

INTRODUÇÃO

Este breve estudo tem como finalidade propor uma reflexão acerca da possibilidade de incidência do dano moral decorrente da ausência injustificada da relação paterno-filial.

A escolha do tema deu-se em face de sua grande relevância na seara do Direito de Família e de decisões recentes que demonstram uma necessidade de aprofundamento em determinados fatos, considerando a grande responsabilidade do magistrado frente a questões tão delicadas para a criança, para o adolescente e para a sociedade.

No primeiro capítulo, será abordado o dano moral, tendo como primeiro item um breve panorama histórico acerca de sua evolução; em seguida, serão apontados os elementos da responsabilidade civil e mais adiante, no terceiro item, o conceito de dano moral conforme a doutrina e um subitem será dedicado ao arbitramento do valor indenizatório, englobando o reconhecimento do caráter sancionatório, punitivo ou pedagógico da indenização ou compensação por dano moral.

O segundo capítulo será destinado à relação paterno-filial, onde, no primeiro item, faz-se uma breve análise da evolução da entidade familiar até os dias de hoje, destacando-se o reconhecimento da igualdade entre filhos. O item seguinte traça um panorama acerca dos direitos da criança e do adolescente, considerados no passado como meros expectadores nas relações familiares até seu reconhecimento como sujeitos de direito, e, ainda, um subitem com uma breve abordagem sobre o instituto da paternidade responsável. Em seguida, no terceiro item, será focado o princípio da dignidade da pessoa humana que consiste em fundamento da República Federativa do Brasil e do próprio ordenamento jurídico, inclusive fundamento das indenizações por dano moral.

Por fim, o terceiro capítulo dedica-se à ausência da relação paterno-filial. No primeiro item, será realizada uma abordagem interdisciplinar, ou seja, um rápido comentário sobre importância do afeto no desenvolvimento psíquico, moral

e intelectual do ser humano. O segundo item será destinado à mediação familiar como um espaço para o diálogo, a ser conduzido por um profissional, procurando-se evitar qualquer rompimento definitivo e considerando-se a possibilidade de reconstrução dos laços afetivos entre pais e filhos ou ao menos a possibilidade da convivência entre ambos. Nesse sentido, podemos examinar a mediação familiar como “uma luz no fim do túnel”. O terceiro, e último item terá como objeto a análise de duas decisões recentes acerca do tema e algumas questões pertinentes levantadas pela doutrina, concluindo sobre a possibilidade de incidência do dano moral decorrente da ausência injustificada da relação paterno-filial.

1 DANO MORAL

1.1 BREVE PANORAMA HISTÓRICO

A sociedade evolui com o decorrer do tempo e questões que no passado não eram sequer imaginadas passam a fazer parte da vida do indivíduo. O direito como fenômeno jurídico é chamado a regular tais questões, possibilitando que o convívio social seja harmônico.

No caso da responsabilidade civil, não poderia ser diferente, considerando que se trata de um instituto aplicável em quase todos os ramos do Direito Civil. É importante destacar que contemporaneamente tem sido aplicado de maneira muito conveniente no âmbito do Direito de Família.

Entretanto, a doutrina tem encontrado dificuldade para construir um conceito de responsabilidade civil.

Inácio de CARVALHO NETO refere-se ao termo responsabilidade considerando que “... tem ele o significado de obrigação de reparar o dano”.¹

Com efeito, podemos classificar o dano como sendo material ou moral. O dano material atinge o patrimônio material do indivíduo.

Na concepção de Sílvio de Salvo VENOSA: “O dano patrimonial, portanto, é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização.”²

O dano material é passível de indenização, podendo o objeto lesionado retornar à situação em que se encontrava anteriormente à ocorrência do dano, ou então, a indenização trará a possibilidade de se adquirir outro. Quanto ao dano moral, este atinge o próprio indivíduo, e sua compensação não possibilita que o indivíduo retorne ao estado em que se encontrava antes de sua ocorrência. Sendo este um dos pontos principais da presente pesquisa, será abordado de maneira

¹ CARVALHO NETO, Inácio. **Responsabilidade civil no Direito de família**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 31.

² VENOSA Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4. p. 30.

mais minuciosa no decorrer do trabalho.

No que se refere à evolução histórica do dano moral, Clayton REIS traça um panorama detalhado sobre sua evolução no ordenamento jurídico pátrio e alienígena. Refere-se primeiramente ao Código de Hamurábi (rei da Babilônia), surgido na Mesopotâmia (1792 -1750 a.C.), cujo princípio geral era que o forte não prejudicará o fraco. Ainda hoje, encontra-se preservado no museu do Louvre, o código de Hamurabi, gravado em uma estrela de basalto negro.”³

É possível perceber que, nessa época, já havia uma preocupação com a igualdade e a justiça, onde a lei procurava dar proteção àquele considerado mais fraco.

Segundo Maria Helena DINIZ, houve um tempo em que a vingança era coletiva. Quando um indivíduo de determinado grupo era ofendido, o grupo se vingava do agressor. “Posteriormente evoluiu para uma vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos sob a égide da Lei de Talião, ou seja, a reparação do mal pelo mal.”⁴

Isso significa que o indivíduo que provocasse uma lesão no corpo de outro deveria sofrer a mesma lesão em seu próprio corpo. Se tivesse um membro mutilado, o indivíduo responsável pelo ato também-o teria. Esta ainda não era a solução adequada, visto que acabava por provocar a lesão em ambas as partes.

Clayton REIS menciona que a reparação do dano se dava mediante o axioma “olho por olho, dente por dente”. A pena de Talião era aplicada quando o agressor e a vítima pertenciam ao mesmo nível social. A forma utilizada na época para se reparar um dano era bem definida, já sendo possível inclusive repará-lo monetariamente. O valor pecuniário tinha a finalidade de retornar o bem lesado a seu *statu quo ante*, procurando reparar o sofrimento gerado na vítima pela ocorrência do dano e buscando eliminar o sentimento de conflito em relação ao grupo. Salaria que: “Portanto, a imposição de uma pena econômica consistia, sem dúvida, em uma forma de à custa da diminuição do patrimônio do lesionador

³ REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 9.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 10. v. 7.

(que por si só constitui uma pena), proporcionar à vítima uma satisfação compensatória”.⁵

Nunca é demais observar que retornar ao *statu quo ante* significa fazer com que o bem lesado retorne à situação em que se encontrava antes do dano sofrido como se este não houvesse ocorrido. No caso do dano moral, como mencionado anteriormente, isso não é possível, pois a lesão atinge a própria pessoa humana.

Quanto à possibilidade de eliminar o conflito entre o grupo, por meio do pagamento pecuniário, o objetivo maior era eliminar os sentimentos de vingança, que poderiam ameaçar a convivência entre seus integrantes.⁶

REIS ressalta que outro aspecto importante na evolução do dano moral foi o Código de Manu, que atualmente é utilizado na Índia. Manu, segundo reza a mitologia Hinduísta, foi o indivíduo que sistematizou leis sociais e religiosas dando origem ao referido Código. A diferença principal entre os dois Códigos era que o Código de Manu permitia apenas a compensação pecuniária, arbitrada pelo legislador. Ilustra que “... o bolso é a parte mais sensível do corpo humano, produz o efeito de obstar eficazmente o *animus* do delinqüente.”⁷

Observa que esta forma de reparação contém um sentimento cristão, mesmo tendo surgido antes do Cristianismo, porque evita que o agressor seja alvo da fúria vingativa do lesionado. O rei e o juiz aplicavam o código, mas este estava sujeito à revisão feita pelo rei que, se verificasse erro judiciário, poderia aplicar pena também ao juiz.⁸

Maria Helena DINIZ ensina que as bases da responsabilidade civil extracontratual foram estabelecidas pela *Lex Aquilia de Damo*, que previa a indenização pecuniária e trouxe a idéia de empobrecimento do lesante sem enriquecimento da parte lesada. Posteriormente passou-se a considerar também os danos ocorridos por omissão. Quanto à retaliação, esta passa a não ser mais incentivada porque acarretava prejuízo a todos os envolvidos. Passou-se então a fase da composição entre as partes, quando o autor da ofensa pagaria ao

⁵ REIS, Clayton. Op. cit., p. 10 - 11.

⁶ Esta tese foi adotada pelo alcorão, que além de reprimir a vingança estimula o perdão, conforme interessante observação feita pelo autor.

⁷ REIS, Clayton. Op. cit., p.12.

⁸ Ibid., p. 12 - 13.

ofendido certa quantia em dinheiro.⁹

A *Lex Aquilia de damo* veio a cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio particular do lesante suportasse o ônus da reparação em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa com fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente.¹⁰

Posteriormente a reponsabilidade civil além de subjetiva (fundada na culpa) passa a ser também objetiva (fundada no risco).

