

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Dano moral nas Relações Parentais pela Violação dos Deveres da Paternidade

Sabrina de Borba Britto

Rio de Janeiro
2009

SABRINA DE BORBA BRITTO

Dano moral nas relações parentais pela violação dos deveres da paternidade

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção de título de Pós- Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

DANO MORAL NAS RELAÇÕES PARENTAIS PELA VIOLAÇÃO DOS DEVERES DA PATERNIDADE

Sabrina de Borba Britto

Resumo: A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe avanços significativos no campo da responsabilidade civil, principalmente em razão do novo paradigma de valorização da pessoa humana e dos direitos personalíssimos afetos à sua dignidade, em detrimento da concepção patrimonialista anteriormente dominante. Concomitantemente, o Direito de Família também evoluiu de maneira relevante, passando a priorizar os indivíduos que constituem o núcleo familiar nas suas mais variadas formas, deixando para trás a proteção da família como instituição. Dessa forma, o presente trabalho visa analisar ditas mudanças, construindo a possibilidade da configuração de dano moral nas relações entre pais e filhos, com base na evolução da sociedade e do direito nestes campos do ordenamento jurídico.

Palavras-chaves: Família, Paternidade, Dano Moral.

Sumário: Introdução. 1. A Constituição Federal de 1988 e as inovações trazidas no campo da Responsabilidade Civil e do Direito de Família. 2. Paternidade no Direito de Família atual e os princípios e deveres a ela inerentes. 3. Configuração do Dano Moral nas Relações Parentais. 4. Análise de Precedentes Jurisprudenciais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade da configuração de dano moral nas relações entre pais e filhos, tomando como base a doutrina moderna sobre Direito de Família e Responsabilidade Civil e comentando alguns dos primeiros precedentes na jurisprudência sobre o tema.

Inicialmente, cabe realizar uma breve análise sobre o instituto do dano moral, fazendo referência aos conceitos encontrados na doutrina, bem como aos pressupostos considerados necessários à sua configuração válida. Ainda neste ponto, vale comentar sobre a mudança na ótica constitucional sobre as relações jurídicas, enfatizando a prevalência da pessoa humana e sua dignidade, em detrimento da visão eminentemente patrimonialista que predominava no passado.

A evolução verificada no Direito de Família atual também será objeto de análise, novamente enfatizando o período pós Constituição Federal de 1988. O debate terá foco na transformação do conceito de família ao longo dos tempos, com o abandono da visão puramente patriarcal e institucional da família como núcleo matrimonializado e a noção atual de família como união de pessoas por laços de afetividade e afinidade, baseada na solidariedade familiar, cuja proteção deve ser voltada aos indivíduos que a compõe e não à família como instituto independente.

A exposição sobre o conceito atual de paternidade, com a discussão sobre princípios e deveres a ela inerentes e a possibilidade de sanção pelo seu descumprimento será feita em seguida, enfatizando, principalmente, as normas constitucionais e legais nas quais se verificam as ideias de proteção e prioridade direcionadas às crianças e adolescentes.

A possibilidade de configuração de dano moral nas relações parentais será sustentada com fundamento nas ideias inicialmente expostas, buscando analisar com a maior abrangência possível os argumentos favoráveis e desfavoráveis sobre o assunto, a fim de construir uma tese bem fundamentada sobre o tema ainda não pacificado.

Por fim, vale comentar julgados recentes sobre a matéria, a fim de observar como os tribunais têm decidido o assunto e como o dano moral entre pais e filhos tem

sido visto na jurisprudência pátria até o momento, nos poucos casos já julgados sobre tal tema.

1) A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS NO CAMPO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO DIREITO DE FAMÍLIA

1.1) RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL APÓS A NOVA CARTA CONSTITUCIONAL

Com efeito, embora hoje não mais se discuta sobre a existência ou não do dano moral em nosso ordenamento, é imprescindível destacar que nem sempre tal ideia fora pacífica. Inicialmente, o dano moral não era aceito pela maior parte da doutrina e jurisprudência, pois se entendia que sua quantificação não era possível, havendo entendimento de que seria até imoral tentar estabelecer valor pecuniário para a dor sofrida pela pessoa.

