte material, leva uma vida normal, constituiu família, tudo nos conformes. Mas sobrou “a dor”. Ora, Val Marchiori já nos ensinou em “Mulheres Ricas”, certo? Não há dor que o dinheiro não cure... *Relooouuu!!*

Ineditismo por ineditismo, por que essa filha, que é herdeira do pai (como os irmãos), não recorreu à Justiça para obter, então, um mea-culpa, um pedido de desculpas, um reconhecimento público da falta de cuidado amoroso, um abraço? Não! Nada disso! Existe um preço para a falta de amor! Era R\$ 415 mil, mas pode ficar por R\$ 200 mil.

No mérito, o caso é, parece-me, eticamente escandaloso. Mas também é uma aberração jurídica. O Judiciário brasileiro acaba de legislar, mais uma vez, criando o crime do “abandono afetivo”? Cadê a lei, santo Deus? Não há! Eis aí. Vivemos o que chamo a era dos fanáticos do sentimentalismo — juízes, agora, acham que podem pôr um preço nas sensações e subjetivismos. Vivemos a era das perversões da cultura da reclamação: basta que o “oprimido” saia por aí proclamando a sua dor para gerar solidariedade automática. Com sorte, encontra pela frente os ditadores da reparação, que resolverão, como costume dizer, fazer justiça com a própria toga.

Está criada a jurisprudência, embora a decisão não seja vinculante. Cabe a cada juiz decidir. Mas adivinhem só... Nesse caso, pobre pai!, ele é culpado antes mesmo de qualquer juízo objetivo. Afinal, teve uma filha fora do casamento, só reconhecida depois de uma ação judicial, com quem ele não conviveu — embora tenha cumprido todas as obrigações QUE AS LEIS EXISTENTES LHE IMPUNHAM. Ele só não sabia que estava na mira de uma lei desconhecida porque... simplesmente inexistente!

Quanto tempo vai demorar para que quiproquós familiares comecem a lotar a Justiça ainda mais do que hoje? Quanto serão os filhos, mesmo frutos de uniões estáveis e vivendo sob o teto familiar, que alegarão, a depender dos conflitos, esse tal “abandono afetivo”? Não havendo lei, pode-se acusar qualquer coisa: “Olhe, quero dizer que o meu pai (ou mãe) me sufoca”... Pobre pai! Em breve, estará impedido de exercer, digo com ironia, até aquele papel que Freud lhe reserva, não é? Não poderá mais ser o saudável repressor, a quem cumpre dizer que os limites existem. Quem sabe chegue o dia em que o parricida alegará no tribunal que só cumpriu seu gesto tresloucado porque seu aparelho psíquico, malformado pelo morto, não operou a necessária interdição, e a morte simbólica de Laio na disputa por Jocasta se fez física, pelas mãos de um Édipo que era, sei lá, contador...

Uma perguntinha à ministra Nancy Andrighi e a seus colegas: esse valor pelo “abandono afetivo” foi estabelecido, suponho, com base na condição financeira do pai, certo? Um homem muito pobre seria condenado a compensar a subjetividade ferida da filha com um pão com mortadela? O “abandono efetivo” de Eike Batista custaria R\$ 200 milhões, em vez de R\$ 200 mil? Havendo boas respostas, juro que publico. O pai disse que vai recorrer ao Supremo. Considerando o que se anda fazendo por lá ultimamente, corre o risco de a indenização sair pelo dobro. Ou o nosso Supremo não tem protagonizado cenas explícitas de “Direito Criativo”?

Caminhando para o encerramento, pergunto: a filha vitoriosa troca os R\$ 200 mil por um abraço e por um pedido de desculpas?

O assunto parece besta? Mas não é! A rigor, acreditem, é mais importante do que essa canalha que vive assaltando o dinheiro público. A cada pouco, há uma! Precisamos é metê-las na cadeia. Ou bem se tem um estado de direito funcionando, que proteja a coletividade e os indivíduos, a nação e o estado, ou ficamos à mercê do indeterminado. Se podemos ser punidos por um crime que não está tipificado e obrigados a fazer alguma coisa em razão de uma lei que não existe, então estamos numa ditadura. Ainda que uma ditadura exercida, com frequência, por alguns juízes.

Por Reinaldo Azevedo

Resumo e Análise Crítica - Anexo I

O valor a ser fixado levará em conta a extensão do dano causado na vítima. Demonstra-se que os críticos desconhecedores da matéria se assustam e banalizam a causa por “majorar o sentimento” em seus distorcidos entendimentos.

Colunista da Revista Veja Edição Virtual faz Crítica

No mérito, o caso é, parece-me, eticamente escandaloso. Mas também é uma aberração jurídica. O Judiciário brasileiro acaba de legislar, mais uma vez, criando o crime do “abandono afetivo”? Cadê a lei, santo Deus? Não há! Eis aí. Vivemos o que chamo a era dos fanáticos do sentimentalismo — juízes, agora, acham que podem pôr um preço nas sensações e subjetivismos. Vivemos a era das perversões da cultura da reclamação: basta que o “oprimido” saia por aí proclamando a sua dor para gerar solidariedade automática. Com sorte, encontra pela frente os ditadores da reparação, que resolverão, como costume dizer, fazer justiça com a própria toga.¹⁹

O colunista da Editora Abril Reinaldo Azevedo criticou duramente o posicionamento e da mobilização preocupado apenas com o abalo financeiro que uma condenação pode causar, mas ele se esqueceu de avaliar o sofrimento que a conduta causa e do dever do Estado de proteger os interesses dos filhos menores.

Mas existem outros julgados que demonstram uma condenação ao pagamento de valor menor ao da causa mais polêmica e conhecida do Judiciário, que condenou o pai a indenizar em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a filha por abandono afetivo em 2002.

¹⁹ Disponível em: veja.abril.com.br/blog/reinaldoazevedo Acesso em 12/08/2014

ANEXO II**PODER JUDICIÁRIO****TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO****Registro: 2013.0000292418****ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0006041-21.2010.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante/apelado MARIO PEREIRA DO PRADO, é apelado/apelante ALEXSANDRA CRISTINA DA CONCEIÇÃO DO PRADO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao apelo do réu e julgaram prejudicado o recurso da autora. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores GALDINO TOLEDO JÚNIOR (Presidente), LUCILA TOLEDO E ANTONIO VILENILSON.

São Paulo, 21 de maio de 2013.

Galdino Toledo Júnior

RELATOR

Assinatura Eletrônica

TRIBUNAL DE JUSTIÇA**ESTADO DE SÃO PAULO****9ª Câmara de Direito Privado****Apelação Cível nº 0006041-21.2010.8.26.0361****Comarca de Mogi das Cruzes****Apelante: Mario Pereira do Prado**

Apelada: Alexsandra Cristina da Conceição do Prado

Voto nº 11.444

RESPONSABILIDADE CIVIL Danos morais Filha em face do pai Ausência de prova de que o requerido soubesse da existência da apelada desde o nascimento ?

Impossibilidade deste, contudo, após a propositura da demanda investigatória?

Ação ajuizada em 21/09/1998 quando a autora contava com 22 anos Genitor que se esquivou de realizar o exame de DNA, prolongando o julgamento da lide até 2007 conduta que configura abandono moral e material ? Dever alimentar que, em tese, se estende até os 24 anos, momento em que, em geral, os jovens concluem curso superior Interregno de dois anos que deve ser considerado para estabelecimento do valor da indenização Montante fixado

na sentença que se mostra desarrazoado -Redução deste para R\$ 50.000,00 que se mostra consentâneo com os fatos ? Verba honorária mantida Recurso do réu acolhido parcialmente e prejudicado o da autora.

1. Ao relatório constante de fls. 219/228 acrescento que a sentença julgou procedente ação indenizatória por danos morais, proposta pela filha em face do pai, condenando este último no pagamento de R\$ 100.000,00, corrigido monetariamente pela Tabela Prática do TJSP, acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da condenação. Determinou ainda o pagamento de custas e despesas processuais pelo vencido, bem como honorários advocatícios fixados em 20% do valor da condenação, atualizados a partir da decisão.

Volta se o réu em suas razões recursais de fls. 231/243, alegando, em resumo, que foram utilizadas provas colhidas na ação investigatória, que consistiu no depoimento pessoal da autora, da genitora desta e de Olívia Nogueira, ressaltando que as duas primeiras declarações devem ser tomadas com ressalvas em razão do evidente interesse na causa e por terem sido tomadas sem compromisso e que a última soube dos fatos pela mãe da apelada, restando clara a parcialidade de suas afirmações. Diz que as duas testemunhas ouvidas nesta ação também souberam dos fatos pela genitora da requerente e, portanto, seus depoimentos estão contaminados por vício de origem, inexistindo prova de que o apelante tivesse ciência da gravidez e tampouco causado trauma à sua filha. Defende que não basta a ausência de um dos genitores ou mero distanciamento entre pais e filhos para causar dano psíquico à descendente, hipótese bastante comum nos dias atuais. Argumenta que para se aferir a intensidade do

trauma se mostra necessária perícia psiquiátrica ou psicológica, até para se conseguir quantificar o dano, ressaltando que devem ser observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Aduz que a presente indenização não traz nenhum benefício à abalada relação de pai e filha, além de romper a possibilidade, ainda que tênue, de iniciarem uma convivência. Narra que nunca tomou conhecimento da gravidez, não houve conduta omissiva ou comissiva que caracterizasse ato ilícito e que apenas conheceu a autora quando da propositura da ação de investigação de paternidade, ajuizada quando ela possuía 22 anos. Assevera que não há como comparar o tratamento direcionado aos demais filhos, posto que inexistia qualquer relacionamento com a autora, observando-se que os outros descendentes sempre estudaram em escola pública e na Universidade gozaram de bolsa de estudos uma vez que o requerido lecionava na mencionada instituição. Defende que seus filhos matrimoniais trabalham desde os 14 anos, colaborando no sustento da casa e o réu conta com 71 anos, é aposentado, percebendo pouco mais de R\$ 2.000,00, não possuindo condições de suportar o valor fixado judicialmente. Pugna pela improcedência da pretensão de indenização, ou alternativamente, sua redução, bem como dos honorários advocatícios fixados no julgado.

Por seu turno, recorre a autora, alegando em suas razões recursais, em resumo (fls. 246/247), que mesmo após o reconhecimento judicial como filha o apelado a discrimina em face dos irmãos, sendo privada da convivência paterna, sem qualquer amparo afetivo, moral e psíquico. Insiste que seus irmãos estudaram em bons colégios, possuem nível universitário e a recorrente não teve acesso ao mesmo nível de estudo. Diz que a indenização deve ser majorada para 500 salários mínimos, devidamente atualizado a partir da propositura da ação, com juros de 1% computados a partir da citação.

Recursos regularmente processados, com oferecimento de contrarrazões às fls. 252/255, apenas pelo réu.

2. Trata os autos de ação proposta por filha em face do pai, pretendendo o recebimento de indenização por danos morais de 500 salários mínimos, em razão do abandono afetivo e material por parte do requerido, conduta que lhe causou constrangimento e dor em razão da discriminação que sofreu durante anos, privando-a da convivência familiar, além do tratamento desigual dispensado à prole, salientando a recorrente que não conseguiu concluir curso superior por falta de condições financeiras.

No caso vertente, como bem anotou a Douta Magistrada “o ponto controvertido é se o réu tomou conhecimento da paternidade da autora e deliberadamente deixou de prestar assistência moral e material a mesma” (fl. 220).

Note-se que a prova oral aqui produzida (fls. 158/181), bem como aquela emprestada dos autos de investigação de paternidade (fls. 58/64) não se prestam a demonstrar, de forma cabal, que o autor tinha ciência de que a autora era sua filha desde o seu nascimento.

Isto porque, como bem ressaltado nas razões recursais deste, as informações que remetem à essa data são todas provenientes da própria mãe da autora, registrando as testemunhas de forma clara em seus respectivos depoimentos, que souberam dessa acontecimento por informação que lhes foi passada pela própria genitora da demandante (fls. 160 e 164), daí por que, na ausência de outras no mesmo sentido, inservível exclusivamente aquela para referendar essa conclusão.

Não se pode negar, contudo, que quando da propositura da ação de investigação de paternidade em 21/09/1998 (fl.08), obteve o apelante notícia de que a autora estava lhe imputando a condição de pai e, nesse momento, sem dúvida alguma, tomou conhecimento da possibilidade de existência de suposta descendente.

Nesse passo, como pessoa responsável, cabia-lhe, o quanto antes, realizar o exame pericial (DNA) a fim de ter a certeza sobre a paternidade ou não, demonstrando, inclusive, sua boa-fé em relação aos fatos narrados.

Ao invés disto, naquela ação de investigação, o apelante se esquivou por inúmeras vezes de realizar o exame genético, conduta bastante reprovável, pois se tinha dúvida acerca da aventada paternidade, o melhor seria, desde logo, produzir a prova, oportunidade que deixou precluir.