Sílvio da Salvo VENOSA entende que: “O decantado art. 159 (novo, art. 186) surgiu como corolário de uma longa e lenta evolução histórica. O conceito de reparar o dano injustamente causado somente surge em época relativamente recente da História do Direito.”¹¹

1.1.1 Influência do Direito Comparado

O estudo do Direito Comparado é relevante, haja vista a contribuição de diversos países do mundo, no decorrer da história, para o que hoje se entende como sendo dano moral, Instituto este, abarcado pela Carta Magna.

Esse tema merece ser estudado à luz dos ensinamentos de Clayton REIS. Entende o autor que a China não trouxe grandes contribuições para a evolução do dano moral, onde o imperador possuía direito de vida e de morte sobre seus súditos. Mas, em termos filosóficos, viveram na China homens notáveis em períodos importantes da história, merecendo destaque Kung-Tsé (Confúcio), com a célebre frase: “não faças a outrem o que não queres que te façam” e Lao Tse: “retribui inimizades com benefícios”. Ambos humanizaram o espírito Chinês.¹²

Também merece destaque o Egito, onde o poder concentrava-se nas mãos do faraó e das oligarquias religiosas. Exploravam o trabalho dos súditos, principalmente na construção de pirâmides. Os sacerdotes tiveram influência sob

⁹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 9 - 10.

¹⁰ Ibid., p. 10.

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 8.

¹² Ibid., p. 14.

um sistema rígido de leis, iniciavam os faraós na religião para que pudessem ascender ao trono. Havia uma sociedade organizada em que os delitos cometidos eram punidos de forma severa.¹³

Entretanto, a civilização grega é a mais marcante e expressiva de todos os tempos. Os ensinamentos políticos e filosóficos dessa época influenciam o homem até os dias atuais. Surgiram legislações de conteúdo político-filosófico que contribuíram culturalmente com esta civilização e com aquelas que a sucederam. Seus pensadores colaboraram imensamente com o sistema jurídico. Foi nesta região que surgiu pela primeira vez a idéia de democracia e a reparação de dano era pecuniária.¹⁴

No que se refere a Roma, o dano era ressarcido monetariamente e havia uma clara noção do que eram delitos públicos e privados. Os delitos públicos eram punidos de forma mais severa, pois um dos envolvidos era o Estado, em que se assentava a estrutura político-econômico-social na época. O direito se dividia da seguinte forma: Legislação Justiniana (528 a 534 a. C). Esta se subdividia em: As Institutas, O Codex Justinianus e o Digesto ou Pandectas; Lei das XII Tábuas (450 a.C) e Lex Aquilia (286 a.C). A reparação era pecuniária e arbitrada pelo juiz, o que importava era a ocorrência do dano e não como havia ocorrido. No § 9º da Lei das XII Tábuas, lia-se: “Aquele que causar dano leve indenizará 25 asses”.¹⁵

Na Alemanha, antes do BGB Alemão (1900), aplicavam-se regras da Lei das XII Tábuas. Com o BGB Alemão passou-se a admitir a possibilidade de reparação do dano moral, embora criticado por parte da doutrina, como Savigny. Os direitos inerentes ao próprio homem localizavam-se num âmbito transcendente aos demais direitos, estando fora do alcance da proteção dos direitos comuns. Já Karl Larenz considerava possível à reparação, mas apenas nos casos previstos em lei.¹⁶

No caso da Itália, admitia-se a exposição do agressor à sede de vingança do ofendido, mas a vingança poderia ser substituída pelo pagamento em

¹³ Ibid., p. 15.

¹⁴ Ibid., p. 16.

¹⁵ Ibid., p. 16 - 17.

¹⁶ Ibid., p. 10.

pecúnia.¹⁷

O direito francês também sofreu influência do direito romano. Esse direito não conhecia a culpa que é aspecto subjetivo do dano. Reparava-se o dano pela comprovação da lesão. Apenas no século XVII surgiu na França a noção próxima do que hoje é a reparação de dano.¹⁸

Diante dos aspectos abordados, pode-se entender a evolução do sentido de reparação de um dano, no decorrer da história, em que primeiramente era admitida apenas a reparação de danos materiais.

A reparação do dano moral surgiu posteriormente, ainda assim de forma incipiente. No início, a reparação de danos morais era cumulada com danos materiais, apenas mais tarde tornou-se possível a reparação de danos exclusivamente morais. Contudo, essas legislações contribuíram de forma valiosíssima para que se chegasse à atual legislação referente à responsabilidade civil.

Contribuição inclusive no sentido filosófico, que permitiu ao homem evoluir enquanto pessoa humana, quando se proibiu a justiça feita com as próprias mãos e se procurou apaziguar os sentimentos de vingança, com o intuito de preservação da paz social. Passou-se da permissão da vingança ao incentivo ao perdão, da justiça feita com as próprias mãos, à proteção do Estado.

Quanto ao ordenamento pátrio, Luiz Roldão de Freitas GOMES, citando Caio Mario da Silva PEREIRA, sintetiza o estudo do Direito brasileiro pré-codificado em três fases. Na primeira fase, o direito romano era importante para as Ordenações do Reino e era aplicado subsidiariamente ao direito pátrio. A segunda fase é inaugurada pelo Código Criminal de 1830, onde a noção de ressarcimento está presente no instituto da satisfação. A terceira fase inicia-se com a oposição à idéia de que a responsabilidade civil poderia estar geminada à responsabilidade criminal.¹⁹

Maria Cecília Naréssi Munhoz AFORNALLI menciona que o Código Civil

¹⁷ Ibid., p. 21 - 23.

¹⁸ Ibid., p. 24.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Elementos de responsabilidade civil** apud GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 18.

Alemão influenciou de maneira marcante o Código Civil Brasileiro, que nasceu em meio ao liberalismo, influenciando todas as relações sociais da época, quando predominava o individualismo. O direito de propriedade era o centro do Código. Predominava no sistema jurídico o patrimonialismo e os direitos do homem eram uma espécie de aparato.²⁰

Posteriormente verificou-se que o sistema não era adequado à questão referente à proteção da personalidade, que garante a concretização de direitos essenciais, entre eles, direito à vida, honra e intimidade. Nesse sentido, houve a chamada contitucionalização do direito civil em que institutos do direito civil passaram a ser contemplados pela constituição.²¹

Assim, direitos que eram contemplados apenas pelo código civil ganham *status* de direito constitucional, ocupando posição privilegiada no ordenamento jurídico.

Conforme AFORNALLI, o homem ainda precisa ser colocado no centro do direito civil, de acordo com a determinação constitucional que pretende a plena promoção da dignidade da pessoa humana. A pessoa humana e seus direitos fundamentais merecem prioridade no Código Civil, promovendo, dessa forma, a repersonalização do direito civil. Essa é a tendência dos grandes países, inclusive do Brasil, que inseriu, no Código Civil de 2002, um capítulo referente aos direitos de personalidade.²²

A tutela aos direitos de personalidade é de fundamental importância, e sua ofensa pode acarretar o dever de reparação, previsto no art. 186 do Código Civil Brasileiro: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

²⁰ AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito à própria imagem**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 20.

²¹ Id.

²² Ibid., p. 21.

1.2 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No entendimento de Maria Helena DINIZ, para que se configure o instituto da responsabilidade civil, deve-se verificar: a existência de uma ação comissiva ou omissiva, a ocorrência de um dano patrimonial ou moral e o nexo de causalidade entre o dano e a ação. Assevera a autora que: "Bastante difícil é a caracterização dos pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil, ante a grande imprecisão doutrinária a respeito. Deveras, díspares são as conclusões dos juristas sobre os elementos imprescindíveis à caracterização da responsabilidade civil..."²³

A ação comissiva ou omissiva precisa ser qualificada juridicamente como ato ilícito ou lícito. Além da culpa, o risco também é fundamento da responsabilidade civil. A regra básica é que a obrigação de indenizar por atos ilícitos provém da culpa.²⁴

Gustavo TEPEDINO menciona que:

O CC, repetindo a orientação do CC de 1916, estabelece cláusula geral de responsabilidade subjetiva, ou seja, responsabilidade civil fundada no ato ilícito. Conforme consagrado entendimento doutrinário, o ato ilícito pode ser decomposto em três elementos, a saber: i) conduta dolosa ou culposa contrária à norma jurídica, ii) dano e iii) nexo de causalidade entre a conduta e o dano.²⁵

O dano é elemento essencial do ato ilícito, que pode ser definido como lesão a um bem jurídico, que para ser indenizável é preciso que seja certo (determinado ou determinável) e atual (já ocorrido na época da responsabilização). Este último elemento tem sido ampliado pela doutrina, pois existem casos em que se considera a possibilidade de ocorrência, como nos casos de pessoas expostas à radioatividade. Não significa que tais elementos deixem de ser considerados, mas que em alguns casos pode ocorrer sua

²³ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 37.

²⁴ Ibid., p. 38.

²⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1. p. 333.

relativização.²⁶

Vale mencionar que a responsabilidade civil hoje também é baseada no risco (responsabilidade civil objetiva). No que se refere à necessidade de que a lesão seja certa e atual, a interpretação ampla realizada pela doutrina demonstra a evolução na concepção desse quesito.