Com a evolução do estudo, foi constatado que o dano moral não significa apenas uma tentativa de recompensar ou de restabelecer a situação fática da vítima existente anteriormente ao dano, como ocorre com a quantificação do dano material, que se baseia na busca pela equivalência. O objetivo passou a se sustentar em uma noção de compensação, ou seja, atuando de maneira indireta na minimização das conseqüências do dano sofrido.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o instituto do dano moral se consolidou em definitivo no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista o surgimento de previsão expressa da sua possibilidade e de outros inúmeros dispositivos embasando seus fundamentos.

O artigo 5º da carta magna, que se encontra inserido no título que versa sobre direitos e garantias fundamentais, traz, em seus incisos V e X, a menção explícita sobre a possibilidade da indenização a título de danos morais. Além disso, a dignidade da pessoa humana encontra-se elevada ao *status* de fundamento da República, como também determina o artigo 1º, inciso III, sendo tal conceito a base fundamental para a configuração do dano moral, o qual se verá a seguir.

Cabe ressaltar, entretanto, que não foi a simples previsão expressa do dano moral que tornou sua configuração possível, tendo contribuído também para sua aceitação toda uma modificação conceitual trazida pela nova Constituição.

A valorização do indivíduo, considerada sua dignidade como pessoa humana, e a supremacia dos direitos da personalidade sobre os direitos patrimoniais inauguram uma nova fase do direito civil, na qual se verifica íntima ligação com o direito constitucional e seus preceitos supralegais.

Embora o objetivo do presente estudo não seja aprofundar a análise do dano moral, é imprescindível entender sua evolução e crescimento no ordenamento brasileiro para que se possa fundamentar sua incidência nas relações familiares, restando apenas uma exposição breve sobre seu conceito e requisitos.

O conceito de dano moral já foi defendido em uma concepção negativa, sendo verificado sempre que o dano sofrido não tivesse natureza patrimonial. Tal definição por exclusão, entretanto, nunca teve muitos adeptos e não se consolidou.

A ideia mais difundida é a sustentada também por Sérgio Cavalieri Filho, que leva em consideração o fato de a Constituição Federal de 1988 ter colocado a pessoa como vértice do ordenamento jurídico, sendo a dignidade da pessoa humana a base de todos os valores morais e contendo em seu conceito todos os demais direitos da personalidade. Logo, o dano moral seria, em sentido estrito, qualquer violação do

direito à dignidade e, em sentido amplo, a violação aos direitos da personalidade em sua plena variação.

Arrematando, diz o autor que somente deve ser reputado como dano moral “a dor, vexame, sofrimento, ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar” (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 98). Estariam excluídas, portanto, as situações que configurassem apenas um mero aborrecimento ou dissabor, sem atentar contra a dignidade da pessoa.

Quanto aos pressupostos do dano moral, não cabe neste trabalho uma análise minuciosa do tema tão rico em detalhes, apenas sendo necessário dizer que, em se tratando de responsabilidade civil subjetiva extracontratual, como a aqui estudada, não há dano moral sem que se constate a existência de conduta culposa por parte do agente, dano sofrido pela vítima e nexos de causalidade entre eles.

Em poucas palavras, a conduta culposa consiste em uma atuação voluntária do agente no sentido de praticar o ato lesivo, seja com dolo efetivo de o praticar, seja apenas com culpa.

Já o dano pode ser singelamente conceituado como uma lesão a um bem jurídico protegido pelo ordenamento, sendo o dano patrimonial aquela lesão de cunho econômico-financeiro, com a perda de bens materiais, e o dano moral o acima exposto de forma sucinta.

Por fim, o nexo causal nada mais é que a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano sofrido, não sendo necessário que aqui se discorra sobre as diferentes teorias que procuram explicar sua formação.

Traçadas as linhas gerais do dano moral no período pós-Constituição Federal de 1988, a aplicação deste instituto às relações familiares será explicitada no capítulo específico sobre a questão.