Como bem resumiu o Douto Promotor de Justiça: “no primeiro exame, nenhuma das partes compareceu (fls.65). No segundo, antes da coleta do material o réu se evadiu do Instituto (fls. 76). Marcada uma terceira data para exame (fls. 91), o réu marcou uma cirurgia para a véspera, não comparecendo (fls. 96). Finalmente, marcada uma quinta coleta de material (fls. 101), o réu novamente tentou dele se esquivar com argumentos de ordem médica (fls. 108/112), deixando de comparecer ao exame” (fl. 68).

Tanto é assim que, por conta do comportamento desidioso e desrespeitoso do recorrente, a ação de investigação de paternidade tramitou por longos anos - de setembro de 1998 (fl. 08) a março de 2007 (fl. 109) -, sendo proferida sentença mesmo sem a realização do exame de DNA, com aplicação da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça.

Destarte, quando da propositura da ação, a autora contava com 22 anos (fl. 14) e em que pese não estar mais sujeita ao pátrio poder, nos termos do artigo 379, do Código Civil/16, vigente à época dos fatos, certo é que, conforme predominante entendimento jurisprudencial, o auxílio dos genitores deve ser estendido até os 24 anos, época em que o filho, em geral, conclui o curso superior e possui melhores condições de ingressar no mercado de trabalho, visando obter independência financeira.

Assim, nesse reportado cenário e apesar do requerido não poder ser condenado por danos morais e materiais relacionados a período anterior à declaração de paternidade, até porque antes do reconhecimento judicial do vínculo, inexistiam deveres decorrentes do poder familiar, há que se considerar que a obrigação alimentar se estenderia até os 24 anos, mormente se analisarmos que seus filhos matrimoniais atingiram o grau universitário, conforme informado pela sua própria testemunha Michel (fl. 180).

Consoante leciona Yussef Said Cahali

“incumbe aos genitores a cada qual e a ambos conjuntamente sustentar os filhos, provendo-lhes a subsistência material e moral, fornecendo-lhes alimentação, vestuário, abrigo, medicamentos, educação, enfim, tudo aquilo que se faça necessário à manutenção e sobrevivência dos mesmos. O pai deve propiciar ao filho não apenas os alimentos para o corpo, mas tudo o que for necessário... Todos os esforços dos pais devem ser orientados no sentido de fazer o filho por eles gerado um ser em condições de viver por si mesmo, de desenvolver-se e sobreviver sem o auxílio de terceiros...” (Dos Alimentos p. 347 5ª ed.).

Nessa linha de pensamento, oportuno citar trecho de julgado lavrado pela eminente Ministra Nancy Andrighi, acerca do abandono afetivo e dos elementos necessários à caracterização do dano moral, em casos como o dos autos: “É das mais mezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou

perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral. No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto casos de adoção, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas. Sendo esse elo fruto, sempre, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole... Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança. E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais biológicos ou não. À luz desses parâmetros, há muito se cristalizou a obrigação legal dos genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção, impor-se a prisão civil para os que as descumprem, sem justa causa”. (3ª Turma Resp 1159242/SP julgamento: 24/04/2012).

Portanto, definida a existência de negligência do genitor em relação ao dever de cuidado da descendente, ao menos, após a propositura da ação, de rigor analisar a existência do dano.

Nesta senda, não há como acolher a alegação do apelante quanto à necessidade de elaboração de laudo psicológico visando a comprovação do dano, diante dos notórios prejuízos de toda ordem sofridos pela filha em razão do descaso do pai no seu dever de cuidado.

A propósito, colhe-se do voto acima citado que “não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a situações símeis aos exemplos, porquanto inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, como bem exemplificam os fatos declinados pelo Tribunal de origem. Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade apesar da evidente presunção de sua paternidade -, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna. Entretanto, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e

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

Resta, dessa forma, estabelecer a questão relacionada ao quantum indenizatório. No que concerne à quantificação dos danos morais deve o julgador atentar para as circunstâncias da causa, o grau de culpa do causador, as consequências do ato, as condições econômicas e financeiras das partes.

Insta salientar, nesse ponto, que a negligência do dever de cuidado se refere aos anos posteriores ao ajuizamento da ação de investigação e não desde o nascimento, uma vez que não restou comprovado que tinha ciência o requerido da paternidade desde então.

Por outro lado, note-se que na data da propositura deste feito (em 2010) contava a autora com 34 anos, sem função específica, não se podendo atribuir apenas à negligência do genitor a culpa pela sua condição profissional atual (“do lar”), posto que muitos jovens em condições análogas conseguem exercer atividade remunerada e ingressar no mercado de trabalho.

Atento a essas diretrizes e às peculiaridades do caso concreto, a indenização de R\$ 100.000,00, arbitrada pela julgadora monocrática se mostra elevada, razão pela qual comporta redução para R\$ 50.000,00, com correção monetária e juros na forma da sentença, nesse ponto não impugnada pelos recursos, quantia que se mostra consentânea com os fatos acima narrados.

Como corolário, diante do acolhimento parcial do apelo do demandado, resta prejudicado o recurso da autora que postulava a majoração do quantum reparatório.

Por fim, nada há para se modificar quanto à verba honorária, pois o percentual arbitrado pela ilustre sentenciante supre os objetivos de remunerar adequadamente o trabalho desenvolvido no feito, além de preservar a dignidade da profissão de advogado.

3. Ante o exposto, para o fim acima, meu voto acolhe parcialmente o apelo do réu e julga prejudicado o recurso da autora.

Galdino Toledo Júnior -

Relator

Resumo e Análise Crítica - Anexo II

ANEXO II – TJ-SP - Apelação : APL 00060412120108260361 SP 0006041-21.2010.8.26.0361

RESPONSABILIDADE CIVIL Danos morais Filha em face do pai Ausência de prova de que o requerido soubesse da existência da apelada desde o nascimento? Impossibilidade deste, contudo, após a propositura da demanda investigatória? Ação ajuizada em 21/09/1998 quando a autora contava com 22 anos Genitor que se esquivou de realizar o exame de DNA, prolongando o julgamento da lide até 2007 Conduta que configura abandono moral e material? Dever alimentar que, em tese, se estende até os 24 anos, momento em que, em geral, os jovens concluem curso superior Interregno de dois anos que deve ser considerado para estabelecimento do valor da indenização Montante fixado na sentença que se mostra desarrazoado - Redução deste para R\$ 50.000,00 que se mostra consentâneo com os fatos? Verba honorária mantida Recurso do réu acolhido parcialmente e prejudicado o da autora.

Processo: APL 00060412120108260361 SP 0006041-21.2010.8.26.0361
Relator(a): Galdino Toledo Júnior
Julgamento: 21/05/2013
Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado
Publicação: 22/05/2013

Ementa

RESPONSABILIDADE CIVIL Danos morais Filha em face do pai Ausência de prova de que o requerido soubesse da existência da apelada desde o nascimento? Impossibilidade deste, contudo, após a propositura da demanda investigatória? Ação ajuizada em 21/09/1998 quando a autora contava com 22 anos Genitor que se esquivou de realizar o exame de DNA, prolongando o julgamento da lide até 2007 Conduta que configura abandono moral e material? Dever alimentar que, em tese, se estende até os 24 anos, momento em que, em geral, os jovens concluem curso superior Interregno de dois anos que deve ser considerado para estabelecimento do valor da indenização Montante fixado na sentença que se mostra desarrazoado - Redução deste para R\$ 50.000,00 que se mostra consentâneo com os fatos ? Verba honorária mantida Recurso do réu acolhido parcialmente e prejudicado o da autora.

Neste julgado o Tribunal de Justiça de São Paulo optou por reduzir o valor de cem mil reais para cinquenta mil reais.

ANEXO III

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO DE MENOR - GENITOR QUE SE RECUSA A CONHECER E ESTABELECE CONVÍVIO COM FILHO - REPERCUSSÃO PSICOLÓGICA - VIOLAÇÃO AO DIREITO DE CONVÍVIO FAMILIAR - INTELIGÊNCIA DO ART. 227, DA CR/88.

- DANO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - REPARAÇÃO DEVIDA - PRECEDENTES - 'QUANTUM' INDENIZATÓRIO - RATIFICAÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO - SENTENÇA CONFIRMADA.

- A responsabilidade pela concepção de uma criança e o próprio exercício da parentalidade responsável não devem ser imputados exclusivamente à mulher, pois decorrem do exercício da liberdade sexual assumido por ambos os genitores.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.07.411698-2/001 - COMARCA DE JUIZ DE FORA

APELANTE (S): V.S.P. –

APELADO (A)(S): V.L.C.P. REPRESENTADO (A)(S) P/ MÃE A.C.L.C.

A C Ó R D ã O

(SEGREDO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DES. BARROS LEVENHAGEN

RELATOR.

DES. BARROS LEVENHAGEN V O T O

Trata-se de recurso de apelação interposto por V. de S. P. contra a sentença proferida pela magistrada Ada Helena Antunes Torres às fls. 181/199-TJ, que, nos autos da AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS (fls. 20/21-TJ) proposta por V. L. C. P., representado por sua genitora, A. C. L. C., considerando que a caracterização de deliberada omissão do demandado no tocante a "seu dever de pai, em franca contra mão ao que reclama o social - paternidade responsável", uma vez que "sequer houve tentativa de ser pai, ou ao menos prova alguma neste sentido o requerido fez", reconheceu a caracterização de dano moral em detrimento do postulante, condenando-o ao pagamento das custas e despesas processuais, de indenização arbitrada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), "valor este corrigido monetariamente a partir da presente, com juros de mora de 1% a partir do trânsito em julgado", bem como de honorários sucumbenciais fixados em 20% (vinte por cento) do valor da causa.

Aquele julgado consignou, ademais, que, "em havendo o efetivo interesse nas visitas do pai para com o filho, considerando a distância afetiva até então real, este juízo coloca o DAS à disposição das partes de modo a contribuir para tanto".

Inconformado e pugnando pela sua reforma, sustenta o apelante, em síntese, que a convivência entre as partes restou prejudicada pelos desentendimentos havidos entre os genitores do menor ora postulante, e que "esta malsinada ação não tem o condão de uma possível reaproximação entre as partes, (...) não passando de uma vingança pessoal de sua genitora".

Salienta, igualmente, não haver a parte autora se desincumbido de seu ônus de comprovar os danos morais supostamente sofridos pelo menor, sendo que, "na tentativa desenfreada de fazer prova do impossível, adunou à inicial apenas uma declaração, na qual é narrado por aquele profissional, que o menor apresenta conflitos emocionais que se manifestam através de questionamentos", não revelando, entretanto, a fonte ou a razão desses questionamentos.

Insurge-se, sucessivamente, contra o montante atribuído à sua condenação, buscando sua minoração (fls. 204/215-TJ).

Contrarrazões apresentadas às fls. 218/222-TJ, pugnando pela ratificação do julgado recorrido.

Parecer ministerial apresentado às fls. 229/233-TJ, opinando o douto Procurador de Justiça pelo provimento recursal.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Segundo a teoria clássica da responsabilidade civil (art. 186, Código Civil), o dever de indenizar pressupõe a presença de três requisitos: dano, ilicitude do ato e nexo de causalidade entre a conduta antijurídica e o prejuízo causado; inexistindo um dos requisitos acima mencionados, não há que se falar em responsabilidade civil.

O caso concreto enseja a aplicação deste lineamento e revela como imperativa a confirmação da sentença no tocante à caracterização do dano moral causado ao menor V. L. C. P. em razão do deliberado e lamentável desinteresse do demandado, seu genitor, em com ele estabelecer contato de qualquer natureza.

A justificativa apresentada pelo réu para sequer conhecer o filho se apresenta irrelevante face ao prejuízo sofrido pelo menor decorrente do abandono paterno, asseverando sua conduta ainda mais repreensível por se tratar, o réu, de médico, cuja formação deveria clarificar a gravidade e repercussão da rejeição (laudo de fls. 132/133-TJ).

De fato, a gravidez ainda que não planejada, concebida durante crise conjugal do casal, após vários anos de relacionamento (autos da Investigação de Paternidade em apenso), não possui o condão de eximir o recorrente do exercício de suas obrigações de pai. Justo ressaltar que a responsabilidade pela concepção de uma criança e o próprio exercício da parentalidade responsável não devem ser imputados exclusivamente à mulher, pois decorrem do exercício da liberdade sexual assumido por ambos os genitores.

Neste sentido, o escólio de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, 'in verbis': "Desse modo, a responsabilidade - normalmente associada ao elemento anímico da vontade - se juridiciza e se objetiva para abarcar o fundamento do risco inerente ao exercício dos direitos reprodutivos. Em outras palavras: a paternidade responsável decorre não apenas do fundamento da vontade da pessoa em se tornar pai ou mãe, mas também pode surgir em razão do risco do exercício da liberdade sexual - ou, mesmo reprodutiva no sentido mais estrito - no campo da parentalidade. (...) Ou seja, diante do estágio atual da civilização humana, com os recursos educacionais e científicos existentes em matéria de contracepção - e mesmo de concepção -, há risco inerente ao exercício de práticas sexuais realizadas pelas pessoas, o que fundamenta o estabelecimento

dos vínculos de paternidade-filiação e, conseqüentemente, a assunção das responsabilidades - deveres e obrigações especialmente - inerentes aos vínculos paterno-materno-filiais. Assim, o princípio da paternidade responsável fundamenta o estabelecimento da paternidade, maternidade e filiação com base no risco, a par de também não excluir a vontade livre e consciente, como fontes geradoras de tais vínculos." (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da Paternidade Responsável. In: NERI JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). "Revista de Direito Privado". São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 18, abril-junho/2004, p. 32)

Como se vê, os deveres de ambos os genitores relativamente a seu filho surgem desde o momento da concepção, de cujo exercício não podem se eximir.