Outro elemento importante para configuração da responsabilidade civil é o nexo causal, que se refere ao vínculo entre a ação ou omissão do agente e o dano ocorrido.

TEPEDINO ensina que: "... o nexo de causalidade liga a conduta do agente ao dano sofrido pela vítima. Para que surja o dever de indenizar, é preciso que o dano verificado seja conseqüência da ação ou omissão do agente."²⁷

Sílvio de Salvo VENOSA menciona que o nexo causal ou nexo etiológico ou ainda relação de causalidade derivada de leis naturais "... é o liame que une a conduta do agente ao dano". É possível determinar o causador do dano com a análise da relação causal.²⁸

1.3 CONCEITO DE DANO MORAL SEGUNDO A DOUTRINA

Sérgio CAVALIERI FILHO ressalta que a principal questão do momento ainda consiste em conceituar dano moral. A partir desse conceito será possível resolver todas ou quase todas as questões referentes ao tema. Há autores que conceituam dano moral por exclusão, como sendo todo dano que não seja de ordem material. Outros, que o consideram como sendo uma dor da alma, que abarca sentimentos como dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação.²⁹

Entretanto, salienta que a Constituição deve balizar todos os conceitos tradicionais de dano moral, ou seja, devem ser revistos sob a luz da Constituição. Nas palavras do autor:

²⁶ Ibid., p. 334.

²⁷ Ibid., p. 339.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 39.

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 101.

Assim é porque a atual Carta, na trilha das demais Constituições elaboradas após a eclosão da chamada *questão social*, colocou o homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando seu direito no fio condutor de todos os ramos jurídicos. E, ao inserir em seu texto, normas que tutelam os valores humanos, a Constituição fez também estrutural transformação no conceito e valores dos direitos individuais e sociais, o suficiente para permitir que a tutela desses direitos seja agora feita por aplicação direta de suas normas. Ninguém desconhece que as normas constitucionais, por serem de hierarquia superior, balizam a interpretação e aplicação de toda legislação infraconstitucional, de sorte a não ser possível aplicar esta em desarmonia com aquelas.³⁰

Portanto, a normas constitucionais podem ser aplicadas diretamente, principalmente no que se refere à proteção da pessoa humana. Quanto aos demais diplomas legais, devem ser interpretados sempre à luz da Constituição.

Clayton REIS lembra que a constatação da existência de um dano passível de reparação, e que não é material, foi um marco na evolução social porque possibilitou a proteção de valores que fazem parte da personalidade humana e do espírito humano. Valores que balizam a vida do homem no decorrer de sua história e ressalta: “Sempre que ocorrer ofensa aos direitos da personalidade, que causem no ofendido aflições, humilhações ou profunda dor íntima, haverá um dano de natureza não patrimonial e o conseqüente dever de indenizar.”³¹

É possível constatar que são inúmeros os direitos que podem ser englobados no conceito de dano moral, o que demonstra a impossibilidade de se elaborar um conceito definitivo.

Para Sílvio de Salvo VENOSA: “Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, (...) será moral um dano que ocasiona distúrbio anormal na vida do indivíduo, uma inconveniência ou um desconforto comportamental a ser examinado a cada caso.”³²

Afetar o ânimo psíquico do indivíduo pode ser entendido como provocar uma dor íntima, de tal forma, que lhe traga uma desordem ou desalento tornando sua vida mais difícil, menos prazerosa.

³⁰ Id.

³¹ REIS, Clayton. Op. cit., p. 59.

³² VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 33 - 34.

Maria Celina Bodin de MORAES conceitua dano moral, levando em conta o entendimento atual da doutrina e da jurisprudência acerca do tema.

Assim, no momento atual, doutrina e jurisprudência dominante tem como adquirido que o dano moral é aquele que, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos. Isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais entre outros. O dano é ainda considerado moral, quando os efeitos da ação embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza, humilhação à vítima trazendo-lhe sensações e emoções negativas. Neste último caso, diz-se necessário, outrossim, que o constrangimento, a tristeza, a humilhação, sejam intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos aborrecimentos e dissabores do dia-a dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana.³³

Gustavo TEPEDINO ao referir-se ao conceito de dano moral salienta:

De forma geral, destacam-se duas grandes orientações doutrinárias: i) a que com base no ordenamento constitucional (CF, art. 1º, III), sustenta ser o dano moral uma ofensa à cláusula geral de tutela da pessoa humana (Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à Pessoa Humana*, pp. 184 e ss.); e ii) a que entende o dano moral como qualquer sofrimento ou incômodo humano que não é causado por perda pecuniária: “ a dor , o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado (Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil* , p. 730).³⁴

CAVALIERI FILHO, acerca do tema, faz menção ao princípio da dignidade da pessoa humana. É imprescindível destacar o entendimento deste conceituado autor. Menciona o inciso III do art. 1º da Constituição que coloca como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, é o que o autor denomina direito subjetivo constitucional à dignidade, que é a essência de todos os direitos personalíssimos e consiste na base de todos os valores morais, concedendo ao dano moral maior dimensão e uma nova feição.³⁵

Como não poderia deixar de ser, o fundamento para a compensação dos danos morais é a dignidade da pessoa humana, que contempla os direitos de

³³ MORAES, Maria Celina Bodin. **Dano à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 157- 158.

³⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 335 - 336.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 101.

personalidade.

Maria Helena DINIZ classifica o dano moral como sendo indireto àquele que se refere à lesão a um interesse de satisfação ou gozo a um bem patrimonial, como a perda de um bem com valor afetivo; quanto ao dano moral direto destaca a autora: “O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa à satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos de personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, à própria imagem) ou os atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família).³⁶

Ensina CAVALLIERI FILHO que todos os preceitos constitucionais referentes aos direitos da pessoa humana têm como fundamento o direito à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o dano moral pode ser conceituado, em sentido estrito, como violação do direito à dignidade. É nesse sentido que a plena reparação do dano moral encontra previsão legal nos art. 5º, V e X da Constituição Federal.³⁷

Art. 5ºinciso V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material e moral ou à imagem; inciso X: são invioláveis: a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

O autor sustenta que humilhação, vexame, sofrimento e dor podem ser consequências e não causas do dano moral. É possível ocorrerem sentimentos de humilhação, sofrimento, vexame e dor sem que necessariamente haja ofensa à dignidade humana, ou então, é possível ofensa à dignidade humana sem humilhação, sofrimento, vexame ou dor.³⁸

Assevera CAVALLIERI FILHO que:

Com essa idéia abre espaço para o reconhecimento de dano moral em relação a várias situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como se dá com doentes mentais, às pessoas em estado vegetativo ou comatoso, crianças de tenra idade e outras situações tormentosas. Por mais pobre e humilde que seja

³⁶ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 86.

³⁷ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p 101.

³⁸ Id.

uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada.³⁹

A tutela do dano moral encontra-se estendida a todos os bens personalíssimos, preferindo denominá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, em razão de sua natureza imaterial. No que se refere à avaliação pecuniária, pode apenas ser compensado, representando uma satisfação e não uma indenização.⁴⁰

1.3.1 Do Valor Indenizatório

Sílvio de Salvo VENOSA reconhece que o dano moral ganhou maiores contornos com a Constituição de 1988. Antes dela, a jurisprudência ainda resistia em aceitar a reparação de danos exclusivamente morais.⁴¹

Para o autor, na análise do dano moral, é importante ponderar o que realmente ocorreu. Salienta que:

Aqui também é importante o critério objetivo do homem médio, *o bonus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal.⁴²

Marcus Geraldo Porto de OLIVEIRA afirma que:

A delimitação dos danos morais deve ter como parâmetro as lesões da consciência, decorrentes da responsabilidade civil por danos a pessoa, considerados como tema autônomo, distintos da reparação por danos materiais já esboçados na doutrina. A consciência pode ser lesada nos danos físicos, psíquicos, individuais, sociais, familiares, relativos à capacidade de contemplação, prazeres, de projetar, sentir, amar, estado de saúde e outros. Estes danos podem ter conseqüências patrimoniais ou espirituais, sempre

³⁹ Id.

⁴⁰ Ibid., p. 101 - 102.

⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 33

⁴² Id.

justificando o arbitramento da reparação em dinheiro ou mediante outra forma. Os danos podem ser transitórios ou definitivos, conforme o caso, e isto também é importante para o arbitramento.⁴³

Existem divergências doutrinárias quanto ao caráter punitivo ou sancionatório do dano moral. Parte da doutrina considera que o pagamento do valor indenizatório não deve ser considerado como sanção ao agente, pois nesse caso poderá ocorrer o enriquecimento ilícito.

Em contrapartida, a opinião dominante é no sentido de que o valor pecuniário pago à vítima constitui uma sanção ao agente, haja vista a diminuição de seu patrimônio. Inclusive há um caráter educativo ou pedagógico que colabora para que o indivíduo não tenha a conduta reiterada e sirva como exemplo para a sociedade.