1.2) A NOVA CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA E DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Antes da vigência da nova Carta, a família era vista pelo ordenamento como instituição independente, cuja proteção se dava de maneira firme, ainda que em detrimento da proteção individual de seus integrantes. A família era vista como grupo formado de maneira legítima pelo casal unido pelo matrimônio oficial e a prole daí advinda, todos submetidos ao pátrio poder do cônjuge varão, que era o provedor da família.

Apenas a título exemplificativo do *status* quase sagrado que detinha o casamento e do poder engrandecido do marido, cabe lembrar que havia tratamento diferenciado na própria lei no tocante aos filhos legítimos e àqueles fruto de relação não legitimada pelo matrimônio, em clara violação ao princípio da isonomia hoje consagrado.

Além disso, o divórcio somente fora permitido, ainda com certas restrições, no ano de 1977, com a edição da Lei do Divórcio, precedida pelo Estatuto da Mulher Casada que, somente em 1962, permitiu que a mulher colaborasse com o marido na função de chefe da sociedade conjugal, pois antes disso a mulher casada era, inclusive, considerada juridicamente incapaz para a prática de certos atos.

Hoje não há mais que se falar em qualquer tipo de sujeição da mulher aos desejos e vontades do marido, tendo ambos, na forma do artigo 5º, inciso I, da

Constituição Federal de 1988 igualdade de direitos e obrigações oriundas da relação conjugal, idEia também repetida expressamente pelo § 5º do artigo 226 do mesmo diploma.

Além disso, também é fundamental para o presente estudo a exposição das modificações trazidas pela nova Carta no tocante à relação entre pais e filhos, visto que não mais vigora o conceito de pátrio poder, no qual os filhos eram submetidos plenamente ao poder paterno e admitia-se um processo educacional extremamente severo e autoritário, inclusive com punições físicas.

Vigora hoje o poder familiar, regulado nos artigos 1.630 e seguintes do Código Civil, sendo ele exercido em igualdade de condições por pai e mãe e constituindo verdadeiro poder-dever, visto que traz não somente normas de autoridade dos pais sobre os filhos, mas também deveres de educação, amparo e assistência, entre outros, que serão estudados com maior profundidade no próximo item.

Ressalte-se que foi abolida também qualquer diferenciação entre filhos advindos ou não do casamento formal e tendo ou não os mesmos caracteres genéticos, até porque não se considera mais família como somente aquela fruto do matrimônio e da filiação biológica, prezando-se também os vínculos afetivos e de afinidades.

A expressa menção da união estável e da entidade familiar formada por um dos pais e seus descendentes nos parágrafos 3º e 4º do artigo 226 permite concluir que não há mais no ordenamento jurídico um único modelo de família reconhecido, admitindo-se uma pluralidade de grupamentos, com diferentes naturezas e formações.

É importante dizer que na atualidade é preciso enxergar a proteção da família como a tutela da dignidade de seus integrantes, ou seja, dos indivíduos que a compõe, pois são eles os verdadeiros titulares de direitos constitucionalmente garantidos e que devem ser os destinatários da tutela estatal.

Dessa forma, é possível concluir que assiste razão a Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ao elaborar resumo esquemático da evolução da família na vigência do Código Civil de 1916 para a família existente hoje no período pós Constituição Federal de 1988 e na vigência do Código Civil de 2002. Sustentam que a família deixou de ser matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica e de caráter institucional para ser pluralizada, democrática, igualitária substancialmente, hetero ou homoparental, biológica ou sócio afetiva e, por fim, de caráter instrumental.

2) PATERNIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA ATUAL E OS PRINCÍPIOS E DEVERES A ELA INERENTES

Conforme já exposto no item anterior, atualmente há uma nova concepção de paternidade e relações familiares, visando, em primeiro lugar, ao pleno desenvolvimento da criança como pessoa humana, primando pela sua dignidade e seu máximo aprimoramento.