A propósito:

"Considerando esse panorama de atenuação dos laços, merece ser reafirmada a diretriz segundo a qual não há - nem deve haver - vínculo entre as relações entretidas pelos adultos e aquelas decorrentes da filiação. O" descarte "dos parceiros, à moda da atual sociedade de consumo, não se dirige, de nenhuma forma, ao vínculo parental.

A autonomia humana deve ser contida na medida em que é responsável pelo nascimento de outro ser, em tudo digno e credor de respeito, cuidado e consideração. O sentido de alteridade se impõe e, como tal, faz gerar uma série de deveres para aquele que em algum momento optou ou assumiu o risco da procriação, não importando se há ou não satisfação pessoal com tal fato." (SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Princípio Constitucional da Paternidade Responsável: Diretrizes para a reinterpretação do art. 1.614 do Código Civil. In: "Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões". Belo Horizonte: IBDFAM, v. 31, dez/jan 2013, p. 23)

Com efeito, ao restringir sua atuação ao mero cumprimento do encargo alimentar que lhe foi imputado, olvida-se o requerido de sua responsabilidade imaterial perante seu filho, caracterizando, assim, pela contumaz violação do direito de convivência familiar consagrado pelo art. 227, da CR/88, cuja reparação ora se pleiteia.

A este respeito, cite-se, mais uma vez, a lição da Professora Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza:

"A proscrição ao abandono - base da responsabilidade dos pais - se ampara na lesão ao direito fundamental de convivência (art. 227da Constituição) e, por conseguinte, no descumprimento de todos os direitos que naturalmente lhe seguem. É a omissão que pode gerar danos, justamente pelo fato de que a conduta exigível deveria ser atuante e positiva. O desamparo pode se manifestar por diversas formas, sendo elencadas as mais comuns, quais

sejam: aquelas que decorrem do completo desconhecimento acerca da pessoa dos pais; as decorrentes de um registro formal voluntário não seguido de atuação efetiva pela mãe ou pelo pai; as situações de descaso que persistem mesmo após o pronunciamento estatal nas ações investigatórias; e, por fim, o abandono posterior à cessação da convivência entre os pais.

Considerada a responsabilidade em níveis graduais como um 'iter' preenchido continuamente pelo cuidado até a maioridade é possível afirmar que, após o nascimento, a realização voluntária do ato jurídico do reconhecimento se afigura como seu patamar mínimo. Afinal, seu efeito está em simplesmente atribuir um nome e solenizar o parentesco. Caso não se verifique a união familiar como seu conteúdo restará configurado o desamparo. É até possível que a obrigação alimentícia seja cumprida, mas dado o objetivo precípua da responsabilidade como atuação voltada para a formação plena do filho, o pagamento de pensão não é suficiente para a observância integral da determinação constitucional, sobretudo do direito à convivência familiar. O exercício efetivo do poder familiar como conjunto de direitos e deveres voltado para condução digna da vida do filho e informado pela preponderância de seus interesses existenciais pode avançar o grau de cumprimento da responsabilidade. Seu ápice seria encontrado nas hipóteses em que os pais respeitam a determinação do art. 227 da Constituição, seguindo-se à convivência a observância dos deveres atinentes à formação física e psíquica do menor." ('op cit', p. 24/25)

Destarte, inequívoco se apresenta o prejuízo sofrido por V. L. C. P. em razão da postura irredutível adotada por seu genitor, não apenas pelo teor do relatório psicológico trazido às fls. 16-TJ, mas por se asseverar evidente o abalo causado a uma criança cujo pai, além de não manifestar qualquer interesse em conhecê-lo e com ele manter alguma interação, o ignora deliberadamente quando se encontram casualmente em local público (fls. 132/133-TJ).

Sendo assim, imperativa a ratificação da condenação do demandado à reparação dos danos imateriais causados por seus mesquinhos e insensíveis atos a seu inocente filho.

Neste sentido, a jurisprudência deste Sodalício:

Processo nº 1.0144.11.001951-6/001

Numeração única: 0019516-42.2011.8.13.0144

Relator: Des. Wanderley Paiva

Data de Julgamento: 27/02/2013

Data da publicação da súmula: 01/03/2013

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PATERNIDADE

RECONHECIDA - OMITIDA PERANTE A SOCIEDADE EM INFORMATIVO LOCAL - CIDADE DE PEQUENO PORTE - REPERCUSSÃO GERAL - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - SENTENÇA MANTIDA. - A falta da relação paterno-filial, acarreta a violação de direitos próprios da personalidade humana, maculando o princípio da dignidade da pessoa humana. - Conforme entendimento jurisprudencial consolidado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, possível a indenização por danos morais decorrentes da violação dos direitos da criança - Inteligência do art. 227 da Constituição Federal.

Releva anotar, por oportuno, não se tratar a hipótese em apreço de reconhecimento de paternidade tardia, pois a ação de investigação foi ajuizada em 2002 (autos em apenso).

Nem se trata de patrimonializar o Direito de Família, mas de impor aos pais responsabilidade por atos, cuja reparação busca desestimular o infrator da prática de novos atos reprováveis e potencialmente lesivos.

Atento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, e considerando a gravidade dos fatos apresentados, tem-se que o valor estabelecido pelo douto juízo de origem não está a merecer qualquer censura, sendo imperativa sua ratificação.

Com estas considerações, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO, para ratificar a sentença primeva, próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante.

DES. VERSIANI PENNA (REVISOR)

Cediço é que a paternidade não se resume ao dever de prestar assistência material, mas também assistência moral, psíquica e afetiva.

Por óbvio que a falta de cumprimento de quaisquer desses deveres geram transtornos na vida da criança, mas, em especial, o dever de assistência afetiva é, a meu ver, o mais doloroso e talvez seja o que mais traga prejuízos psicológicos para o menor. A rejeição e a indiferença são um dos piores sentimentos que um indivíduo pode sofrer, quanto mais uma criança.

Sendo assim, não há dúvida de que essa forma de violência e agressão moral é danosa para o filho, na medida em que lhe causa angústia, insegurança, tristeza, ou seja, transtornos psicológicos de toda ordem que poderão refletir por toda a sua vida.

Assim, penso que a reparação moral ora pretendida afigura-se legítima, porquanto presentes de encontram os seus requisitos.

A ilicitude do ato consiste no descumprimento voluntário dos deveres atribuídos à família constantes no art. 227 do Código Civil e regulamentado pelo artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, senão vejamos: Constituição Federal:

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. Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. Registre-se que nos dois estudos sociais realizados nos autos (fls.66/67 e fls.132/133), bem como na própria audiência (fl.166) ficou claro que o apelante não possui interesse em conviver com o filho.

O dano decorre do sofrimento e seqüelas psicológicas causados ao menor pela não participação do genitor na sua vida (fls.16) e o nexos causalidade se revela pelo liame entre o dano sofrido pelo filho e o abandono afetivo do pai.

Frise-se, por oportuno, que não se pretende com a indenização obrigar o genitor a amar o filho, mesmo porque isso seria impossível, mas responder pelo mal causado pela sua omissão e negligência.

De mais a mais, a imposição de condenação por danos morais aos genitores que abandonam seus filhos constitui uma forma de chamar a atenção da sociedade para que compreendam que a participação dos pais na vida dos filhos é um dever inerente a sua condição de genitor - paternidade responsável - e que a sua omissão é passível de ser objeto de reparação civil. Assim, atribui-se um caráter até mesmo psicológico a essa condenação. Sobre o tema, segue a lição de Maria Berenice Dias, que sintetiza de forma bastante clara a questão do abandono afetivo:

"A falta de convivência dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas seqüelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável (...). A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia produzem danos emocionais merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma

permanente, para o resto de sua vida. Assim, a ausência da figura do pai destrutura os filhos, tirando-lhes os rumos da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras e infelizes. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem muito valioso."

Nesse sentido segue precedente do Superior Tribunal de Justiça.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurto, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

Feitas essas considerações, acompanho o relator é como voto.

DES. LUÍS CARLOS GAMBOGI

Quer na vida acadêmica quer na advocacia, de há muito entendo que o abandono afetivo é uma conduta passível de indenização por dano moral.

Como magistrado, este é o primeiro caso envolvendo a matéria que julgo, razão pela qual decidi me pronunciar mediante voto escrito, mesmo sabendo que, hoje, a jurisprudência tende majoritariamente a acolher a tese.

Pessoalmente, mesmo quando nossos tribunais se negavam a reconhecer o dano moral em razão do abandono afetivo, sobretudo porque apontavam a ausência do ato ilícito¹, sustentava eu que a hipótese, no mínimo, constituía infração ao art. 187 do Código Civil, in verbis:

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 e pelos bons-costumes.

O abuso de direito configura-se quando a conduta humana, ainda que aparentemente compatível com a legislação, excede intrinsecamente os princípios que regem o instituto jurídico de que tratam, desviando-o de sua finalidade. Neste sentido posiciona-se a doutrina: Há abuso de direito sempre que o titular o exerce fora dos seus limites intrínsecos, próprios de suas finalidades sociais e econômicas.

[...] Josserand mostra que o direito subjetivo distingue-se do direito objetivo e que, por isso, um ato pode ser praticado nos limites do direito subjetivo e, ao mesmo tempo, ser contrários aos princípios do sistema jurídico. O direito cessa onde o abuso começa. O problema reside, então, na fixação dos limites internos do direito subjetivo, e aí que intervém a noção de abuso. Fundamento da teoria de Josserand é a idéia de que todos os direitos tem uma finalidade social, pelo que o direito não pode ser legitimamente utilizando senão de acordo com essa finalidade. Qualquer outro é abusivo.

[...)

Deve entender-se como fim econômico ou social a função instrumental própria de cada direito subjetivo, a qual justifica a sua atribuição ao titular e define o seu exercício. Tal concepção parte da idéia de que os direitos subjetivos são instrumentos jurídicos para a realização de interesses. (sic) (AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 208, 211 e 212).

Portanto, mesmo na época em que se entendia não ser possível coagir o pai a ter afeto pelo filho, sustentei eu que os genitores não podiam, no exercício abusivo de seu direito, deixar de responder pelas obrigações que lhes cabem. Noutras palavras, defendia que é defeso aos pais se eximirem de adimplir seus compromissos alegando a ausência do dever de amar, porque cabe-lhes o dever constitucional, assegurado também pelo art. 22 do ECA, de criar, educar, e proteger os seus filhos.

Em verdade, o abandono afetivo é uma conduta flagrantemente ilícita, já que ignora os encargos impostos àquele que tem filho, as quais se encontram preconizadas no art. 1.634 do CC/022 e art. 22 do ECA3.

Referidas normas são claras ao exigirem dos pais uma conduta ativa em relação aos filhos. Assim, quer queira quer não, quer ame quer não, o simples fato de ter gerado uma vida compele os pais a cumprirem uma séria de obrigações, todas previstas em lei. Conforme assinala Silvio Rodrigues, "dentro da vida familiar o cuidado com a criação e educação da prole se apresenta como a questão mais relevante, porque as crianças de hoje serão os homens de amanhã, e nas gerações futuras é que se assenta a esperança do porvir" (Direito Civil - Direito de Família, 28ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 6, pag. 368).

A expressão dano moral, embora carregue certo grau de subjetividade, tem sido objeto de amplo estudo pela doutrina. O doutrinador italiano Alfredo Minozzi define o dano moral como sendo "a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a aflição física ou moral, em geral uma dolorosa sensação provada pela pessoa, atribuindo à palavra dor o mais largo significado" (Studio sul Danno non Patrimoniale, Danno Morale, 3ª edição, p. 41).

O Direito brasileiro, felizmente, no que toca ao dano moral em razão do abandono afetivo, avançou.

Hoje, fundando-se sobretudo no chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade, nossos tribunais vêm entendendo que a efetividade do conceito de dignidade produziu

reflexos inevitáveis na conceituação de dano moral, na exata medida em que os valores que compõem a dignidade humana são exatamente aqueles que dizem respeito aos valores íntimos da pessoa, tais como o direito à intimidade, à privacidade, à honra, ao bom nome e outros bens inerentes à dignidade humana que, em sendo violados, hão de ser reparados.

Deveras, o posicionamento doutrinário recente, superando a concepção negativa de dano moral, vem entendendo, em harmonia com a Constituição

Carregando...

da República, que dano moral é a violação ao do direito da dignidade em suas inúmeras manifestações.

Isto porque "a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. O direito à imagem, à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade, à liberdade estão englobados no direito da dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana" (DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Comentários ao novo Código Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. XIII, p. 103).

"Toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue sua qualidade de pessoa será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado. Acentue-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão de algum 'direito subjetivo' da pessoa da vítima, ou causar algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação subjetiva extrapatrimonial (ou de um 'interesse não patrimonial') em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora de tutela, será suficiente para garantir a reparação" (MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 188).