Gustavo TEPEDINO menciona que para a quantificação do dano moral a doutrina tem fixado critérios como: gravidade do dano, da culpa, a condição econômica do ofendido, o que introduz um caráter punitivo impróprio no terreno da responsabilidade civil. Nos Estados Unidos defende-se o caráter punitivo do dano moral (*punitive damages*), no sistema brasileiro, o tema ainda é controverso, onde parte da doutrina considera a necessidade de específica previsão legal em relação a seu aspecto punitivo.⁴⁴

Sílvio de Salvo VENOSA não compactua da mesma opinião, considera o dano moral incomensurável, ou seja, não é possível medi-lo, portanto, insuscetível de avaliação pecuniária. A reparação pecuniária seria apenas um consolo para a dor. O caráter punitivo, apesar de não ser a finalidade principal desta espécie de indenização é de extrema importância. Conforme determina o art. 944 do Código Civil: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.⁴⁵

Clayton REIS também defende o caráter punitivo ou sancionatório da indenização. Entende que a pena pecuniária é um exemplo marcante para o indivíduo causador da lesão, tem um sentido de punição porque diminui seu

⁴³ OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. **Dano moral**: Proteção jurídica da consciência. Leme: Editora de Direito, 1999. p. 70.

⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 337.

⁴⁵ Ibid., p. 35.

patrimônio material.⁴⁶

Maria Cecília Naréssi Munhoz AFORNALLI ensina que, na compensação do dano moral ou extrapatrimonial, deve-se considerar dois aspectos: a gravidade do dano e o desestímulo de práticas que lesionem direitos de personalidade.⁴⁷

É fundamental que o magistrado se atenha às características de personalidade do autor do dano, quando a finalidade é dar um caráter punitivo à indenização, aspecto hoje valorizado pela doutrina e jurisprudência. Para que a indenização tenha eficácia pedagógica, deve-se tocar em pontos que são sensíveis ao autor do dano.⁴⁸

Vale ressaltar que nem sempre os autores utilizam os mesmos termos para referir-se à indenização por danos morais. Há autores que preferem utilizar o termo compensação quando se refere a danos morais, devido à própria etimologia do termo *indene* já abordado anteriormente.

VENOSA, ao referir-se ao limite do valor indenizatório, argumenta que esse objetivo almejado pelo legislador não poderá ser atingido se o magistrado estiver atado a um limite imposto para o valor da indenização. Outro aspecto analisado, referente ao tema, é que em cada caso deve-se buscar o equilíbrio. A indenização não pode provocar a pobreza do indivíduo causador do dano. Isto porque diante da miséria e da má distribuição de rendas que assola o país, teríamos mais um problema social.⁴⁹

Na categoria de danos morais, encontram-se inseridos os danos psicológicos, cujos sintomas podem ser percebidos, como: modificação de personalidade, depressão, etc. No sentido lato, o dano moral pode não se apresentar em forma de variação psíquica, mas em forma de padecimento moral ou dor, que pode não ser perceptível.

Ressalta VENOSA que "... a dor moral insere-se no amplo campo da teoria dos valores. Desse modo, o dano moral é indenizável, ainda que não resulte de alterações psíquicas (...) o desconforto anormal decorrente de conduta do

⁴⁶ REIS, Clayton. Op. cit., p. 90.

⁴⁷ AFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. Op. cit., p. 79.

⁴⁸ Ibid., p. 81.

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p.35.

ofensor é indenizável.”⁵⁰

No que se refere à prova, não há regra geral a ser seguida para sua apreciação porque se trata de aspecto imaterial. Neste caso o juiz deve utilizar-se de sua experiência. Situações especiais poderão exigir alguma espécie de exame probatório em relação à personalidade do ofendido e de circunstância referente à conduta do ofensor.⁵¹

Quanto ao montante da indenização, é necessário levar-se em conta a situação econômica de ambos envolvidos. A indenização não pode representar nem donativo ou esmola, nem premiação. No caso do dano moral, esse tem caráter compensatório. E esclarece: “Há um duplo sentido na indenização por dano moral: ressarcimento e prevenção. Acrescente-se ainda o cunho educativo que essas indenizações apresentam para a sociedade.”⁵²

A estipulação do valor é uma atividade complexa para o magistrado que normalmente confere certa discricionariedade aos tribunais, em que os julgados acompanham as tendências sociais da época. As decisões deverão sempre se basear no bom senso, não deve ser insignificante e nem acarretar o enriquecimento ilícito. Tradicionalmente a indenização é estipulada com base no dano e não no grau da culpa. Poderá ocorrer, entretanto, que a indenização seja efetuada em valor elevado devido ao grau de culpa.⁵³

Nunca haverá equivalência perfeita entre a lesão e a indenização, o magistrado deverá guiar-se pelo princípio da razoabilidade. A jurisprudência tem exercido papel de fonte formal do direito ao criar parâmetros para avaliação do dano moral. Nos países da *common law*, a indenização por danos morais tem caráter de ressarcimento e prevenção.⁵⁴

Lembra o autor que, no passado, os tribunais utilizavam por analogia a Lei de imprensa (nº 2.250/69) e o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62). Essas Leis foram utilizadas apenas como base para fixação do valor da indenização, porque no caso do dano moral, cada indivíduo poderá ser atingido de

⁵⁰ Id.

⁵¹ Id.

⁵² Ibid., p. 198 e 207.

⁵³ Ibid., p. 200.

⁵⁴ Ibid., p. 201.

maneira diferente pela mesma situação. O caso concreto deverá ser avaliado pelo magistrado, verificando a extensão da lesão, provas, realidade social e sua experiência.⁵⁵

Portanto, no caso dos danos materiais, um sistema tarifário poderia ser útil ao estabelecer valores de acordo com a extensão do dano sofrido pela vítima. Mas no caso dos danos morais, tal sistema poderia prejudicar a distribuição da justiça social, porque o mesmo fato danoso será experimentado de forma diferente por indivíduos diferentes.

Gustavo TEPEDINO considera a quantificação da indenização por danos morais assunto controverso, sendo que os valores são arbitrados pelo juiz, mas muitas vezes há grande disparidade entre estes valores.⁵⁶

Pode-se observar que não há um único critério para quantificação do dano moral, o juiz freqüentemente baseia-se em decisões de tribunais para determinar os valores a serem pagos.

⁵⁵ Ibid., p. 207e 209.

⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 337.

2 RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

2.1 A ENTIDADE FAMILIAR

Determina o art. 226 da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

No que se refere ao sentido etimológico do vocábulo família, Eduardo de Oliveira LEITE acredita que possa ter derivado do termo *famulus*, de origem romana. Há indícios de que o termo tenha surgido da palavra *osca famel*, cujo significado é escravo. E ao que tudo indica, abrangia todas as pessoas que se encontravam sob as ordens do *pater familias*, tanto os servos quanto os parentes que estavam subordinados a sua autoridade.⁵⁷

Quanto ao conceito de família, atualmente pode ser entendido num sentido amplo, em que família são todas as pessoas originadas de um tronco ancestral comum, ligadas pelo vínculo de sangue. Num sentido limitado, refere-se aos consaguíneos em linha reta e colaterais sucessíveis até quarto grau. Num sentido estrito se restringe aos pais e sua prole.⁵⁸

No passado, a família era patriarcal e hierarquizada, onde pai era seu representante e detinha a autoridade, tendo direito de vida e morte sobre seus membros.

Leciona Carlos Roberto GONÇALVES que o *pater familias* tinha total direito sobre seus descendentes. A mulher, devido a sua situação de subordinação, podia ser repudiada pelo marido, se esta fosse sua vontade. O ascendente mais velho e comum era juiz, chefe político e sacerdote e a família representava uma unidade jurisdicional, religiosa, política e econômica. A concepção cristã de família surgiu por volta do século IV, com o Imperador Constantino, momento em que se passou a discutir questões de ordem moral. A família romana começa a

⁵⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**: Direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5. p. 23.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 24.

evoluir e a autoridade do *pater* aos poucos diminui e conseqüentemente aumenta a autonomia dos filhos e das mulheres.⁵⁹

O cristianismo, ao que tudo indica, disciplinou de certa forma a organização familiar, principalmente no que se refere à autoridade do *pater*, que permaneceu ocupando uma posição hierarquicamente superior em relação aos demais integrantes do grupo, entretanto, já submetido a determinadas regras morais, o que facilitava a convivência familiar.

Segundo Jaqueline Filgueiras NOGUEIRA, em Roma existiam duas espécies de parentesco: “o parentesco da *agnatio*, da linhagem paterna mesmo sem vínculo sanguíneo, todos os submetidos aos poderes do chefe do grupo familiar, os descendentes masculinos do *pater familias*, a mulher *in manu*, os filhos adotados, parentesco de cunho civil; e os *cognatios*, parentesco de sangue remetidos à linhagem feminina.”⁶⁰

A família foi influenciada por mudanças sociais e não permaneceu estática. Os próprios meios de subsistência evoluíram. O trabalho que era essencialmente desenvolvido no meio rural e realizado por todos os membros da família, com o processo de urbanização e desenvolvimento das indústrias, passou a ser desenvolvido nos centros urbanos, para onde as famílias migraram, em busca de melhores condições de vida, o que provocou importantes mudanças em sua estrutura.