A concepção protetiva destinada à criança e ao adolescente é minuciosamente regulada pelo ordenamento, existindo extenso rol de direitos e garantias visando atingir os objetivos explicitados. Logo, como a finalidade deste estudo é sustentar a possibilidade de dano moral nas relações parentais, a análise se limitará aos princípios e direitos que fundamentam a aludida situação.

Inicialmente, cabe citar o artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, cujo preceito encontra-se de maneira bem semelhante nos artigos 4º, *caput*, e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esses dispositivos enunciam expressamente que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, dentre outros,

o direito à educação, dignidade, respeito e convivência familiar e comunitária, determinando, ainda, a vedação de qualquer forma de negligência.

Iniciando pelo direito à educação, não se mostra cabível limitar a norma aqui contida ao simples ensino escolar, como parece fazer a Lei 8.069/90, nos seus artigos 53 e seguintes. O direito aqui estudado deve ser visto em sua concepção ampla, abrangendo a formação da pessoa não só no tocante ao seu conhecimento técnico, mas também, principalmente, no que se refere à formação de seus valores e caráter.

Nesse sentido, mais feliz foi a redação do artigo 1.634, inciso I do Código Civil de 2002, que incluiu no rol de competências inerentes ao poder familiar a “educação e criação dos filhos”, abrangendo, assim, o dever de educar também no sentido de formar a personalidade, o caráter. Da mesma forma agiu o constituinte originário, que no comando normativo do artigo 229 da atual Carta expressiu o dever de ambos os pais de “assistir, criar e educar os filhos menores”.

Assim, o dever de educação dirigido aos pais consiste na formação intelectual e moral da sua prole, por meio da imposição de autoridade e limites em uma educação digna, voltada para a formação da personalidade do futuro adulto, que deverá ter as noções de certo e errado intrínsecas em seu caráter quando a família não mais estiver por perto para ensinar.

O direito à dignidade, por sua vez, é de difícil conceituação, por envolver todos os demais direitos da personalidade. Sua menção expressa neste momento é importante apenas para ressaltar que, tanto na Carta Magna quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, a efetivação deste direito é dever da família, da sociedade e do Estado em conjunto, sem prevalência da responsabilidade de qualquer um deles.

Já o direito ao respeito consta no artigo 17 da Lei 8.069/90 como consistente na “inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente,

abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

Dessa forma, a integridade psíquica e moral da criança é expressamente protegida, porém sem qualquer definição ou limitação das condutas lesivas que podem atingir, a fim de que se possa interpretar amplamente seu sentido em prol dos indivíduos que a norma visa tutelar.

Por fim, cabe comentar sobre o direito que, dentre os expressamente listados nas normas já citadas, melhor embasa a tese aqui defendida, que é o direito à convivência familiar, regulado de forma detalhada no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A convivência familiar em seu modelo ideal constitui a criação da criança no seio familiar de origem, se possível com a presença diária de pai e mãe participando do processo de desenvolvimento da pessoa em formação. Porém, ainda que a família se estruture de outras formas, o dever de sustento, guarda e educação inerente ao exercício do poder familiar permanece com pai e mãe em conjunto, conforme se depreende dos artigos 1634, *caput*, do Diploma Civil e 22 da Lei 8.079/90.

Nesse sentido, deve prevalecer que a convivência familiar é direito dos filhos com relação a pai e mãe de maneira independente e individual, logo, a convivência com apenas um deles em total omissão com relação ao outro viola o direito protegido pela norma, ainda que parcialmente.

Quanto aos princípios constitucionais relevantes para o presente estudo, demonstram maior importância os princípios da paternidade responsável e do melhor interesse da criança.

Observe-se que o princípio da paternidade responsável vem expresso no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal com íntima ligação ao planejamento familiar, o

que é facilmente explicado, pois uma situação decorre da outra. Assim, o dever do Estado consistente em prover meios para que as pessoas realizem seu planejamento familiar pessoal é determinado pela norma constitucional justamente para que se possa exigir dos pais, posteriormente, que assumam a responsabilidade pela formação voluntária de uma nova vida.