Na legislação infraconstitucional, à luz do disposto no art. 186 do C.C., tem-se que: 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, no caso em apreço, funda-se no abandono afetivo e psicológico do apelado pelo apelante, que deixou patente sua rejeição ao filho, privando-o do direito à convivência e deixando de ampará-lo sob o ponto de vista psíquico, moral e espiritual. A convivência entre pai e filho é notadamente um fator de grande relevância na formação da criança, conforme leciona a ilustre doutrinadora Maria Berenice Dias: A falta de convívio dos

pais com filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável da prole. [...] A omissão do genitor de em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. [...] Assim a falta da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. [...] Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, cada vez mais presente no âmbito do direito das famílias, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. (Manual de Direito das Famílias. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007).

Não se pode esperar que uma criança, sabidamente rejeitada pelo pai, privada de seu convívio, desenvolva uma projeção idealizada da figura masculina e, ao mesmo tempo, não lhe imponha transtornos psicológicos porquanto frustrada a expectativa de um convívio familiar pleno.

A melhor doutrina esclarece que, muito mais que obrigação dos pais, o pleno desenvolvimento e o convívio saudável entre o filho e o pai é direito do filho. Muito mais que obrigação dos pais, o pleno desenvolvimento e o convívio saudável entre o filho e o pai é direito indisponível do filho:

Portanto, amor e afeto são direitos 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 auto estima da descendência, que cresceu acreditando-se rejeitada e desamada.

As visitas judicialmente homologadas devem ser obedecidas, deixando há muito de se constituírem em uma mera faculdade de exercício do ascendente não guardião, causando a omissão um incontestável dano de ordem moral e psicológica, que nem a indenização tratará de reparar em sua destruidora extensão. (Madaleno, Rolf. Curso de Direito de Família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008).

Ademais, dispõe expressamente o artigo 229, da Constituição da República, do qual decorreu o ECA: 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.

E, como já sedimentou o Excelso Pretório, "o Estatuto da Criança e do adolescente há de ser interpretado dando-se ênfase ao objetivo visado, ou seja, a proteção e a integração do menor

no convívio familiar e comunitário" (HC 88473, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, DJe 04/09/2008).

Os pais se obrigam, portanto, ao cumprimento dos deveres expostos no artigo supracitado, na medida em que aceitam a possibilidade de gerar uma vida. Os frutos das relações afetivas mal sucedidas não podem sofrer as consequências devastadoras do descumprimento de obrigações básicas impostas aos pais.

Não pode o pai ou a mãe, ao exercerem seu direito de não serem coagido a amar, restringir os direitos do filho à prestação mensal de alimentos, como se filho fosse um novilho. Se nos limitamos a interpretar e exigir dos pais que apenas contribuam monetariamente para a criação de seu filho, mostra-se completamente desnecessário assegurar, à criança e ao adolescente, as outras garantias e direitos fixados pelo nosso ordenamento.

Com estas razões, adiro integralmente ao voto do eminente Desembargador relator.

SÚMULA: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO"

1 REsp 757411/MG (Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES QUARTA TURMA, DJ 27/03/2006), oportunidade em que se decidiu 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".

2 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 dezesesseis 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.

3 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.

Resumo e Análise Crítica - Anexo III

Os anexos II e III visam demonstrar que não basta à pretensão de um valor superior, pois cabe aos julgadores à fixação deste diante dos fatos provados e especialmente o anexo III apresenta uma apelação que tenta mostrar ser descabida a sentença condenatória o que requer especial atenção, pois o genitor diz ser impossível uma aproximação com a referida criança uma vez que foi uma gravidez indesejável em momento de crise conjugal.

ANEXO III - TJ-MG - Apelação Cível : AC 10145074116982001 MG

Dados Gerais

Processo: 10145074116982001 MG

Relator(a): Barros Levenhagen

Julgamento: 16/01/2014

Órgão Julgador: Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL

Publicação: 23/01/2014

Ementa

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO DE MENOR - GENITOR QUE SE RECUSA A CONHECER E ESTABELECE CONVÍVIO COM FILHO - REPERCUSSÃO PSICOLÓGICA - VIOLAÇÃO AO DIREITO DE CONVÍVIO FAMILIAR - INTELIGÊNCIA DO ART. 227, DA CR/88.

- DANO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - REPARAÇÃO DEVIDA - PRECEDENTES - 'QUANTUM' INDENIZATÓRIO - RATIFICAÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO - SENTENÇA CONFIRMADA.

- A responsabilidade pela concepção de uma criança e o próprio exercício da parentalidade responsável não devem ser imputados exclusivamente à mulher, pois decorrem do exercício da liberdade sexual assumido por ambos os genitores.

Decisão: NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO²⁰

Mas uma vez que os magistrados reconhecem o direito da criança de ter o convívio de ambos os genitores, conforme relata o trabalho apresentado, e mostram-se coerentes em seus julgamentos neste anexo, pois os interesses do menor devem prevalecer sobre os dos pais.

²⁰ Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118756909/apelacao-civel-ac-10145074116982001-mg> Acesso em: 18/11/2014

ANEXO IV

Projeto de Lei do Senado nº 700, de 2007

PARECER Nº , DE 2012

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

RELATOR: Senador **EDUARDO LOPES**

I – RELATÓRIO

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

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

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

O Senador Marcelo Crivella, autor do projeto, enfatiza em sua justificação que, embora a lei não tenha “o poder de alterar a consciência dos pais, pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência com os filhos”. Ademais, lembra que a iniciativa não tem essa pretensão de regular o amor e o afeto por meio de lei. Pretende, “tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o dever de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia.”.

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

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

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

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

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

Não foram apresentadas emendas nesta Comissão.

II – ANÁLISE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*“Art. 227. É DEVER DA FAMÍLIA, da sociedade e do Estado ASSEGURAR À CRIANÇA e ao adolescente, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade**, ao respeito, à liberdade e à CONVIVÊNCIA FAMILIAR e comunitária, além de **colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.**”*

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

Realmente, o dispositivo em apreço poderá ser entendido em relação à autonomia para decidir, responsável e conscientemente, sobre ter ou não filhos, assim como, quantos filhos as pessoas desejam ter. Mas também **DEVE SER INTERPRETADO SOB O ASPECTO DA RESPONSABILIDADE DOS PAIS PARA COM OS FILHOS**, ou seja, o **dever parental**.

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

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

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

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

Declaração dos Direitos da Criança

Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº. 99.710/1990

PRINCÍPIO 2º

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.

.....

PRINCÍPIO 6º

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

PRINCÍPIO 7º

(...)

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

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

CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

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

.....

ARTIGO 9

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

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

“Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. **Em suma, AMAR É FACULDADE, CUIDAR É DEVER.”**

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

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

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

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

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

III – VOTO

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

Sala da Comissão, Presidente, Relator

Resumo e Análise Crítica - Anexo IV

A fixação da reparação deve ser aplicada caso insista o genitor agressor na conduta indevida, mas não pode ser exorbitante que seja impossível de pagar, mas que seja educativa cabendo novos tipos de penalidades acumuladas com a indenização ou mesmo pena de multa de acordo com cada caso. Por este motivo o Projeto Lei que solicita a alteração do ECA requer inclusive uma implicação penal para esses pais.

ANEXO IV - Projeto de Lei do Senado nº 700, de 2007, que modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências.

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

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

O projeto também altera o ECA para, entre outras coisas, definir como conduta ilícita sujeita a reparação de danos a ação ou omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente, inclusive o abandono moral. Ademais, inclui como dever dos pais a “convivência, assistência material e moral” dos filhos menores e estabelece que, no processo educacional, sejam respeitados os valores morais e éticos próprios do contexto social da criança. O Senador Marcelo Crivella, autor do projeto, enfatiza em sua justificação que, embora a lei não tenha “o poder de alterar a consciência dos pais, pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência com os filhos”. Ademais, lembra que a iniciativa não tem essa pretensão de regular o amor e o afeto por meio de lei. Pretende, “tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o dever de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia.”.

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

Embora o citado Projeto Lei tenha se baseado penalmente no Art. 247 do Código Penal a relevância do tema demonstra que a punição prevista neste seria branda de um a três meses de detenção ou multa, deste modo aponta-se o próprio fato do não cumprimento do dever de prestar alimentos do genitor, não detentor da guarda, que no Art. 244 do Código Penal prevê uma punição de um a quatro anos de prisão de detenção e multa de um a dez salários mínimos para os casos desídia no cumprimento deste dever, fazendo justificável o mesmo pensamento para que possa reduzir e controlar o número de delito. Ecoa-se nestas comparações de punição como incoerente uma aplicação mais branda de um dever de extrema relevância bem como acontece no dever de prestar alimentos.

ANEXO V

Processo: Apelação Cível nº

Relator: Ronei Danielli

Data: 2011-11-22

Apelação Cível n. , de Lages

Relator: Des. Ronei Danielli

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. PATERNIDADE DECLARADA A PARTIR DA PROVA PERICIAL - DNA. DANOS MORAIS AFASTADOS PELA INOCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO POR PARTE DO GENITOR. NÃO SE COGITA DE CERCEAMENTO DE DEFESA SE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE OCORREU A PARTIR DO AMADURECIMENTO DA CAUSA E PLENA CONVICÇÃO DO JULGADOR. SENDO A PATERNIDADE AINDA UMA INCÓGNITA, NÃO SE PODE EXIGIR DO PAI CONDUTA CONDIZENTE COM SEU PAPEL, TANTO EM SEDE DE DIREITO CONSTITUCIONAL, COMO EM DIREITO DE FAMÍLIA. NÃO HÁ FALAR EM ABANDONO AFETIVO DE SUJEITO QUE NÃO SABE COM ABSOLUTA CERTEZA SE É OU NÃO ASCENDENTE DE DETERMINADA PESSOA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A obrigação de cuidado, zelo e assistência material e espiritual nasce da existência do vínculo biológico, sendo ou não a filiação um ato consciente e premeditado.

Dos princípios constitucionais consentâneos ao caso, destacam-se o da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança, da proteção integral e, sobretudo, o da paternidade consciente e responsável.

Para o reconhecimento do abandono afetivo, capaz de gerar compensação pecuniária, exige-se, entretanto, que o parentesco seja incontestado. Somente assim pode-se cogitar da omissão voluntária de uma imposição legalmente constituída.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. , da comarca de Lages (Vara da Família), em que é apelante C. R., e apelado C. P. P.:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jaime Luiz Vicari, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Stanley da Silva Braga.

Florianópolis, 27 de outubro de 2011.

Ronei Danielli

Relator

RELATÓRIO C.R.

Promoveu, perante a Vara da Família da Comarca de Lages, ação de investigação da paternidade c/c indenização por danos morais contra C.P.P. Para tanto, afirmou ser filho biológico de C.P.P, além do fato da ciência deste sobre sua paternidade, sem jamais assumi-la formalmente.

Justificou o pleito de danos morais na negativa do pai em registrá-lo como filho, apesar da convicção em torno da filiação, tanto que ajudava durante toda a sua infância com quantias módicas, bem como, em sua vida adulta, passou a empregá-lo em funções subalternas em várias de suas empresas. Lamenta o fato de nunca ter podido estudar como os filhos matrimoniais do investigado, tampouco ter tido acesso aos demais confortos proporcionados aos seus irmãos consanguíneos.

A sentença julgou procedente a investigatória, uma vez demonstrado por prova pericial - DNA - o vínculo genético, declarando a paternidade de C.P.P, determinando a devida retificação registral, julgando improcedente, entretanto, o pedido indenizatório.

O demandante apelou, arguindo, preliminarmente, o cerceamento de defesa, pois o julgamento antecipado da lide impediu que o apelante pudesse produzir prova no sentido da ciência da paternidade do apelado, prejudicando o pleito indenizatório. No mérito, apresentou os seguintes argumentos: a) houve negligência voluntária de seu pai que, ao longo da vida do apelante, sonegou-lhe o amparo moral e material esperado de um pai; b) houve, portanto, um dano moral a partir de reiteradas ofensas aos direitos de personalidade do apelante.

Com as contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge, opinando pelo descabimento dos danos morais pretendidos.

Esse é o relatório.

VOTO

Versa o presente apelo acerca do indeferimento da pretensão indenizatória proposta pelo investigante contra o indigitado pai, em ação que buscou também o reconhecimento judicial do referido vínculo genético.

Do cerceamento do direito de defesa

Reclama o apelante que teve seu direito de defesa cerceado, uma vez que o magistrado *a quo* julgou antecipadamente a lide, não lhe oportunizando a produção de prova testemunhal, capaz de demonstrar a ciência inequívoca do pai acerca de sua filiação.

Razão não lhe assiste nesse ponto.

Ressalte-se que a prova pretendida demonstra-se inócua a comprovar o estado de espírito e as convicções interiores do genitor que, muito embora tenha dado indícios de que assumia ser seu pai, pode ter reservado sérias dúvidas ao longo dos anos concernente ao vínculo biológico entre ambos.