Disserta NOGUEIRA que a família deixa de ser uma grande família para se tornar uma família nuclear, devido às novas tendências e valores. O número de filhos começa a ser reduzido, as atividades passam a ser desenvolvidas fora do ambiente doméstico, provocando uma separação entre lar e trabalho. Um dos principais fatos responsáveis por essas modificações no âmbito familiar foi a alteração das condições de vida da mulher, que passou a compor o mercado de trabalho. Mudanças também ocorreram em relação aos filhos, que não mais eram

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2006. v 6. p. 14.

⁶⁰ NOGUEIRA, Jaqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói**: O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 26.

divididos quanto ao sexo e idade, e aos poucos começaram a ser reconhecidos e valorizados como pessoa, mesmo que de forma mínima.⁶¹

A concepção atual de família sofreu influência da família romana, canônica e germânica. Devido à colonização lusa, nosso direito sofreu o reflexo das Ordenações Filipinas. O Direito de Família apenas recentemente passou a seguir seus próprios rumos, devido às transformações culturais, sociais e históricas que sofreu.⁶²

A certeza e a estabilidade das relações jurídicas familiares é uma preocupação do ordenamento jurídico, por isso regula as bases fundamentais dos institutos pertencentes ao direito de família. Nesse sentido, algumas vezes a lei concede liberdade de escolha ao particular (administração do patrimônio, formação cultural, crença religiosa, etc.), mesmo assim essas concessões são relativas. O Direito de Família tem como certo que os vínculos são impostos e as facilidades conferidas, mais para impor deveres do que para atribuir direitos. O Estado intervém cada vez mais no Direito de Família com o objetivo de conceder às gerações futuras maior proteção e melhores condições de vidas.⁶³

Com o passar do tempo, a noção de família foi ampliada pelo ordenamento jurídico que passou a considerar não apenas aquelas originadas do casamento, mas outras formas de composição como, por exemplo, aquelas formadas por apenas um dos pais e os filhos (monoparentais) e as uniões estáveis.

Menciona Eduardo de Oliveira LEITE que: “Além da família constituída pelo casamento civil ou religioso (art. 226§§ 1º e 2º) o constituinte de 88 reconheceu as entidades familiares como gênero maior que engloba ainda as uniões estáveis (art. 226 §§ 3º) e as famílias monoparentais (art. 226 § 4º), todas passíveis da proteção estatal...”⁶⁴

A família é uma realidade sociológica que constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousam todas as organizações sociais. Em

⁶¹ Ibid., p. 42 e 43.

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 16.

⁶³ Ibid., p. 10 e 11.

⁶⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito...**, p. 25.

qualquer aspecto em que é considerada, aparece à família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado.⁶⁵

No que se refere ao filho, o legislador constitucional passou a considerá-lo como verdadeiro participante das relações familiares e não apenas um objeto dessas relações.⁶⁶

Os filhos aos poucos deixam de ser meros expectadores daquilo que se passa no meio familiar e começam a ser encarados como seus integrantes.

É possível considerar que um dos aspectos mais importantes dessa transição, senão o mais importante, foi o reconhecimento da igualdade entre filhos, que há bem pouco tempo atrás eram reconhecidos conforme a situação de seus pais, ou seja, os filhos eram visto através dos pais.

Aponta o art. 227§ 6º da Constituição Federal: “Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. “

Rolf MADALENO considera que: “Finalmente, a Carta Federal resgata a dignidade da descendência brasileira, deixando de classificar filhos pela maior ou menor pureza das relações sexuais, legais e afetivas de seus pais, quando então, os filhos eram vistos e classificados por uma escala social e jurídica direcionada a discriminar descendente por conta dos equívocos ou pela cupidez de seus pais.”

⁶⁷ Isso ocorreu com base no princípio da dignidade da pessoa humana e no reconhecimento do afeto como valor jurídico. Os filhos, que num passado recente eram classificados em legítimos, ilegítimos, espúrios, adotados, adulterinos, quando apenas aqueles nascidos dentro do casamento poderiam ser reconhecidos como tal, não sem tempo, ganharam *status* constitucional igualitário.

Disserta Maria Berenice DIAS que:

Os filhos havidos fora do casamento eram rotulados de “espúrios” e não podiam ser reconhecidos, o que isentava o pai de qualquer obrigação em relação a eles. Era impossível o que se chamava pelo feio nome de “remaridação”. Mesmo perdurando relações extramatrimoniais, por muitos anos, com extensa prole e

⁶⁵ Ibid., p. 1.

⁶⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito...**, p.8.

⁶⁷ MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no direito de família**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2000. p. 39

aceitação social, tais vínculos não geravam qualquer consequência jurídica. Simplesmente não eram reconhecidos pelo Direito.”⁶⁸

Segundo Jaqueline Filgueira NOGUEIRA:

A Carta de 1988 consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º III), que antecede todo texto constitucional. Sendo assim, a realização do indivíduo não tem supremacia sobre o grupo, a proteção a todas as pessoas que constitui o grupo deve ser realizada de forma igualitária, pois a desigualdade atinge diretamente a dignidade. Igualmente institui a família como base da sociedade, com especial proteção do Estado (art.226) e assegura absoluta prioridade à criança e ao adolescente.⁶⁹

O instituto do reconhecimento da igualdade entre filhos é denominado de isonomia constitucional de filiação, e encontra previsão legal também no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.2 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITO

Reza o art. 227 da Constituição Federal:

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-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Apesar de toda transição e mudanças de paradigma sofridas pela sociedade e conseqüentemente pelo Direito ao longo do tempo, tardou para que a criança e o adolescente fossem reconhecidos como sujeitos de Direito.

Antonio CHAVES registra que a primeira manifestação internacional referente aos direitos dos menores foi a Declaração de Genebra de 1924.⁷⁰

Em 20 de novembro de 1959, a ONU adotou um dos documentos mais importantes para a civilização humana, a Declaração Universal dos Direitos da

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. Era uma Vez. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 17.

⁶⁹ NOGUEIRA, Jaqueline Filgueira. Op. cit., p.46.

⁷⁰ CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente**. 2 ed. São Paulo: LTR, 1997. p. 33.

Criança. Esse documento foi de importância fundamental para o reconhecimento e a proteção dos direitos da criança, reconheceu que a criança necessita de cuidados especiais e proteção antes e após seu nascimento devido a sua imaturidade física e mental e que é dever da humanidade dedicar a ela o melhor de seus esforços.⁷¹

A Declaração Universal dos Direitos da Criança tem como base onze princípios: o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual da criança; o direito à nacionalidade; benefícios à previdência social, garantindo alimentação, assistência médica, saúde, recreação; atenção e cuidados especiais às crianças portadoras de incapacidade mental, física e social; proibição de separação da mãe, exceto em casos especiais, cuidando para que seja criada num ambiente seguro material e moralmente e principalmente de afeto; educação compulsória e gratuita; direito de distrair-se e de brincar; em caso de necessidade deverá ser a primeira a receber proteção e socorro; proteção contra todas as espécies de exploração, crueldade e negligência; não deve ser empregada em atividade laboral antes da idade mínima; especial proteção para que não seja vítima de atos discriminatórios em relação à raça, religião ou qualquer espécie de preconceito.⁷²

O ano de 1979 foi declarado Ano Internacional da Criança, quando um grupo de trabalho, organizado pela ONU, elaborou o texto da Convenção dos Direitos da Criança, subscrita em 20 de novembro de 1989. Essa Convenção foi de extrema relevância para a defesa internacional dos direitos da criança, principalmente por determinar que os países signatários da Convenção eram obrigados a adaptarem as normas de suas legislações internas.⁷³

A Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente tem como princípios básicos: a proteção especial da criança e do adolescente, pois, são seres em desenvolvimento; o reconhecimento da família como lugar ideal para seu desenvolvimento e, além disso, que todas as Nações os reconheçam como prioridade.⁷⁴

⁷¹ Id.

⁷² Id.

⁷³ Ibid., p. 34.

⁷⁴ Id.