Nada mais coerente do que impor aos pais, que tem acesso à informação e aos meios de evitar a contracepção, o dever de prover assistência à sua prole, seja no sentido de assisti-los materialmente, com sustento financeiro, seja no que se refere à assistência moral e educacional, partes tão relevantes da criação e formação de uma pessoa saudável e digna.

Trata-se, portanto, de atribuir responsabilidade individual tanto para o homem quanto para a mulher pelo exercício da sua liberdade no campo da sexualidade e parentalidade, principalmente por se tratar de atuação voluntária, livre e consciente, cujos riscos devem ser assumidos independente da vontade direcionada à procriação.

Já quanto ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pode ser o mesmo resumido em poucas palavras como a prioridade absoluta na proteção de tais pessoas pelo ordenamento, primando seu pelo pleno desenvolvimento físico, mental, social e moral. Constitui princípio de ampla incidência e interpretação, visto que pode ser aplicado em diversas situações, sempre a fim de priorizar a criança e o adolescente e seus direitos personalíssimos.

Assim sendo, é possível afirmar que o conceito de paternidade e do Direito de Família como um todo, evoluiu muito após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Abandonou-se uma visão ultrapassada de poder quase ilimitado que os pais exerciam sobre os filhos para se adotar uma concepção de responsabilidade pela

formação da pessoa em desenvolvimento, incluindo também deveres direcionados a ambos os pais, visando à tutela da criança e do adolescente.

Considerando tudo o que já foi exposto, o próximo item do trabalho se baseará nesses fundamentos para construir a tese da possibilidade da configuração do dano moral entre pais e filhos pela violação de algum dos direitos acima explicitados.

3) CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES PARENTAIS

Inicialmente, para que se possa sustentar com clareza a tese que aqui se pretende, cabe delimitar o campo específico de estudo, com a diferenciação das possíveis situações familiares que tem o condão de configurar o dano moral.

Vale ressaltar que o presente trabalho não visa sustentar a possibilidade, já debatida na doutrina e, em alguns casos encontrados na jurisprudência, da ocorrência de dano moral por abandono afetivo, pois o dano moral que se sustentará não se baseará na falta de afeto entre pai e filhos ou na possibilidade ou não de se impor o dever de amar e dar carinho à prole.

Além disso, também não há que se debater sobre o pleno cumprimento dos deveres da paternidade pelo pagamento contínuo e regular de alimentos, pois também não se pode limitar a paternidade responsável ao simples financiamento à distância das necessidades puramente materiais de uma criança.

Objetiva-se, na verdade, construir a configuração do dano moral pela violação de algum dos deveres da paternidade acima citados, ainda que mediante uma conduta omissiva. Estes casos, em sua grande maioria, dizem respeito à omissão do pai na criação e educação dos filhos, principalmente quando este não mais se encontra em

um relacionamento amoroso com a mãe da criança ou quando sequer houve relação mais séria entre eles.

Repita-se, não se trata de impor ao pai o dever de amar o filho, mas tão somente de atribuir responsabilidade a este pelos danos causados pela violação aos direitos da criança expressos no ordenamento.

A doutrina mais moderna sobre o tema já começa a discutir essa possibilidade, porém ainda com certa resistência. Inicialmente, é pacífico que o primeiro requisito de qualquer responsabilidade nestas situações é a existência da relação filiatória, pois esse vínculo é que fixa os deveres inerentes à paternidade.

A controvérsia passa a se instalar, entretanto, quando se discute sobre a conduta lesiva do pai que poderia gerar o dano moral indenizável ao filho. Chaves de Farias e Rosenvald (2010, p.88), entre outros, defendem 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 de responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família da efetiva prática de um ato ilícito, nos moldes dos arts. 186 e 187 do Código Civil”.

Esse entendimento se baseia na ideia de que as peculiaridades próprias das relações e vínculos familiares não poderiam sofrer a aplicação pura e irrestrita das normas de responsabilidade civil, sob pena de ocorrer a patrimonialização de valores tão ligados à própria pessoa humana.