Nesse sentido, não há falar em cerceamento de defesa, senão em célere prestação jurisdicional, conforme precedentes, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, dos quais destaca-se o Recurso Especial n. 3.416/RS, julgado pela Terceira Turma, tendo sido relator o Ministro Waldemar Zveiter, publicado no DJ de 17.09.1990, p. 9509:

PROCESSUAL CIVIL - MATERIA DE PROVA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA.

I - Inviável reapreciar questão na via estreita do especial quando esta envolve matéria de prova.

II - Doutrina e jurisprudência assentaram entendimento no sentido de que não caracteriza cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando os documentos apresentados na inicial não foram impugnados e são suficientes à convicção do juiz, cabendo a este a livre apreciação das provas apresentadas, por isso que o julgamento antecipado se impõe, no caso de versar apenas sobre questão de direito, ou, em havendo questão de fato, já existir nos autos elementos probatórios bastantes para o pronunciamento do juízo decisório, sem necessidade de ser produzida prova em audiência.

III - Não há como opor-se ao julgamento antecipado da lide se o recorrente limitou-se, em sua contestação a formular defesa genérica contra a inicial, sem protestar, sequer, pela realização de provas especificamente.

IV - recurso não conhecido.

O julgamento antecipado da lide, não havendo mais provas a serem produzidas, não é mera faculdade do juiz, mas sim dever que se impõe, como corolário da garantia constitucional da razoável duração do processo, insculpida no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

A subscrição doutrinária não é em outro sentido:

Ao contrário do que a redação do dispositivo faz crer, não há como conceber uma "questão unicamente de direito". O direito incide necessariamente sobre fatos. São sempre os *fatos* que dependem de alguma prova e, à medida que eles, os fatos, já estejam *suficientemente* provados, não há necessidade de produção de outras provas, que seriam, portanto, supérfluas e desnecessárias, pelo que é *dever* do juiz analisar, para julgar, o "mérito", isto é, o pedido, outorgando, ou não, a tutela jurisdicional para quem o formulou.[...]

Por esta razão o inciso I do art. 330 não trata, propriamente, de duas hipóteses diversas, mas de uma só: a *suficiência* da prova já produzida com a petição inicial (arts. 282, VI, 283 e 398),

com as defesas do réu (art. 398) e com as manifestações de ambas as partes ao ensejo das "providências preliminares", que dispensam a *necessidade* de produção de outras provas.[...]

Em todas estas situações, a serem identificadas, caso a caso, pelo juiz, põe-se a *necessidade* do julgamento antecipado da lide, como forma de evitar a prática de atos inúteis, iniciativa que, em última análise, conspiraria com o "modelo constitucional do processo civil", em especial com os princípios da economia e da eficiência processuais. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. V. 2, tomo I. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, pp. 220 a 221)

Por todo o exposto afasta-se a ocorrência do cerceamento do direito de defesa.

2. Do mérito

O tema do dano afetivo nas relações parentais afigura-se naturalmente polêmico, rendendo acirrado debate de posições doutrinárias e jurisprudenciais, diametralmente opostas, entre os que admitem a reparação do dano moral causado ao filho pelo abandono afetivo, dos que condenam a patrimonialização das relações afetivas e familiares.

Certo é que a tendências das Cortes Superiores revelam a não reparabilidade pelo abandono afetivo, simplesmente, requerendo a demonstração de verdadeiro ato ilícito, perfazendo todos os elementos da responsabilidade civil.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, o descumprimento das obrigações parentais rendem ensejo a uma série de providências específicas do direito de família, não sendo aplicável, exceto quando presentes os pressupostos da responsabilidade civil, a indenização pelo abandono afetivo. Assim, em análise de caso de desídia paterna, o STF, no Recurso Extraordinário n. 567.164/MG, relatora Ministra Ellen Gracie, DJU de 27.05.09, considerou que "*a legislação pertinente prevê punição específica, ou seja, a perda do poder familiar por abandono do dever de guarda e educação dos filhos e não pela via pecuniária da indenização*".

Também não destoia o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 514.350/SP, relator Ministro Aldir Passarinho, Quarta Turma, DJU de 25.05.09, ao afirmar:

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

[...]

Na mesma trilha, pode-se encontrar na doutrina de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

Após fundadas reflexões, parece-nos que a melhor solução sinaliza no sentido de que a violação pura e simples de algum dever jurídico familiar (e da prestação de assistência moral) não é suficiente para caracterizar o dever de indenizar, dependendo a incidência das regras da responsabilidade civil no âmbito de direito de família da efetiva prática de um ato ilícito, nos moldes dos arts. 186 e 187 do Código Civil.

Esclareça-se que as peculiaridades próprias do vínculo familiar não admitem, em nosso sentir, a incidência pura e simples das regras de responsabilidade civil, exigindo uma filtragem, sob pena de se desvirtuar a natureza peculiar (e existencial) da relação de Direito de Família. (Direito das Famílias. 2.Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.554)

Por fim, pontificam os autores:

Por isso entendemos não ser admissível o uso irrestrito e indiscriminado das regras atinentes à responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família, por importar no deletério efeito da patrimonialização de valores existenciais, desagregando o núcleo familiar de sua essência. (Op.Cit, p. 554)

Em semelhante julgado, colhe-se do Tribunal Catarinense, na Apelação Cível n., de Mafra, relator Desembargador Mazoni Ferreira, Segunda Câmara de Direito Civil, DJe de 05.02.2009:

1. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE - DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS - DOCUMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA FORMAR O CONVENCIMENTO DO JULGADOR - EXEGESE DO ART. 330, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Se as provas existentes nos autos são suficientes ao convencimento do julgador, não se

decreta a nulidade da sentença pelo julgamento antecipado da lide.

2. INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO E MATERIAL DO PAI AO FILHO - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE APÓS AÇÃO INVESTIGATÓRIA - NECESSIDADE DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DO DANO - INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

Não configura dano moral, a ensejar a condenação do réu ao pagamento de indenização, o fato de o reconhecimento de paternidade ter se dado tão-somente após o ajuizamento da ação de investigação de paternidade e a realização do exame de DNA, quando o filho já contava com 46 anos de idade.

O abandono afetivo do pai em relação ao filho não dá direito à indenização por dano moral, eis que não há no ordenamento jurídico obrigação legal de amar ou de dedicar amor, até porque, o laço sentimental é algo profundo que vai se fortalecendo com o passar do tempo, e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências.

3. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS[...]

4. RECURSO DESPROVIDO.

Ainda que de outro lado haja a corrente que vincula a compensação pelo abandono afetivo à ofensa direta aos direitos de personalidade do filho, bem como nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança, na doutrina da proteção integral, somada ao primado da paternidade consciente e responsável, *in casu*, encontra-se prejudicada a aplicação.

Com efeito, em que pesem as assertivas do filho no tocante à certeza nutrida pelo pai de sua paternidade, demonstra-se bastante crível a existência de uma dúvida razoável deste, capaz de tê-lo impedido de proceder ao reconhecimento voluntário e, quiçá, íntimo, da relação parental com o apelante.

Note-se que, em sua peça inaugural, o filho narra que sua mãe era "gerente" (sic) de uma casa de diversão noturna e que mantinha com seu genitor relacionamento amoroso extramatrimonial até a ocasião em que informou ao amásio da gravidez.

Relata, outrossim, que o afastamento do pai se deveu à ciência inequívoca de sua paternidade e não o contrário.

Fundamenta sua teoria no fato do auxílio financeiro, ainda que esporádico, recebido do apelado durante sua vida, sem mencionar as funções exercidas nas empresas do pai, com caráter empregatício.

Não obstante a convicção do filho e de sua mãe sobre a paternidade do apelado, causa estranheza o fato de que dez anos antes, o ora apelante, havia proposto idêntica ação de investigação de paternidade, vindo a desistir no curso regular daquela. Supõe-se que essa conduta, inclusive, possa ter servido para reforçar eventuais dúvidas que o pai biológico pudesse ter acalentado ao longo dos anos e, indicando, talvez, a falta de convicção do próprio filho à época do primeiro processo.

Assim, por mais que este relator tenda a abrigar a tese do ressarcimento pelo abandono afetivo, consubstanciado no desrespeito aos primados constitucionais e atingindo a esfera dos direitos de personalidade do filho, notadamente o direito a ser cuidado, amado e respeitado, exige-se, para o acolhimento da teoria, a prova do parentesco, seja registral, biológico ou sociológico.

Não se pode compelir a uma conduta de pai alguém que intimamente não nutre essa convicção, nem punir sujeito que, suspeita-se, seja o genitor, mas não com plena certeza.

Tivesse o reconhecimento judicial sido proposto antes, o apelante não teria passado por todas as dificuldades financeira pelas quais alega, e, crê-se, efetivamente, que passou. Até mesmo o curso superior que reclama não ter tido condições financeiras de realizar, poderia ter sido providenciado em sua juventude, caso o parentesco restasse incontestado.

A inexistência de vínculo jurídico preexistente entre as partes, afasta a tese do abandono voluntário, tanto espiritual quanto afetivo do pai, constitucionalmente obrigado ao amparo material e imaterial em relação a seu filho, rechaçando, então, uma possível compensação dessa falta.

Sendo agora certa a sua filiação, encontra amparo no Direito de Família e também Sucessório, possuindo garantia de sua legítima, bem como o direito de perseguir de seu pai os alimentos de que necessite para subsistir, persistindo sua situação de desemprego, nos termos do artigo 1696 do Código Civil.

Sob os argumentos desenvolvidos, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Esse é o voto.

Gabinete Des. Ronei Danielli

Resumo e Análise Crítica - Anexo V

Demonstra-se agora que a existência da paternidade é um critério imprescindível no reconhecimento e há primeiramente a necessidade de se reconhecer a paternidade para depois se analisar a existência ou não do abandono afetivo.

ANEXO V - TJ-SC - Apelação Cível : AC 334101 SC 2011.033410-1
 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. PATERNIDADE DECLARADA A PARTIR DA PROVA PERICIAL - DNA. DANOS MORAIS AFASTADOS PELA INOCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO POR PARTE DO GENITOR. NÃO SE COGITA DE CERCEAMENTO DE DEFESA SE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE OCORREU A PARTIR DO AMADURECIMENTO DA CAUSA E PLENA CONVICÇÃO DO JULGADOR. SENDO A PATERNIDADE AINDA UMA INCÓGNITA, NÃO SE PODE EXIGIR DO PAI CONDUTA CONDIZENTE COM SEU PAPEL, TANTO EM SEDE DE DIREITO CONSTITUCIONAL, COMO EM DIREITO DE FAMÍLIA. NÃO HÁ FALAR EM ABANDONO AFETIVO DE SUJEITO QUE NÃO SABE COM ABSOLUTA CERTEZA SE É OU NÃO ASCENDENTE DE DETERMINADA PESSOA. **RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.** A obrigação de cuidado, zelo e assistência material e espiritual nasce da existência do vínculo biológico, sendo ou não a filiação um ato consciente e premeditado. Dos princípios constitucionais consentâneos ao caso, destacam-se o da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança, da proteção integral e, sobretudo, o da paternidade consciente e responsável. Para o reconhecimento do abandono afetivo, capaz de gerar compensação pecuniária, exige-se, entretanto, que o parentesco seja incontestado. Somente assim pode-se cogitar da omissão voluntária de uma imposição legalmente constituída.
 (TJ-SC - AC: 334101 SC 2011.033410-1, Relator: Ronei Danielli, Data de Julgamento: 22/11/2011, Sexta Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Lages)²¹

²¹ Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20807731/apelacao-civel-ac-334101-sc-2011033410-1-tjsc> Acesso em: 18/11/2014

Este fato é coerente, do contrário qualquer pessoa poderia sair suspeitando ser filho de alguém e demandar contra essa pessoa de quem acreditar ser filho e pleitear direitos sem a prova efetiva da existência do direito.

ANEXO VI**PODER JUDICIÁRIO****ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL****PODER JUDICIÁRIO****TRIBUNAL DE JUSTIÇA****IHMN****Nº 70055160485 (Nº CNJ: 0240675-60.2013.8.21.7000)****2013/Cível**

RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CRIME DE ABORTO COM CONSENTIMENTO DA GESTANTE. RELACIONAMENTO AMOROSO E EXTRACONJUGAL ENTRE ADOLESCENTE E HOMEM COM O DOBRO DA SUA IDADE. PRÁTICA DE DOIS ABORTOS ORIENTADOS PELO DEMANDADO. RISCO À SAÚDE DA AUTORA. ABALO PSICOLÓGICO EVIDENTE. DANO MORAL CONFIGURADO EM RELAÇÃO À AUTORA. DANO MORAL POR RICOCHETE AO AUTOR, PAI DA ADOLESCENTE, NÃO CONFIGURADO. sentença parcialmente mantida.

1. O caso diz com pedido de indenização por danos morais em decorrência da prática de dois abortos com consentimento da

gestante. Relação amorosa e extraconjugal entre adolescente e o demandado, homem com o dobro de sua idade. Peculiaridades do caso concreto que dão indícios suficientes de que a autora foi seduzida pela experiência do autor e promessas de deixar sua esposa, a fim de compactuar com a prática dos crimes de aborto.