Em 29 de novembro de 1985, as Nações Unidas adotaram as Regras Mínimas de Bejing, que se trata de acordo moral sem caráter obrigatório, com a intenção de reafirmar este compromisso.⁷⁵

Jacqueline Filgueiras NOGUEIRA menciona que a Declaração Universal dos Direitos da Criança teve a Convenção de Genebra como base para sua elaboração. Foi assinada pelo Brasil, entretanto, representava para os signatários princípios a serem seguidos e não obrigações. Posteriormente, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança declarou que a infância deve ser considerada prioridade absoluta e imediata e merecedora de especial consideração, devendo ter seus direitos fundamentais protegidos e sobrepostos às medidas de ajustes econômicos efetuadas pelo Estado.⁷⁶

O Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, denominada também de Pacto de San José, que entre outras coisas, determina que a condição de criança requer medidas de proteção da família e do Estado, que esta proteção consiste em direito do menor. O princípio do maior interesse da criança também foi reafirmado pela Convenção e determina que o ambiente ideal para a criança é a família, onde deverá receber a proteção e os cuidados necessários para que possa assumir suas responsabilidades dentro da comunidade. É dever dos pais concretizar tais garantias e, na falta dos pais, é dever do Estado por meio de serviços de atendimento e instituições.⁷⁷

A Convenção foi proclamada pelo Presidente da República e transformada em lei interna. Nessa época a Assembléia Nacional Constituinte estava desenvolvendo o Estatuto da Criança e do Adolescente e compatibilizou suas regras com as da Convenção.⁷⁸

Em 24 de setembro de 1990, a 45ª Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas contou com a participação do então Presidente da República Fernando Collor de Mello, que discursou colocando a criança e o jovem no topo da lista de prioridades do governo e salientou que era seu dever amparar os setores

⁷⁵ Id.

⁷⁶ NOGUEIRA, Jaqueline Filgueira. Op. cit., p. 168.

⁷⁷ Ibid., p. 169.

⁷⁸ Id.

mais vulneráveis da sociedade. Parte da dívida externa brasileira foi direcionada para investimentos sociais. Defendeu o Presidente, que a dívida externa piora a situação de miséria e agrava os problemas já existentes nos países menos desenvolvidos, e que isto é responsabilidade de todos inclusive dos países desenvolvidos.⁷⁹

No que se refere aos direitos da criança e do adolescente, Antônio CHAVES faz uma crítica ao ordenamento jurídico brasileiro, salientando que nossas constituições anteriores eram detentoras de um vício histórico, pois os direitos das crianças estavam vinculados aos direitos dos pais, mesmo após a consagração da Declaração Universal dos Direitos da Criança, da qual o Brasil foi signatário.⁸⁰

Em 12 de outubro de 1990, entrou em vigor no Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, sancionado pela Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, em respeito aos compromissos internacionais assumidos e ao que determina o art. 227 caput da Constituição Federal.⁸¹

Os Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil tiveram como inspiração as Convenções Internacionais que orientaram a Constituição de 1988. Com base nisso, criou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segundo Jacqueline Filgueiras NOGUEIRA, quando os preceitos que norteiam o direito de família são direcionados pela prioridade à pessoa do filho, consagra-se o princípio do melhor interesse da criança, informado pela cláusula geral de tutela à pessoa humana (art. 1º III da Constituição e 6º do ECA) e salienta: “A criança e o adolescente são sujeitos de direito reconhecidos universalmente, não somente de direitos comuns aos adultos , mas também de direitos especiais decorrentes de sua condição de pessoas em desenvolvimento, devendo ser assegurados pela família , Estado e sociedade.”⁸²

⁷⁹ CHAVES, Antônio. Op. cit., p. 34.

⁸⁰ Ibid., p.43.

⁸¹ Ibid., p.44.

⁸² NOGUEIRA, Jaqueline Filgueiras. Op. cit., p. 170.

De acordo com o art. 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Município e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – A dignidade da pessoa humana;”

O art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente determina: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

O princípio do melhor interesse da Criança tem sido abarcado por tratados e convenções sobre os direitos da criança e serve como norte a ser seguido na elaboração de leis. A doutrina tem conceituado esse princípio de forma ampla, não havendo um conceito único.

Sobre o referido princípio, Tânia da Silva PEREIRA ressalta que surgiu na Inglaterra e foi utilizado pelo Rei e pela Coroa com o objetivo de dar proteção aos indivíduos que não poderiam fazê-lo sozinho. A partir do século XIV, esta responsabilidade foi delegada ao Chanceler, que passou a ser o guardião supremo, que deveria proteger todos aqueles que não possuíam capacidade para defender seus próprios interesses, como as crianças, os loucos e os débeis, essa prerrogativa era denominada *parens patriae*.⁸³

A criança, naquele período, era uma espécie de coisa ou objeto que pertencia ao pai, a custódia era sempre do pai, diante de qualquer situação. Tempos depois, passou a ser da mãe. Esse princípio foi recepcionado por diversos países do mundo, entre eles Inglaterra e Estados Unidos, e tem como base que o bem estar e os interesses da criança devem sobrepor-se aos direitos de cada um dos pais.⁸⁴

No Brasil a doutrina jurídica da proteção integral entrou em vigor com a Constituição de 1988, principalmente com o art. 227, e pode ser compreendida de forma clara através dos arts. 5º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁸⁵

⁸³ PEREIRA, Tania da Silva. Op. cit., p.2.

⁸⁴ Id.

⁸⁵ Ibid. p. 14 -15.

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

Tânia da Silva PEREIRA menciona que esse paradigma tem orientado tratados e convenções humanitárias e orientado decisões de tribunais.⁸⁶

O princípio do melhor interesse da criança é enfocado principalmente quando há divergência entre o interesse da criança e outros interesses, como nos casos em que o juiz tem que decidir a guarda de filhos. Quanto aos termos maior ou melhor interesse da criança, tem prevalecido o segundo. Porém, ambos possuem o mesmo sentido.

A criança, portanto, é sujeito de direito e como ser em desenvolvimento necessita de especial proteção da família, do Estado e da sociedade.

Disserta Tânia da Silva PEREIRA que: “Ser sujeito de direitos é ser titular de uma identidade social que lhe permite buscar proteção especial, já que se trata de uma pessoa em condição peculiar de desenvolvimento (art. 6º, ECA). Sua identidade pessoal tem vínculo direto com sua identificação no grupo familiar. Seu nome o localiza em seu mundo.”⁸⁷

Quanto ao Estatuto da Criança e do Adolescente, os artigos 7º ao 69 tratam dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Alguns desses artigos merecem destaque.

O art.18 determina: “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.”

Aqui temos reafirmado os preceitos do art. 227 da Constituição Federal, quando concede a proteção integral à criança e ao adolescente.

No art. 22, reafirma-se: “Aos pais incube 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.”

⁸⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: **___O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1.

⁸⁷ Ibid., p.15.

A Primeira parte desse artigo encontra-se prevista também no art. 1634 incisos I e II do Código Civil e foi inspirado no art. 229 da Constituição Federal: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar pais na velhice, carência ou enfermidade.”

José de Farias TAVARES, em comentário ao referido artigo, salienta: “Observe-se o plural, pais, o que quer dizer pai e mãe, conjuntamente. Obrigação de ambos, sem exclusão ou prioridade, obrigação solidária, inarredável, proporcional às possibilidades materiais de cada um dos genitores, sob as penas do art. 249.”⁸⁸

Sobre o poder familiar encontramos previsão legal nos arts. 1634 a 1638 do Código Civil.

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente representou um avanço no reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito. Sujeitos detentores das mesmas garantias dispensadas aos adultos, mas também de garantias especiais, por serem reconhecidos como seres em desenvolvimento e formadores da base social do futuro. Mas apesar de ter-se elaborado uma Lei, reconhecida internacionalmente e merecedora de elogios vindos de todos os cantos do mundo, ainda precisamos tirar muitos de seus preceitos do papel e colocá-los em prática.

Nesse sentido entende a representante do Ministério Público Lúcia Maria Teixeira FERREIRA, afirmando que esse modelo ainda não foi assimilado pela sociedade. Independente da situação financeira dos pais, ser criança no Brasil é viver numa corda bamba. A criança, ao nascer, encontra o seu meio resolvido ou para ser resolvido e não tem participação naquilo que lhe interessa, não é ouvida, não se levam em conta seus sentimentos, sua necessidade de afeto, e acaba por acostumar-se com isso.⁸⁹

⁸⁸ TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005, p. 30.

⁸⁹ FERREIRA, Lúcia Maria Teixeira. Tutela da Filiação. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 254.

Precisará chorar se tiver sede, medo, dor. Precisará gritar para chamar a atenção para si, quem sabe quantos “escândalos” não terá que aprontar, até que seja atendida? Ou talvez se feche como uma “concha que guarda sua pérola” e passe despercebida, assim como um bibelô esquecido num canto qualquer, e quase como uma sombra buscará restos de alimento, de pedaços de algo para brincar, retalhos de qualquer coisa para sonhar... Tão enquadrada numa determinada situação sem saída, que ela mesma achará natural, até o dia da transgressão, que pode ser fatal, fazendo emergir daquele serzinho adormecido um animal desconhecido que precise de uma jaula.⁹⁰

Menciona Pedro Antônio de CARVALHO que, mesmo possuindo uma Lei valorizada na ordem internacional, temos uma população de mais de setenta milhões de pessoas com menos de 18 anos, e somos também conhecidos como os maiores violadores dos direitos dessa população.⁹¹

Rodrigo da Cunha PEREIRA entende que além de texto normativo, o Estatuto da Criança e do Adolescente pode ser visto como uma forma de esperança para preenchimento e resposta a várias formas de abandono social e psíquico de milhares de crianças: “A partir dessa compreensão e de uma efetiva implementação do ECA, não será preciso mais clamar aos céus – o que muitos filhos têm feito, ou gostariam de dizer a seus pais – como Jesus Cristo disse em um de seus momentos de maior fraqueza e necessidade: Pai, por que me abandonaste?”⁹²

2.2.1 Paternidade Responsável

A paternidade responsável é tema atual no Direito de Família e em outras áreas do conhecimento, em face de tantos problemas que afligem a sociedade.