Embora o mencionado argumento se mostre consistente, cabe observar que há certa contradição em suas premissas. Dizer que a violação de um dever familiar não é suficiente para a configuração do dever de indenizar, sendo necessário um ato ilícito efetivamente comprovado, é como afirmar que a violação aos direitos da criança expressos no ordenamento não configura um ato ilícito.

Além disso, sendo a definição de ato ilícito como uma conduta humana contrária ao direito, não há como negar que a conduta do pai que viola os direitos de seu filho à convivência familiar, ao respeito e à dignidade da pessoa humana, o expondo ao abandono educacional, de criação e de amparo é sim um ato ilícito contrário ao direito vigente.

Pensar em sentido contrário é tornar sem efeito os direitos anteriormente explicitados, fazendo da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente letra morta na parte em que destinam deveres de criação e educação a ambos os pais.

Note-se que é neste momento em que se deve verificar a incidência plena do princípio da paternidade responsável, impondo ao pai que assumiu o risco da procriação ao exercer sem cautelas o seu direito de liberdade sexual, o dever de contribuir para a educação e criação do filho assim concebido.

Outro argumento utilizado por aqueles que não admitem o dano moral pela violação dos deveres familiares é o fato de, tanto no Código Civil quanto na Lei 8.079/90, haver previsão expressa de perda do poder familiar como punição para os pais que assim agirem.

Ora, o argumento exposto não pode subsistir. Não se pode justificar a não reparação de um dano sofrido por uma pessoa com a simples afirmação de que já há outro tipo de punição civil prevista para o agente. Além disso, a perda do poder familiar pelo pai que viola seus deveres de paternidade não traz qualquer benefício para a criança que, além de não ser criada e educada por seu pai, ainda terá sua relação com o mesmo mais enfraquecida.

Dessa forma, rebatidos os principais argumentos contrários à tese defendida neste trabalho, cabe retomar o conceito e requisitos para a configuração do dano moral

expostos no início do trabalho para que se demonstre a sua plausibilidade no caso concreto.

Inicialmente, é necessário verificar se há relação de filiação entre o pai acusado de causar o dano e a criança lesada, sendo óbvio que o pai deve ter tido conhecimento do nascimento da criança e de sua condição de pai para que se possa exigir do mesmo o cumprimento de seus deveres.

Em seguida, a análise casuística deve se direcionar a conduta paterna lesiva propriamente dita, observando todos os fatos trazidos pelas partes, a fim de verificar não somente se houve a violação dos deveres de criação e educação, mas também as circunstâncias em que tal ocorreu.

As premissas expostas são importantes pois não raro é possível encontrar casos de problemas de relacionamento e omissão do pai com relação aos filhos em que se descobre que houve efetiva participação da mãe no agravamento ou até provocação da situação. Ou seja, é imprescindível definir se o pai se omitiu em seus deveres paternos por livre e espontânea vontade ou se teve seu contato com a criança impedido ou dificultado pela mãe ou outros membros da família.

Essas situações se verificam principalmente quando a mãe tem a guarda da criança e a utiliza como instrumento para atingir o ex-marido ou ex-companheiro, dificultando os encontros e até inculcando na mente da criança informações depreciativas sobre o pai, aumentando o distanciamento entre eles.

Logo, constatada a conduta não viciada do pai em violar deveres de paternidade e não sendo demonstrada qualquer justificativa para a atitude, caracterizada está a conduta lesiva capaz de ensejar o dever de indenizar.

Já no tocante ao dano sofrido, é possível encontrar novamente argumentos contrários na doutrina. Alguns entendem que seria necessária a prova do abalo psíquico

sofrido pela criança, sendo ela obtida por meio de perícia psicológica que detecte a extensão do dano, como sustenta Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

Já Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 196) sustenta que somente haveria o dano moral à integridade psíquica do filho menor quando não houvesse a figura substituta, afirmando a autora que “Se alguém ‘faz as vezes’ de pai (ou de mãe), desempenhando suas funções, não haverá dano a ser indenizado, não obstante o comportamento moralmente condenável do genitor biológico”.