2. Presentes os pressupostos da obrigação de indenizar, restou reconhecido o direito à indenização por danos morais. O quantum da indenização por danos morais é fixado pelo juiz, mediante a soma das circunstâncias que possa extrair dos autos. Valor da indenização reduzido para 15.000,00 (quinze mil reais), considerando os precedentes desta Corte, e as peculiaridades do caso.

3. Sobre o montante da indenização por danos morais deverá incidir correção monetária pelo IGP-M, a contar desta data, bem como juros de mora de 1% ao mês desde a data de ocorrência do evento danoso. Súmulas 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Dano moral por ricochete postulado pelo pai da autora, vítima do aborto, não configurado. Vale lembrar que o dano moral não é dor, angústia, humilhação, vergonha, essas são suas conseqüências. Assim, dano moral é a lesão aos direitos da personalidade e no presente caso, não restou caracterizado em relação ao autor.

apelo DOS AUTORES DESPROVIDO.

PROVIDO PARCIALMENTE O APELO DO RÉU. unânime.

Apelação Cível
Nº 70055160485 (Nº CNJ: 0240675-
60.2013.8.21.7000)
D.A.Z.

Nona Câmara Cível
Comarca de Augusto
Pestana
APELANTE/APELADO

J.J.M.

APELANTE/APELADO

..

J.A.M.

APELANTE/APELADO

..

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em desprover ao apelo dos autores e dar parcial provimento ao apelo do réu.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária (Presidente), os eminentes Senhores Des. Tasso Caubi Soares Delabary e Des. Eugênio Facchini Neto.

Porto Alegre, 18 de dezembro de 2013.

DES.^a IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA,

Presidente e Relatora.

RELATÓRIO

Des.^a Iris Helena Medeiros Nogueira (PRESIDENTE E RELATORA)

Trata-se de apelos interpostos, respectivamente, por DIOGO ARIovaldo ZARDIN, JORGE JAIR MACHADO e JORDANA AMARANTE MACHADO, nos autos da ação indenizatória por danos morais, promovida pelos dois últimos em desfavor do primeiro, contra a sentença das folhas 249-252, que assim julgou o feito:

Pelo exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos para condenar o requerido DIOGO ARIovaldo ZARDIN ao pagamento de indenização por danos morais em favor de JORDANA AMARANTE

MACHADO no valor equivalente a 50 (cinquenta) salários mínimos nacionais, corrigidos pelo IGP-M e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar deste julgado, e improcedente o pedido formulado por Jorge Jair Machado, conforme fundamentação supra.

Sucumbente, arcará o requerido com 80% das custas processuais e honorários ao procurador da autora, que fixo em 10% do valor da condenação, considerando o tempo de tramitação, o trabalho desenvolvido e a natureza da causa, nos termos do art. 20, § 3, CPC, admitida a compensação.

Condeno o autor Jorge ao pagamento de 20% das custas processuais e honorários ao procurador do requerido, que fixo em R\$ 300,00 (trezentos reais), nos termos acima referidos, observando-se que o mesmo é beneficiário da AJG.

O réu, em razões recursais de folhas 254-269, rebateu os fundamentos da sentença, destacando que a parte autora não comprovou os fatos constitutivos de seu direito; que a sentença foi omissa ao não avaliar a participação da autora no evento; que ocorreu violação de lei federal em razão da negativa do juízo de origem em suspender o processo, considerando a tramitação de processo criminal. Justificou que a prova produzida nos autos não é conclusiva e que a alegada presunção não é suficiente para embasar um juízo condenatório no processo cível. Sustentou a inocorrência dos fatos alegados na inicial e inexistência de nexo causal. Apontou culpa concorrente da autora no evento. Prequestionou dispositivos legais, referentes ao indeferimento de suspensão do processo cível, em razão da tramitação do processo criminal e da negativa de concessão do benefício de AJG. Requereu o provimento do apelo para julgar improcedente o pedido formulado na inicial.

Os autores, por sua vez, apresentaram as razões recursais às folhas 271-274. Defenderam que os danos morais suportados na situação narrada na inicial são de natureza *in re ipsa* e que é inerente aos fatos a dor do pai que teve sua filha enganada por homem mais velho para praticar aborto, colocando em risco a própria vida. Sustentaram que a família enfrentou situação vexatória perante toda a pequena comunidade em que residiam. Postularam a parcial reforma da sentença, a fim de acolher o pedido de indenização em favor do autor Jorge.

Contrarrazões pelo demandado ao recurso dos autores, às folhas 277-281.

Contrarrazões pelos autores ao recurso do demandado às folhas 282-287.

Subiram os autos a esta Corte e após manifestação do Ministério Público declinando da intervenção (fl. 289), vieram a mim conclusos, ocasião em que determinei diligências, que cumpridas (fls. 293-301) retornaram os autos.

Determinei novas diligências às fl. 302 e 323, igualmente cumpridas (fls. 307-314, 316-320 e 327-341).

Vieram-me os autos conclusos para julgamento em 22.11.2013 (fl. 343-verso).

Registro terem sido cumpridas as formalidades dos artigos 549, 551e 552 do Código de Processo Civil, considerando a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

VOTOS

Des.^a Iris Helena Medeiros Nogueira (PRESIDENTE E RELATORA)

Eminentes Colegas.

Por atendimento aos requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

O caso.

Especificando os fatos, tem-se que a autora Jordana, menor de idade, iniciou relacionamento amoroso e extraconjugal com o demandado, que tinha o dobro de sua idade, casado. Há notícias nos autos de que quando o relacionamento amoroso se iniciou a autora tinha 12 anos de idade e o réu 27 anos (fl. 144). Conheceram-se em razão de que o pai da autora, também autor desta demanda, trabalhava com o demandado, que na ocasião era seu patrão. O relacionamento era clandestino, inclusive, sem o conhecimento do pai da demandante.

Após algum tempo de relacionamento, estando a autora com 15 anos de idade (novembro de 2009), engravidou e, segundo consta da prova dos autos, o réu exigiu e a auxiliou a praticar aborto, através da entrega e orientação à ingestão de medicação abortiva. Tendo tomado vários comprimidos a autora efetivamente abortou (processo crime nº 149/2.09.0000734-4). Na

ocasião a demandante passou mal, esteve interna em estado grave e o relacionamento veio ao conhecimento da família (fls. 45-).

A comprovação da ocorrência do aborto pode ser alicerçada no depoimento de fl. 48, prestado na Delegacia de Polícia do Primeiro Distrito de Ijuí/RS, pela médica Maria Cristina Biersdorf Pretto que atendeu a autora à época do fato:

”afirma que efetivamente na condição de médica do plantão obstétrico da maternidade do plantão do HCI a declarante atendeu a adolescente JORDANA que estava acompanhada de uma senhora que a declarante não sabe quem seja, possivelmente a mãe ou a vó. Que JORDANA internou-se no HCI depois que a médica de Jóia, da qual a declarante não lembra o nome, e a médica disse, conversa por telefone, que encaminharia uma adolescente que “estava abortando”, e que tinha tomado o medicamento CITOTEC, princípio ativo MISOPROSTOL 200 mcgramas. Que a adolescente estava quieta, mas acompanhante dizia para ela falar o que tinha ocorrido. Que então por insistência da acompanhante falou que tinha ingerido CITOTEC que lhe foi fornecido pelo namorado de que a declarante não sabe o nome. Que foi feita uma curetagem no útero da adolescente, para retirar “os restos ovulares”. Que o processo abortivo teria iniciado-se em Jóia e findado no HCI com a curetagem feita pela declarante. Nada mais. (...).”

Tal circunstância, conforme antecipado, originou o processo crime autuado sob o nº 149/2.09.0000734-4, crime levado a julgamento pelo Tribunal do Júri, em que o demandado restou condenado pela prática de crime de aborto com o consentimento da gestante, incurso no artigo 126

Carregando...

, *caput*, do Código Penal

Carregando...

(fls. 312-313).

Decorrido mais algum tempo – entre 15 e 23 de outubro de 2010 - e mesmo em andamento o citado processo criminal, a autora engravidou pela segunda vez e novamente foi orientada e auxiliada pelo demandado a praticar aborto, o que originou outro processo criminal, autuado

sob o nº 149/2.10.0000568-8 (fls. 144-185), no qual conforme sentença de pronúncia o demandado também irá a julgamento pelo Tribunal do Júri (sentença de pronúncia de fls. 14-19).

Esses são os fatos.

Não obstante a defesa negue toda a situação fática acima relatada, inclusive, quanto ao relacionamento amoroso vivido com a autora, entendo que restou devidamente comprovado seu envolvimento com a jovem, seja pela prova testemunhal, seja pela prova documental, aliás as inúmeras ligações entre ambos dá fortes indícios do relacionamento. O demandado inclusive sofreu condenação pela prática de aborto, referente ao primeiro aborto sofrido pela autora, estando ainda, em andamento o segundo processo, em razão do mesmo crime.

É verdade que não há trânsito em julgado em nenhum dos processos crimes, contudo, não se pode desconsiderar o julgamento do Tribunal do Júri, mesmo sem o trânsito em julgado.

De qualquer sorte, a esfera cível, independe da criminal (artigo 935 do Código Civil), razão pela qual é de se afastar o argumento de prejudicialidade invocado pelo demandado, estando correta a decisão singular de fl. 190 e verso, que indeferiu o sobrestamento do feito até o trânsito em julgado da ação penal.

Aliás, a sentença da Eminente Colega Simone Brum Pias – que também presidiu a instrução do feito – apresenta-se muito bem fundamentada, demonstrando o percuciente exame que a decisora singular dedicou ao processo, bem como seu justo desfecho, com o esgotamento da análise de provas, razão pela qual adoto parte de seus fundamentos como razões de decisão, especialmente quanto à conduta ilícita do réu:

“Merece parcial acolhida a pretensão dos autores.

Embora negado pelo réu, a prova dos autos permite afirmar que este manteve um relacionamento afetivo com a autora Jordana, que perdurou por vários meses, e que culminou com a gravidez desta, em duas ocasiões, sendo ambas as gestações interrompidas por aborto.

Conforme já consignado em despacho saneador, a responsabilidade cível independe da criminal, estando os processos criminais em fase posterior à pronúncia. O réu ainda não foi

julgado, e se tivesse sido não era necessária a discussão acerca da sua responsabilidade, bastando a liquidação dos danos.

No entanto, a prova produzida no presente permite afirmar que houve o referido relacionamento afetivo, que teve início quando Jordana tinha 15 anos (tanto que engravidou pela primeira vez com esta idade, de acordo com o boletim de ocorrência da fl. 45), e que em ambas as gestações Jordana esperava um filho do réu, tendo abortado instigada pelo demandado, conforme relatou.

Em se tratando de indenização por danos morais, para que esta seja devida deve restar provada a prática pelo réu de ato que tenha causado ofensa a direito de personalidade dos autores. Não são todas as situações desagradáveis que podem ser consideradas como capazes de causar danos morais à pessoa, configurando-se estes quando atingidos direitos personalíssimos, que causam profundo sofrimento, angústia, vexame e/ou desequilíbrio emocional à vítima.

Quanto à autora Jordana, merece acolhida o pedido.

Não obstante a negativa do requerido, o relacionamento afetivo que manteve com Jordana restou comprovado. Esta era adolescente quando engravidou do réu pela primeira vez (15 anos de idade), conforme registro policial da fl. 45, sendo que à época Jordana não mantinha bom relacionamento com seus familiares que residia (pai e avó), tendo se envolvido com o réu, o qual era patrão de seu pai.

Não há nada nos autos que indique que na época em que Jordana engravidou, ela teria se relacionado com outro homem, além do réu, não merecendo credibilidade e negativa do relacionamento por parte deste.

Veja-se que na data do primeiro aborto, entre 02 e 03 de dezembro de 2009, conforme consignado no registro de ocorrência da fl. 45 e que deu causa ao processo criminal n. 149/2090000734-4, o requerido Diogo ligou 39 vezes de seu celular, n. 55-9941-4148, para o de Jordana, 55-9605-1659, conforme relatório das fls. 76/78, a evidenciar que não se tratava de um relacionamento que só existia na cabeça da adolescente, conforme sugerido na contestação.

É bem verdade que no relatório das fls. 76/99 constam inúmeras ligações de Jordana para Diogo, chegando a haver mais de cem ligações daquela para este no mesmo dia, 15/12/2009, a evidenciar o desespero da adolescente, recuperando-se do aborto que a levou ao hospital. Ainda que Jordana tenha passado a importunar o réu após o ocorrido, isso não elide a responsabilidade deste por seus atos.

O réu juntou cópia do depoimento de Jordana desmentindo o ocorrido, quanto ao primeiro aborto (fls. 60/68), e também o posterior, confirmando os fatos (fls. /103). O referido depoimento, desmentindo tudo, ocorreu em 22/09/2010 (fl. 60), poucos dias antes do segundo aborto, que foi praticado entre 15 e 23 de outubro de 2010, conforme consta na fl. 14, a evidenciar que Jordana havia retomado o relacionamento afetivo com Diogo, vindo a desmentir o que havia dito na Delegacia para protegê-lo.