A falta de estrutura familiar, além de acarretar problemas para a própria criança, também reflete na sociedade, podendo algumas vezes estar associada ao

⁹⁰ Ibid., p. 255.

⁹¹ CARVALHO, Pedro Antônio de. A família e o município. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 188.

⁹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 585.

problema do menor abandonado, da delinqüência juvenil, da violência e da criminalidade, problemas esses que demandam solução.

Entende Eduardo de Oliveira LEITE que, com as mudanças nos costumes, ocorreram também alterações no sentido de paternidade. O poder transformou-se em dever, e passou-se da excessiva autoridade à responsabilidade pelo desenvolvimento físico, psicológico e emocional da criança. O legislador há muito pretendeu inserir a paternidade responsável no ordenamento jurídico, tendo a oportunidade de fazê-lo através do art. 226§ 7º da Carta Magna.⁹³

Dispõe o art. 226 § 7º, da Constituição Federal: "Fundados nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal..."

No que se refere à família contemporânea, Rodrigo da Cunha PEREIRA registra que existem atualmente novas representações sociais de família, e juntamente com a ruptura de modelos tradicionais, a sociedade se depara com uma crise de paternidade. É um momento histórico de transição em relação à função básica do pai, função essa estruturadora e estruturante do filho como sujeito, difícil de se compreender, em que os varões deixam de participar da formação, desenvolvimento e convivência afetiva com seus filhos, não reconhecendo ou não assumindo para si o direito/dever que é imposto a função paterna.⁹⁴

Portanto, o pai tem o dever de desempenhar sua função paterna, prevista no ordenamento jurídico, auxiliando o filho no seu desenvolvimento moral, afetivo e emocional.

Com efeito, Nelsina Elizena Damo COMEL enfatiza:

... ter filhos não é apenas resultado de um "acidente biológico" que se esgota no momento da concepção, delegando à mãe, à sociedade e ao Estado o dever de acolher, amparar e dirigir o novo cidadão. Reconheço por outro lado que o enfrentamento deverá ser também sociocultural. Não aceito como valor de conduta que um pai ou uma mãe se eximam muito simplesmente de assumir um filho, porque a paternidade ou maternidade não foi desejada nem planejada. Por mais que se aceite, com certo consenso de fundo fatalista, que já está bem se o

⁹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 114.

⁹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 581.

pai compensar-lhe a ausência com o reconhecimento do filho e o pagamento de pensão alimentícia.⁹⁵

A autora menciona a paternidade que não foi planejada ou desejada. Nessa seara, observa-se que inúmeros são os casos em que a paternidade é planejada e desejada e mesmo assim o filho não tem respeitado seu direito de ser acolhido, amparado e dirigido.

2.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Consagrado pela Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se previsto em seu art. 1º inciso III, e consiste em fundamento da República e cláusula geral de proteção à pessoa humana. Nesse sentido, todas as demais regras devem ser interpretadas a sua luz.

Encontra-se também expressamente previsto em nosso texto constitucional no art. 170 caput o qual determina que a ordem econômica deve assegurar existência digna a todos e art. 227 caput, já mencionado anteriormente. Para além de norma constitucional, portanto, a dignidade da pessoa humana encontra-se inserida na categoria de princípio jurídico-constitucional.

Para Celso Antonio Bandeira de MELLO,

Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.⁹⁶

Leciona Alexandre de MORAES que a dignidade é um valor espiritual e moral, próprio da pessoa humana. O exercício dos direitos fundamentais não podem ser limitados. Traduzem-se na autodeterminação responsável e consciente

⁹⁵ COMEL, Nelsina Elizena Damo. **Paternidade Responsável: o papel do pai na sociedade brasileira e na educação familiar.** Curitiba: Juruá, 1998. p. 27.

⁹⁶ MELLO. Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo.** São Paulo: Revista dos tribunais, 1980. p. 230.

do indivíduo e que deve ser respeitado pelos demais entes sociais. É um mínimo que deve ser garantido por todos os diplomas legais. Podendo ser limitados apenas em casos excepcionais, mas sempre levado em conta que a pessoa humana é merecedora de uma necessária estima.⁹⁷

A dignidade, enquanto fundamento da República, tem como consequência a proteção à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem e a muitos outros direitos e garantias constitucionais. É princípio aplicável à questão do planejamento familiar, levando em conta que a família é a célula da sociedade, considerando-se aqui todas as espécies de família, é garantido ao casal total liberdade no que se refere ao planejamento familiar, com fundamento no princípio da dignidade humana e na paternidade responsável, devendo o Estado fornecer os recursos educacionais e científicos necessários para concretização deste direito, não podendo haver coerção por parte de instituições oficiais ou privadas (art. 226 § 7º da Constituição Federal).⁹⁸

Ingo Wolfgang SARLET afirma que a dignidade é qualidade intrínseca e indissociável de todo indivíduo, ou seja, própria da condição de ser humano. Poderia se cogitar a desnecessidade dessa qualidade, apenas quando o ser humano pudesse renunciar a essa condição. O respeito à dignidade é ou deveria ser reconhecido como objetivo permanente da humanidade, do Estado e do Direito.⁹⁹

A doutrina jurídica nacional e alienígena encontra nos pensamentos de Kant as bases de uma fundamentação da dignidade da pessoa humana. Parte da autonomia ética do ser humano a concepção de dignidade. A base de sua concepção é a natureza racional do ser humano. Apenas os seres racionais possuem o atributo da autonomia da vontade, que consiste no fundamento da dignidade da pessoa humana, que representa a faculdade de determinar a si mesmo e agir de acordo com determinadas leis. Considerando essas premissas, o

⁹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.60.

⁹⁸ Id.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 27 - 28.

homem não pode figurar como um meio para uso arbitrário de vontades, mas como um fim em si mesmo.¹⁰⁰

Merece especial atenção a referência aos pensamentos de Kant, no sentido de que a autonomia da vontade é fundamento da dignidade da pessoa humana. Esta observação remete ao capítulo I, no item dedicado ao conceito de dano moral, onde um dos autores mencionados, mais especificamente Sérgio Cavallieri Filho, no que tange ao referido princípio, entende que mesmo aqueles indivíduos que não são passíveis de detrimento anímico, são detentores de dignidade humana.

No que se refere a sua contextualização histórico-cultural, determinadas comunidades têm como prática social e jurídica determinados atos que para outras comunidades seriam atentatórios à dignidade, como no caso da pena de morte. A Suprema Corte norte-americana considerou inconstitucional determinadas técnicas empregadas para essa finalidade, como no caso do enforcamento, seria atentatório à dignidade (asfixia lenta, decapitação parcial), comparado a outros meios possíveis, como a injeção letal e o eletrocutamento. Pergunta-se: a pena de morte, se aplicada dignamente, não atenta contra a dignidade?¹⁰¹

Não sendo possível elencar todas as possibilidades de violação, é possível identificar situações em que ela ocorre pela análise do caso concreto. Portanto, embora seja reconhecida por todo o mundo, sua definição varia conforme a realidade histórica de cada cultura.¹⁰²

SARLET entende não haver proteção à dignidade, onde os direitos fundamentais não forem reconhecidos ou minimamente respeitados. Em última análise, onde não houver as mínimas condições para uma existência digna, respeito pela integridade física e moral do ser humano, respeito à vida, limitação do poder em nome da liberdade, autonomia e igualdade, não haverá respeito ao referido princípio.¹⁰³

¹⁰⁰ Ibid., p. 32 - 33.

¹⁰¹ Ibid., p. 55 - 57.

¹⁰² Ibid., p. 39.

¹⁰³ Ibid., p.59.

O autor formula um conceito, em que entende como dignidade:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁰⁴

É oportuno invocar a lição de Martha de Toledo MACHADO, quando menciona que a dignidade humana representa o esteio do Estado Democrático de Direito, tal princípio consiste em seu fundamento básico, instituído pela Constituição Federal como ápice da pirâmide axiológica do ordenamento jurídico.¹⁰⁵

Representa valor constitucional supremo positivado em norma-princípio, a premissa de proteção aos direitos humanos, englobando os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. É norma-princípio que norteia de maneira valorativa a interpretação do ordenamento jurídico.¹⁰⁶

SARLET posiciona-se no sentido de que não é e nem poderia ser um direito fundamental porque isso reduziria sua magnitude. Não poderá ser concedida pelo ordenamento jurídico, sendo qualidade intrínseca da pessoa humana. Sua pretensão de proteção e respeito pode ser violada, mas a dignidade não pode ser retirada do ser humano. Possui um caráter jurídico normativo, reconhecendo-se sua plena eficácia na ordem constitucional sendo elevada à condição de princípio, neste sentido, de valor fundamental do Estado democrático de Direito.¹⁰⁷

Existe um vínculo entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, de forma que em cada direito fundamental há pelo menos uma projeção desse princípio.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Ibid., p. 62.