Respeitando todas as posições em contrário, ainda assim parece a melhor opção a que não exige a comprovação efetiva do dano sofrido e de sua extensão, pois é inerente à própria conduta lesiva a constatação do dano moral, que é *in re ipsa*.

Em outras palavras, sendo o dano moral a lesão à própria dignidade da pessoa humana, a prova da violação a qualquer dos direitos da personalidade por si só já tem poder de embasar uma condenação a título de danos morais, sendo desnecessária qualquer produção probatória no sentido de verificar a extensão prática do dano.

Por fim, quanto ao requisito do nexa causal, este será verificado pela simples ligação de causa e efeito entre a conduta praticada pelo pai e a violação do direito e dignidade da criança que ensejar a lesão indenizável.

Como último argumento a favor da configuração do dano moral pela violação dos direitos de filiação ou, em outras palavras, dos deveres da paternidade, cabe a aplicação do critério da proporcionalidade e razoabilidade que deve nortear todo o ordenamento jurídico que, mesmo dividido em ramos, ainda é um sistema uno.

O dano moral nos dias atuais teve ampla disseminação e aceitação na doutrina e jurisprudência, sendo possível verificar a sua incidência nas mais diversas situações. Pode-se citar, por exemplo, as inúmeras condenações a este título no âmbito do direito do consumidor, sendo amplamente aceita a indenização em razão de

negativação indevida, atraso na entrega de produtos, cobrança indevida de valores na faturas de cartão de crédito, envio não solicitado de cartões e serviços, viagens de turismo realizadas fora das expectativas do contratante, entre vários outros casos.

Dessa forma, como pode o mesmo ordenamento jurídico entender que o simples envio de um cartão não solicitado pelo consumidor é ato lesivo capaz de gerar uma condenação a título de danos morais sem a necessidade de qualquer comprovação de dano efetivo e a violação do direito de uma criança a conviver com ambos os pais e ser educada e amparada por eles não é suficiente para tanto?

Não estará sendo violada a doutrina a proteção integral à criança e a prioridade absoluta que a ela deve ser dirigida conforme exposto preceito constitucional?

Enfim, partindo do conceito de dano moral amplamente difundido na doutrina e na jurisprudência pátrias e considerando as normas legais e constitucionais já explicitadas, conferindo amplos direitos de filiação às crianças e expressos deveres de paternidade a ambos os pais, resta clara a possibilidade da configuração do dano moral neste caso.

Constatada no caso concreto a conduta do pai em não cumprir com os deveres que a paternidade responsável lhe impõe e não havendo qualquer justificativa comprovada para essa atitude, caracterizada esta a conduta lesiva e o ato ilícito praticado.

E, restando verificada dita violação à dignidade da criança como pessoa humana, não há como negar a possibilidade de condenação a título de danos morais, devendo o juiz quantificar a indenização com base nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, assim como já faz com todas as demais condenações de cunho não-patrimonial.

4) ANÁLISE DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Finalizando o estudo, cabe a análise de alguns precedentes encontrados na jurisprudência, simplesmente a título ilustrativo do debate que começa a se formar nos tribunais brasileiros.

Inicialmente, cabe citar o Recurso Especial 757.411/MG, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 29/11/2005 com relatoria do Ministro Fernando Gonçalves (2005), que 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”.

Note-se que a tese ainda dominante é a de que não é possível a configuração do dano moral quando não há comprovação da prática de ato ilícito, não sendo aceita a tese do abandono afetivo.

Embora o presente estudo não trate especificamente de abandono afetivo, mas sim de violação aos deveres da paternidade, o julgado citado se mostra de grande importância em razão do voto vencido do Min. Barros Monteiro que, pela primeira vez, em um Tribunal Superior brasileiro, abriu a divergência e reconheceu a possibilidade de ali se verificar uma conduta ilícita da parte do pai que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e dar-lhe o necessário afeto.