No entanto, tendo havido novo aborto, novamente instigada pelo réu, e com consequências mais gravosas (Jordana ficou alguns dias no hospital e submeteu-se a curetagem uterina), a adolescente confirmou o primeiro fato (gravidez e aborto, com a participação de Diogo), e que havia engravidado novamente de Diogo, o qual, pela segunda vez, havia fornecido a medicação abortiva, conforme cópia das fls. 100/103, destacado à fl. 17 (pronúncia do segundo processo a que Diogo passou a responder).

Não se há de exigir prova pericial de que os bebês que Jordana esperavam eram do réu, como por este sustentado. Ainda que não fossem, restou confirmada a sua instigação ao aborto, com o fornecimento da medicação abortiva. A alegação deste de que não há prova das gestações nem da existência de fetos soa absurda, pois elaborado laudo pericial (conforme referido à fl. 16), sendo confirmado pela médica que a atendeu na segunda ocasião (fl. 48). Se assim fosse, por certo não teriam sido recebidas as denúncias formuladas contra o réu por aborto, nem teria este sido pronunciado (a pronúncia no processo 149/2.10.0000568-8, fls. 14/19, foi confirmada em grau de recurso), já que a pronúncia pressupõe prova da materialidade.

O réu era casado, mais velho e poderia ter evitado o relacionamento, as duas gestações e os dois abortos, não se podendo exigir de Jordana, em razão da idade e da situação familiar, que mensurasse as consequências dos atos, tendo se submetido a encontros clandestinos, certamente na esperança de que o réu se separasse e assumisse o relacionamento, e, posteriormente, à prática de dois abortos, incitada pelo réu.

A quebra de sigilo telefônico das fls. 76/99 sufraga definitivamente a alegação do demandado de que Jordana passou a assediá-lo, “demonstrando estar perdidamente apaixonada, sendo recusado pelo requerido qualquer relacionamento, pois entendia que se tratava de uma crise/paixão de adolescente”, já que, como antes referido, comprova a existência de várias ligações de Diogo para Jordana, e não apenas desta para aquele.

O fato de Jordana ter engravidado duas vezes demonstra que o relacionamento com o réu não foi ocasional, tendo perdurado por vários meses.

A testemunha Viviane da Silva, ouvida como informante, disse que viu Jordana ligando para Diogo, e vice-versa, quando ela esteve passeando na casa da depoente, em duas oportunidades; que Jordana é que disse que era Diogo que ligava para ela; nunca viu os dois juntos. Soube por Jordana que ela esteve grávida, mas não disse quem era o pai; que Jordana chegou a ficar abrigada durante um ano, pelo que soube foi por causa do aborto. Sabe que Jordana ficou internada por alguns dias em razão do aborto, pois não estava bem; depois que Jordana engravidou e abortou, acha que Jorge não trabalhou mais para Diogo. Soube por Jorge e pela avó de Jordana (Alda) que Diogo era o pai do nenê de Jordana. Depois soube que Jordana fez novo aborto, acha que não deu um ano depois, e o pai era Diogo, o qual era casado. Jordana comentou que Diogo dizia que ia largar a mulher para ficar com ela; acha que ela tinha uns 15 anos quando começou a se relacionar com Diogo. Jorge estava em casa à noite, e acha que só trabalhava fora de dia. Jordana foi trabalhar em Santa Catarina depois dos fatos, acha que foi porque depois do ocorrido ela não conseguiu emprego em Jóia. Jordana voltou para Jóia há um mês e pouco e está trabalhando em Ijuí. Jorge está trabalhando numa granja, não sabe de quem. Não sabe se Jorge e Diogo chegaram a discutir por causa de Jordana. Diogo vive bem, tem carro, não sabe se tem terras, mora nas terras do pai, tem dois filhos, não sabendo a idade. Nunca viu Jordana com namorado antes da história com Diogo. Jordana não era muito de “responder”, mas nunca soube que ela tivesse fugido de casa, saído escondida. A família de Jordana é pobre, os avós vivem de aposentadoria, e Jorge vive de atividade rural, como empregado. Não sabe quantos hectares os pais de Diogo tem, nem se plantam, sabe que vendem leite, não sabendo a quantidade de vacas que possuem. Não ouviu comentários “ruins”, maldosos, acerca de Jordana antes do fato, mas agora o pessoal em Jóia comenta o que aconteceu, sobre os abortos, e Jordana não conseguiu emprego. Referiu que Jordana disse que sofreu bastante enquanto esteve no abrigo, que a responsável era bruta, tinha saudade da família, a vó dizia que Jordana chorava ao telefone. Jorge também sofreu

com toda essa situação com a filha. Não sabe se Jorge estava internado enquanto Jordana fez aborto. Pelo que sabe Jorge era empregado de Diogo.

A testemunha Selvino Magri disse que mora em São Pedro, a uns 200 metros de Jordana e 2 km de Diogo; que ouviu dizer que Jordana fez um aborto e que o pai seria o Diogo. Não soube de outro aborto. Jordana morou com a avó e um tempo na cidade com a tia, não sabendo se foi por problemas de relacionamento. Nunca ouviu dizer que Diogo iria largar a mulher para ficar com Jordana. Acha que fica ruim para a mulher o fato de ter feito aborto, mas não ouviu comentários sobre Jordana. Sabe que Jordana esteve num abrigo um tempo. Jordana trabalhou um tempo em Santa Catarina, convidada por uma vizinha de São Pedro, Jóia, para cuidar dos filhos dela e ficou quase um ano, tendo voltado há 4 ou 5 meses, junto com a vizinha. Diogo trabalha com o pai e o outro irmão, não sabe quantas vacas de leite ele tem, que tem carro (não sabe qual), plantam 100ha entre os três. A família de Jorge é pobre, mora na mesma área dos pais, tem uma moto, Jorge trabalha na agricultura de empregado, os pais são aposentados, Jordana acha que está por casa. Jordana era mais namoradeira, hoje a juventude é assim, tem mais liberdade. Nunca ouviu dizer que Jordana fosse uma vadia, que dormisse com todo mundo. Sabe que Jordana, quando adolescente, teve problemas de relacionamento com a avó e o pai, não era um comportamento “pacífico”, mas também não estrondoso. Sabe que Jordana costumava se reunir com a rapaziada no clube, que fica perto de sua casa.

O fato de Jordana ter tido problemas de relacionamento familiar na adolescência não elide a responsabilidade do requerido pelo que ocorreu, nem a deslegitima ao pleito indenizatório.

Por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as conseqüências da conduta do demandado, decorrendo aquele do próprio fato. No caso, a conduta ilícita do demandado faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, tratando-se do dano moral puro.

É inegável que o aborto- no caso dois-, além das gestações não terem sido desejadas, na adolescência- Jordana tinha 15 anos quando engravidou pela primeira vez-, abalaram psicologicamente a autora, e os reflexos serão sentidos ao longo de sua vida.

Diante do exposto, deve ser acolhido o pedido de indenização por danos morais formulado pela vítima Jordana, pois inegável o sofrimento suportado, em especial à vista dos dois

abortos que realizou, a pedido e com a participação do réu, restando comprovado o ato ilícito por parte deste, o dano suportado pela requerente e o nexo causal.”

Importa referir que a autora, quando iniciou sua relação com o demandado, era uma criança ainda, com 12/13 anos de idade, dentro de um lar desequilibrado, enquanto ele tinha o dobro de sua idade e já era casado. Ou seja, seu grau de discernimento sobre os fatos era muito maior do que aquele que se podia exigir dela.

Ainda, quando da gravidez, a autora era uma adolescente, acreditando estar apaixonada pelo réu e que esse largaria a esposa para ficar com ela, certamente todos esses fatos a levaram a praticar com ele os abortos que, em verdade, só a prejudicou psicologicamente, além de ter corrido risco de vida.

A alegação de que a autora assediou o demandado, considerando que o relacionamento dos dois se iniciou quando aquele tinha 12 ou 13 anos de idade, beira ao ridículo. Em verdade, o que se observa das provas dos autos é que o demandado valeu-se da fragilidade emocional de uma adolescente e da situação desestruturada em que ela vivia (com o abandono da mãe e alcoolismo e mau relacionamento com o pai) para dela fazer a sua amante, alimentando a relação com promessas de amor e de se separar da esposa.

Portanto, a autora sofreu prejuízos no âmbito subjetivo (psicológico) e no meio social/familiar a que pertencia. Padeceu sofrimento íntimo, sentimento de desvalia e desamparo. Viu-se sujeita ao confronto com a própria família, a qual levou o fato ao conhecimento da autoridade policial, sujeitando também a autora ao constrangimento de acompanhar o inquérito e a ação penal. Os fatos, inevitavelmente, chegaram ao conhecimento do círculo de pessoas com as quais a autora e sua família se relacionavam. Embora ostentando ela a condição de vítima, é notório que em casos desta natureza a mulher, em variável medida, sempre tem sua reputação manchada. Sabe-se que até mesmo em casos de estupro, muitas vezes são lançadas aleivosias e suspeitas sobre a conduta da ofendida. Quanto mais num caso como este, em que a autora se iludiu com promessas amorosas. Não falta quem diga: “ela fez porque quis.”

Estou convicta de que a conduta do réu revestiu-se com o colorido do ilícito e que desta conduta redundou dano moral à autora. Mesmo que não se possa concordar que tal dano tenha atingido todas as repercussões narradas na exordial, certamente foram de intensidade suficiente a justificar um ressarcimento.

Portanto, inequivocadamente a conduta do réu provocou danos emocionais à autora, os quais segundo grande parte da medicina psiquiátrica e especialistas psicológicos sustentam que as consequências são na maior parte nefastas e prolongadas no tempo. Tem-se, portanto, caracterizado o dano moral *in re ipsa*.

É necessário definir que a doutrina especializada e a jurisprudência dominante vêm entendendo, em determinados casos, ser dispensável a prova de sua ocorrência, por se encontrar ínsito na própria ilicitude (*“in re ipsa”*). Essa lição é colhida da doutrina do eminente Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Sérgio Cavalieri Filho:

“Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.

Neste ponto, a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum”. 1

Mais adiante, em relação ao *quantum* indenizatório, para se fixar o valor indenizatório ajustável à hipótese fática concreta, deve-se sempre ponderar o ideal da reparação integral e da devolução das partes ao *status quo ante*, o qual encontra amparo legal no art. 947 do Código Civil.

No entanto, não sendo possível a *restitutio in integrum* em razão da impossibilidade material desta reposição, transforma-se a obrigação de reparar em uma obrigação de compensar, haja vista que a finalidade da indenização consiste, justamente, em ressarcir a parte lesada.

A meu ver, o valor da indenização deve atender determinados vetores que dizem respeito à pessoa do ofendido e do ofensor, partindo-se da medida do padrão sócio-cultural médio da vítima, avaliando-se a extensão da lesão ao direito, a intensidade do sofrimento, a duração do constrangimento desde a ocorrência do fato, as condições econômicas do ofendido e as do devedor, e a suportabilidade do encargo. Deve-se relevar, ainda, a gravidade do dano e o caráter pedagógico-punitivo da medida.

Novamente, a lição é do consagrado Sérgio Cavalieri Filho: 2

“Creio que na fixação do quantum da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.

Creio também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permita cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a aferir a lógica da decisão.

(...)

A lição do mestre Caio Mario, extraída de sua obra Responsabilidade civil, pp. 315-316, pode nos servir de norte para esta penosa tarefa de arbitrar o dano moral. Diz o preclaro Mestre: “Como tenho sustentado em minhas Instituições de Direito Civil (v. II, n. 176), na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I – punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II – pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem

intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido ‘no fato’ de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança”.

Assim, tendo em vista as circunstâncias do caso e o parâmetro deste Colegiado – o ofensor é agricultor, e a autora é pobre para fins legais, na forma da Lei 1.060/50 (fl. 24), circunstância relevante para que a indenização não seja fixada em patamar tal que represente locupletamento -, tenho por bem minorar a fixação da indenização de R\$ 33.990 (trinta e três mil novecentos e nove reais /valor equivalente a 50 salários mínimos à época da sentença/fl. 252) para o montante de R\$ 15.00,00 (quinze mil reais) quantia que se mostra adequada, não representando sanção excessiva e nem enriquecimento ilícito à parte ofendida. O valor, ademais, cumpre a função pedagógico-repressiva que a sanção deve encerrar.

Sobre o valor da indenização deverá incidir correção monetária pelo IGP-M, a contar desta data, nos termos da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça, bem como juros de mora de 1% ao mês desde a data de ocorrência do evento danoso (primeiro aborto, novembro de 2009), de acordo com o disposto na Súmula 54 também do STJ.

Mais adiante, sustentaram os autores que o demandante Jorge Jair Machado, pai da autora Jordana, também teria sofrido dano moral reflexo ou por ricochete, porquanto teria restado abalado e constrangido.

Sem razão.

Esse dano ocorre quando a ofensa é dirigida à uma pessoa - no caso a Jordana -, e quem sente os efeitos dessa ofensa, além da vítima direta, é outra pessoa.

Vale lembrar que o dano moral não é dor, angústia, humilhação, vergonha, essas são suas conseqüências. Dano moral é a lesão aos direitos da personalidade e no presente caso, entendo não ter se caracterizado em relação ao autor Jorge Jair Machado.

Acompanho novamente a fundamentação expendida na origem (fl. 251-v e 252):

No que se refere ao dano moral postulado pelo autor Jorge, não merece acolhida à vista da prova produzida.