O entendimento tradicional exposto também encontra adeptos no Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, conforme se verifica no julgado 2009.005.00182, no qual a Desembargadora Maria Augusta Vaz (2009) nega de maneira incisiva a possibilidade de dano moral por abandono afetivo, afirmando que “O Direito se limita a

impor aos pais deveres de ordem material. Amor, afeto e carinho não são bens jurídicos tutelados pelo Direito, não se podendo impor aos pais uma ‘obrigação de amar’ os seus filhos, embora o abandono moral possa ser moralmente reprovável”.

Mais uma vez cabe ressaltar que não se deve limitar o estudo do dano moral nas relações parentais unicamente ao dano por abandono afetivo, sendo necessário ultrapassar o limite da simples falta de carinho e atenção para reconhecer a violação dos deveres efetivos de criação e educação.

Vale observar que também é possível encontrar entendimentos mais modernos sobre o tema, não sendo mais unânime no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a aludida corrente tradicional.

Em julgado recente, houve acolhimento da tese que admite o dano moral pela violação de deveres da paternidade com abandono moral da criança, com o argumento interessantíssimo de que a autora da ação, filha do réu, sofreu dano ao ser tratada em clara desigualdade com relação aos demais irmãos.

Restou comprovado que o pai, mesmo tendo conhecimento do nascimento da filha, nunca a prestou qualquer auxílio moral ou material, tendo somente reconhecido a paternidade anos depois mediante ação judicial.

O dano restou incontroverso quando a autora da ação comprovou que passou sua vida inteira em dificuldades financeiras, sendo, inclusive, analfabeta até a presente data, enquanto que seus irmãos, fruto do casamento do pai, tiveram toda a assistência necessária até o final do ensino superior.

No julgamento do recurso de apelação 2009.001.41668, interposto pelo genitor vencido na sentença de primeiro grau, concluiu a Desembargadora Ana Maria Oliveira (2009) que “Apelante que tinha conhecimento da existência da filha desde que

ela era criança, nada fazendo para assisti-la, diferente do tratamento dispensado aos seus outros filhos. Dano moral configurado”.

Dessa forma, ainda que de maneira gradual e cautelosa, é possível verificar o início de uma modificação de pensamento nos tribunais, a fim de abandonar a ideia tradicional da impossibilidade de dano moral pela violação dos deveres da paternidade.

Passa-se a aceitar que não se trata de uma patrimonialização do afeto coma tentativa de impor um preço ao amor paterno não conferido ao filho, mas sim de responsabilizar pais negligentes que não participam da educação e criação de seus filhos, violando seus direitos e atingindo sua dignidade.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeras inovações para o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente por colocar a pessoa humana e sua dignidade como vértice da proteção e tutela do direito vigente.

Além disso, a evolução do Direito de Família e das relações familiares nos tempos atuais exigem que a lei e a jurisprudência também acompanhem tais modificações, a fim de não negar o direito daqueles que a norma visa proteger.

Dessa forma, não se pode deixar de dar efetividade aos direitos expressamente previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, com a efetiva responsabilização dos pais que violam tais direitos em total negligência à sua prole.

O exercício da liberdade sexual com vontade e consciência livres, por ambas as partes da relação, gera para pai e mãe em igualdade de condições os deveres e responsabilidades inerentes à criança que de tal ato resultar.

Além disso, cumprimento dos deveres da paternidade e, da mesma forma, o respeito aos direitos de filiação, não são normas de cumprimento opcional e discricionário, devendo existir efetiva responsabilização para aqueles que negligenciam seus filhos de maneira injustificada.

Dessa forma, sendo possível verificar no caso concreto a existência de uma conduta paterna livre e consciente e, ao mesmo tempo, violadora de deveres da paternidade, deve ser também reconhecida a possibilidade de ofensa à honra da criança, com a consequente reparação pelo dano sofrido.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 757.411/MG. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Publicado no DJ 27/03/2006 p. 299.

BRASIL. Tribunal da Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes 2009.005.00182. Relatora Desembargadora Maria Augusta Vaz, julgamento em 30/06/2009.

BRASIL. Tribunal da Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2009.001.41668. Relatora Desembargadora Ana Maria Oliveira. Publicado em 30/10/2009.

CAVALIERI FLHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenadores). *A Ética da Convivência Familiar e sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.