As alegações do autor de que o réu, prevalecendo-se do vínculo empregatício (era patrão daquele), assediou a sua filha, destruindo a paz e harmonia familiar, não restaram comprovadas, nada havendo nos autos nesse sentido.

A testemunha Viviane da Silva, sobrinha do autor, disse que este trabalhou para Diogo, mas não sabe por quanto tempo, nem se foi na época que Jordana engravidou.

A testemunha Selvino Magri referiu que Jorge trabalhou bastante tempo fora e Jordana se criou com os avós; que Jorge trabalhou (mais de ano) com Oriovaldo, pai de Diogo, onde este também trabalha; acha que na época do aborto de Jordana, Jorge trabalhava para Oriovaldo, não lembra por quanto tempo, acha que ele saiu para se tratar do alcoolismo, não sabendo se foi por causa dos fatos.

Pelo que consta, na época do primeiro aborto Jorge estava internado para tratamento de alcoolismo, o que perdurou por mais de um ano.

É evidente que, como pai, sofreu com o ocorrido, mas não a ponto de fazer jus à pretensão indenizatória. Neste sentido foi a prova produzida, não havendo como acolher o pedido do autor, pois não comprovados os danos praticados pelo réu a justificar o pagamento de indenização por danos morais.

Ressalto que os danos morais são personalíssimos, cabendo ao autor o ônus probatório do ato causador do dano pelo réu, bem como o nexo de causalidade e a ilicitude, ônus do qual não se desincumbiu.

No caso, entendo que os fatos resultaram em dano somente à autora Jordana, que experimentou lesão moral.

Isso posto, VOTO no sentido de:

- a) NEGAR PROVIMENTO AO APELO DOS AUTORES e,
- b) DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO RÉU para reduzir o *quantum* indenizatório para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), que deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M a partir desta decisão e acrescido de juros de mora ao patamar de 1% ao mês, a partir da data do evento danoso, ou seja, da data do primeiro aborto.

Mantidos os demais termos da sentença.

Des. Tasso Caubi Soares Delabary (REVISOR) - De acordo com a Relatora.

Des. Eugênio Facchini Neto - De acordo com a Relatora.

DES.^a IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA - Presidente - Apelação Cível nº 70055160485, Comarca de Augusto Pestana: "DESPROVERAM AO APELO DOS AUTORES E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO RÉU. UNÂNIME."

Julgadora de 1º Grau: SIMONE BRUM PIAS

1 In *Programa de Responsabilidade Civil*, 5ª ed., Malheiros, 2004, p. 100/101

2 *Ibidem*, p. 115.

Resumo e Análise Crítica - Anexo VI

Ressalta-se que o judiciário reconheceu o afeto como vinculador para fixar a condenação ou reparação ao homem que tinha um caso extraconjugal com uma menina e que juntos praticaram o crime de aborto, por duas vezes, embora ela tenha consentido a prática delituosa.

ANEXO VI - TJ-RS - Apelação Cível : AC 70055160485 RS
RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CRIME DE ABORTO COM CONSENTIMENTO DA GESTANTE. RELACIONAMENTO AMOROSO E EXTRACONJUGAL ENTRE ADOLESCENTE E HOMEM COM O DOBRO DA SUA IDADE. PRÁTICA DE DOIS ABORTOS ORIENTADOS PELO DEMANDADO. RISCO À SAÚDE DA AUTORA. ABALO PSICOLÓGICO EVIDENTE. DANO MORAL CONFIGURADO EM RELAÇÃO À AUTORA. DANO MORAL POR RICOCHETE AO AUTOR, PAI DA ADOLESCENTE, NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA PARCIALMENTE MANTIDA.

Dados Gerais

Processo: AC 70055160485 RS
 Relator(a): Iris Helena Medeiros Nogueira
 Julgamento: 18/12/2013
 Órgão Julgador: Nona Câmara Cível

Publicação: Diário da Justiça do dia 21/01/2014

Ementa

RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CRIME DE ABORTO COM CONSENTIMENTO DA GESTANTE. RELACIONAMENTO AMOROSO E EXTRACONJUGAL ENTRE ADOLESCENTE E HOMEM COM O DOBRO DA SUA IDADE. PRÁTICA DE DOIS ABORTOS ORIENTADOS PELO DEMANDADO. RISCO À SAÚDE DA AUTORA. ABALO PSICOLÓGICO EVIDENTE. DANO MORAL CONFIGURADO EM RELAÇÃO À AUTORA. DANO MORAL POR RICOCHETE AO AUTOR, PAI DA ADOLESCENTE, NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA PARCIALMENTE MANTIDA.

1. O caso diz com pedido de indenização por danos morais em decorrência da prática de dois abortos com consentimento da gestante. Relação amorosa e extraconjugal entre adolescente e o demandado, homem com o dobro de sua idade. Peculiaridades do caso concreto que dão indícios suficientes de que a autora foi seduzida pela experiência do autor e promessas de deixar sua esposa, a fim de compactuar com a prática dos crimes de aborto.

2. Presentes os pressupostos da obrigação de indenizar, restou reconhecido o direito à indenização por danos morais. O quantum da indenização por danos morais é fixado pelo juiz, mediante a soma das circunstâncias que possa extrair dos autos. Valor da indenização reduzido para 15.000,00 (quinze mil reais), considerando os precedentes desta Corte, e as peculiaridades do caso.

3. Sobre o montante da indenização por danos morais deverá incidir correção monetária pelo IGP-M, a contar desta data, bem como juros de mora de 1% ao mês desde a data de ocorrência do evento danoso. Súmulas 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Dano moral por ricochete postulado pelo pai da autora, vítima do aborto, não configurado. Vale lembrar que o dano moral não é dor, angústia, humilhação, vergonha, essas são suas consequências. Assim, dano moral é a lesão aos direitos da personalidade e no presente caso, não restou caracterizado em relação ao autor. APELO DOS AUTORES DESPROVIDO. PROVIDO PARCIALMENTE O APELO DO RÉU. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70055160485, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 18/12/2013)

Avalia-se este julgado não como uma incoerência total, visto que envolvia uma adolescente e um homem adulto, casado e mais experiente que a autora, mas é que o afeto apresentado em toda a ação certamente serviu de base para a condenação.

ANEXO VII

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRELIMINARES REJEITADAS. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. STATUS JURÍDICO DE ENTIDADE FAMILIAR. QUALIDADE DE SEGURADO. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. COMPANHEIRO. TERMO INICIAL.

I - O critério definidor da competência da Justiça Federal estampado no art. 109 da Constituição da República leva em consideração a natureza das pessoas envolvidas na relação processual. No caso em tela, a demanda refere-se a pedido de concessão de pensão por morte, mediante o reconhecimento de união estável homoafetiva, em face do INSS, autarquia federal, de modo a restar fixada a competência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito.

II - A impossibilidade jurídica do pedido deve ser reconhecida quando a legislação vigente veda, expressa e genericamente, a tutela jurídica pretendida, não quando o autor não tem direito a ela, matéria esta afeta ao mérito. A pensão por morte tem expressa previsão legal. Se o autor tem, ou não, direito a esse benefício previdenciário, é questão que se resolve com a procedência ou improcedência do pedido, não com a extinção preliminar sem apreciação do mérito.

III - O Supremo Tribunal Federal - na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 4277 julgada em 05/05/2001 - reconheceu o status jurídico de entidades familiares às relações homoafetivas. Diante desse quadro, a concessão de benefícios previdenciários aos casais homoafetivos dar-se-á nos mesmos moldes para com os casais heteroafetivos, devendo-se exigir dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos. No caso de pensão por morte, a qualidade de segurado do de cujus, o vínculo de afetividade e a dependência econômica presumida.

IV - O autor logrou comprovar nos autos, tanto documental quanto testemunhalmente, a união estável homoafetiva entre ele e o falecido, sendo que, na condição de companheiro, a dependência econômica é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91. V - O termo inicial do benefício é a data do óbito, ou seja, 11.12.2008 uma vez que o pedido foi efetuado dentro do prazo de trinta dias antes do óbito, nos termos do art. 74, inciso I, da Lei nº 8.213/91 (v. fl. 34). VI - Preliminares rejeitadas. Apelação dos réus improvidas.

(TRF-3 - AC: 7468 SP 0007468-42.2009.4.03.6317, Relator: JUIZ CONVOCADO DAVID DINIZ, Data de Julgamento: 31/01/2012, DÉCIMA TURMA)

Resumo e Análise Crítica - Anexo VII

O afeto também é reconhecido para a proteção patrimonial dos novos modelos de família que não se originam no casamento;

O afeto é reconhecido na União Entre Pessoas do Mesmo sexo, também por proteção patrimonial e sucessória.

Processo: AC 7468 SP 0007468-42.2009.4.03.6317

Relator(a): JUIZ CONVOCADO DAVID DINIZ

Julgamento: 31/01/2012

Órgão Julgador: DÉCIMA TURMA

Ementa

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRELIMINARES REJEITADAS. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. STATUS JURÍDICO DE ENTIDADE FAMILIAR. QUALIDADE DE SEGURADO. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. COMPANHEIRO. TERMO INICIAL.

I - O critério definidor da competência da Justiça Federal estampado no art. 109 da Constituição da República leva em consideração a natureza das pessoas envolvidas na relação processual. No caso em tela, a demanda refere-se a pedido de concessão de pensão por morte, mediante o reconhecimento de união estável homoafetiva, em face do INSS, autarquia federal, de modo a restar fixada a competência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito.

II - A impossibilidade jurídica do pedido deve ser reconhecida quando a legislação vigente veda, expressa e genericamente, a tutela jurídica pretendida, não quando o autor não tem direito a ela, matéria esta afeta ao mérito. A pensão por morte tem expressa previsão legal. Se o autor tem, ou não, direito a esse benefício previdenciário, é questão que se resolve com a procedência ou improcedência do pedido, não com a extinção preliminar sem apreciação do mérito.

III - O Supremo Tribunal Federal - na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 4277 julgada em 05/05/2001 - reconheceu o status jurídico de entidades familiares às relações homoafetivas. Diante desse quadro, a concessão de benefícios previdenciários aos casais homoafetivos dar-se-á nos mesmos moldes para com os casais heteroafetivos, devendo-se exigir dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos. No caso de pensão

por morte, a qualidade de segurado do de cujus, o vínculo de afetividade e a dependência econômica presumida.

IV - O autor logrou comprovar nos autos, tanto documental quanto testemunhalmente, a união estável homoafetiva entre ele e o falecido, sendo que, na condição de companheiro, a dependência econômica é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91.

V - O termo inicial do benefício é a data do óbito, ou seja, 11.12.2008 uma vez que o pedido foi efetuado dentro do prazo de trinta dias antes do óbito, nos termos do art. 74, inciso I, da Lei nº 8.213/91 (v. fl. 34).

VI - Preliminares rejeitadas. Apelação dos réus improvidas²².

Conclui-se desse modo e aponta-se como incoerente reconhecer o vínculo no campo patrimonial e sucessório e não o fazer no campo da responsabilização civil por abandono afetivo por parte de genitores.

ANEXO VIII

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

²² Disponível em: www.jusbrasil.com.br Acesso em: 23/11/2014

LEI Nº 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003.

Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

Vigência (Vide Decreto nº 6.214, de 2007)

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I

Disposições Preliminares

Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

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

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

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

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

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

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

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

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

IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda. (Incluído pela Lei nº 11.765, de 2008).

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

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

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

Art. 5º A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade à pessoa física ou jurídica nos termos da lei.

Art. 6º Todo cidadão tem o dever de comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação a esta Lei que tenha testemunhado ou de que tenha conhecimento.

Art. 7º Os Conselhos Nacional, Estaduais, do Distrito Federal e Municipais do Idoso, previstos na Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, zelarão pelo cumprimento dos direitos do idoso, definidos nesta Lei.

TÍTULO II

Dos Direitos Fundamentais

CAPÍTULO I

Do Direito à Vida

Art. 8º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

Art. 9º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

CAPÍTULO II

Do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

§ 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II – opinião e expressão;

III – crença e culto religioso;

IV – prática de esportes e de diversões;

V – participação na vida familiar e comunitária;

VI – participação na vida política, na forma da lei;

VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

§ 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

§ 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

[...]

Resumo e Análise Crítica - Anexo VII

O Estatuto dos Idosos se preocupa em proteger os mais velhos do abandono e de maus tratos, por serem vulneráveis, o que é verdadeiramente coerente.

Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

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

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

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

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

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

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

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

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

IX - prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda²³.

²³ Lei nº 11.765, de 2008. Art. 3 do Estatuto do Idoso - Lei 10741/03

Mas caso o judiciário não reconheça e proteja os interesses dos menores abandonados por seus pais o Estado estará sendo incoerente com estes uma vez que também são vulneráveis e indefesos o que deve inspirar e fazer gerar a devida proteção.

Assim demonstra-se que não pode haver reconhecimento do afeto como vinculador em alguns casos e inexistente em casos de relevância como naqueles em que a má conduta causa dano emocional, reduz a capacidade da criança e do adolescente se desenvolver plenamente e causa dor e sofrimento a estes.