¹⁰⁵ MACHADO, Martha Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 97- 98.

¹⁰⁶ Ibid., p.103.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 71 - 73.

¹⁰⁸ Ibid., p. 87.

Quanto ao fato de tratar-se de um princípio absoluto para muitos doutrinadores, SARLET posiciona-se no sentido de que inexistem princípios absolutos. Em casos extremos, há de se falar em relativização ou harmônica convivência do princípio da pessoa em homenagem à dignidade de todos os seres humanos. Porém, trata-se de assunto controverso e polêmico.¹⁰⁹

Os indivíduos que praticam atos indignos não sofrem como consequência a perda da dignidade, mas faz com que o indivíduo que praticou se coloque em posição de desigualdade em relação a seus semelhantes. Os indivíduos são dignos como pessoa e são também dignos para suas ações. O princípio da isonomia (que determina o tratamento desigual aos desiguais) é consequência do princípio da dignidade. É um raciocínio que se faz necessário para que certos casos concretos não resem sem solução. Sua relativização pode ser defendida, principalmente quando há necessidade justificada de proteção de terceiros.¹¹⁰

Encontra-se inserido na Carta Cidadã um sistema de proteção especial à criança e ao adolescente, visando manter uma harmonia axiológica devido à supremacia concedida pela Constituição Federal ao valor dignidade da pessoa humana.¹¹¹

Diante disso, é necessária uma interpretação adequada de nossa Carta Maior, reconhecendo o princípio da dignidade (que além de princípio é fundamento da República) como norteador de todo ordenamento jurídico brasileiro, para que se concretize o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Vale lembrar que o art. 227 da Constituição Federal determina ser dever da família, do Estado e da sociedade, assegurar à criança, entre outros direitos, o direito à dignidade. Sendo, a privação de qualquer desses direitos, uma violação à ordem jurídica e a um princípio constitucional.

Na Lição de Celso Antônio Bandeira de MELLO:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade, ou

¹⁰⁹ Ibid., p. 76 e 77.

¹¹⁰ Ibid., p. 130.

¹¹¹ MACHADO, Martha Toledo. Op. cit., p. 105.

inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de todos os valores fundamentais, contumelia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles forçada.¹¹²

É incomensurável a grandeza desse princípio, em que todos os indivíduos são detentores de dignidade e mesmo a mais vil das criaturas possui como o direito inerente de ter respeitada sua dignidade, mesmo que não trate seus semelhantes da mesma maneira.

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 230.

3 AUSÊNCIA DA RELAÇÃO PATERNO- FILIAL

3.1 UMA ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR

Esta rápida análise se justifica, inicialmente, por se entender necessário um enfoque interdisciplinar do dano decorrente da ausência da relação paterno-filial, haja vista atentar para estudos de natureza não apenas jurídica, mas também de outras áreas do conhecimento, dentro das ciências sociais e humanidades, onde também são objetos de exame as conseqüências resultantes da falta do apoio moral, intelectual e psicológico, que consiste em direitos da criança e cuja responsabilidade é da família, do Estado e da sociedade.

No que se refere à importância da família na estrutura psicológica do indivíduo, Ana M. Bahia BOCH, Odair FURTADO e Maria de Lourdes T. TEIXEIRA mencionam que a educação primária, a repressão dos instintos e a aquisição da linguagem são processos fundamentais do desenvolvimento psíquico da criança e são presididos pela família, segundo Lacan.¹¹³

No caso da educação primária, o modelo de conduta a ser seguido pela criança, no desempenho de seus papéis sociais e os valores que norteiam tais papéis, são de responsabilidade da família, pois a tendência a ser seguida é o exemplo dos pais.¹¹⁴

Portanto, os pais têm função primordial na formação da personalidade dos filhos e na introjeção dos valores que irão pautar suas condutas, nos diversos papéis que irão representar no meio social.

Rodrigo da Cunha PEREIRA, numa feliz abordagem sobre o tema, ensina que o reflexo da ausência do pai e da chamada “*imago*”(sic) paterna, decorrente do abandono material e/ou psíquico, é perceptível tanto na estrutura psíquica do filho quanto em suas relações sociais.¹¹⁵

No caso do abandono material, os mecanismos ofertados pelo próprio

¹¹³ BOCK, Ana M. Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes T. **Psicologias: uma introdução ao estudo da psicologia**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 215.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 145.

¹¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança** (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 1997.p. 575 - 581.

direito como sanções e cobranças são capazes de remediar tal situação. Inclusive o Código Penal Brasileiro prevê o abandono material e intelectual como crime (art. 244 e 246). Quanto ao Código Civil Brasileiro, esse impõe, ao devedor de pensão alimentícia, pena de penhora ou prisão. Entretanto, a ausência do pai no exercício de sua função paterna, o abandono afetivo e psíquico, não resta dúvidas, é o mais grave. Sua presença representa a segurança, a proteção, a lei e o limite.¹¹⁶

Em sintonia com as mesmas idéias, Roberto SHINYASHIKI escreve sobre a necessidade humana de afeto. Considera que o ser humano para ser feliz necessita de muito mais do que alimento, roupa, casa. O ser humano tem outras fomes, ou seja, necessidades que não são apenas de comida e abrigo. O ser humano tem fome de estrutura, que são pontos de referência. As pessoas possuem uma tendência a se sentirem inseguras com situações incertas e são as estruturas que as levam a ter referência e segurança. Outra necessidade essencial ao ser humano é de atenção, também relacionada ao afeto, a qual o ser humano procura satisfazer, mesmo que para isso tenha que ficar doente.¹¹⁷

São várias as necessidades humanas que podem ser satisfeitas por meio do afeto. E quando não satisfeitas da maneira ideal, o ser humano procura uma forma para adaptar-se à falta desse afeto, também chamado pelo autor de falta de carícias.¹¹⁸

É possível estabelecer uma comparação entre a necessidade não satisfeita do afeto e a necessidade de comida. Nesse contexto, no caso da greve de fome, é possível ao indivíduo controlar seu organismo a ponto de permanecer durante certo período de tempo sem o alimento. É um exemplo de domínio do homem sob o próprio corpo e a vontade.¹¹⁹

As fases da fome são três: na primeira, a fome é extrema, onde o corpo do indivíduo dói, principalmente o estômago e ele sente-se capaz de ingerir grande quantidade de alimento.¹²⁰

¹¹⁶ Ibid. p. 581 - 582.

¹¹⁷ SHINYASHIKI, Roberto. **A carícia essencial**: uma psicologia do afeto. São Paulo: Gente, 1995. p. 23, 25, 26 e 27.

¹¹⁸ Ibid., p. 28.

¹¹⁹ Ibid., p. 97.

¹²⁰ Id.

Na segunda fase, o indivíduo começa a adaptar-se à falta do alimento e começa a tornar-se indiferente a ele, mesmo tendo uma carência do alimento poderá decidir não comê-lo, porque está se adaptando a sua carência.¹²¹

Na terceira fase, passa a rejeitar o alimento, pois seu organismo não consegue ingeri-lo. Se isso ocorrer, poderá inclusive passar mal e até desenvolver uma intoxicação alimentar. Sintomas semelhantes podem ocorrer com o sono. A explicação é porque se trata de um organismo tentando adaptar-se a situações de agressão. Assim, quando o indivíduo não tem o que necessita, com o passar do tempo aprende a sobreviver com essa carência mesmo que de modo insatisfatório. Seja qual for a perda, o organismo procura minimizá-la.¹²²

No caso da criança, esta nasce com uma fome natural de carícias e procura saciar seu desejo de maneira saudável. Se a necessidade não é satisfeita, passa a adotar, cada vez mais, certos tipos de comportamento para satisfazer sua necessidade, até que seu comportamento começa a se modificar, apresentando-se birrenta, doente, chorona, assustada, confusa, encrenqueira.¹²³

Se a situação persistir, a criança pode apresentar um comportamento solitário e indiferente, porque passa a negar suas necessidades.¹²⁴

Se para ela o lar apresentar-se de alguma forma ameaçador, poderá não tolerar a presença de outras pessoas, tornando-se arredia e defensiva. Essa greve de carícias em sua evolução pode formar tipos de indivíduos: insaciáveis, indiferentes, intocáveis.¹²⁵

Quanto aos indiferentes, salienta que tratam-se daqueles indivíduos que não se importam com os sentimentos das pessoas. Lutaram na infância para conseguirem o que queriam, não conseguiram, sua vida agora é manter os outros longe.¹²⁶

Segundo BOCH, FURTADO e TEIXEIRA, a criança depende de afeto para sobreviver, da mesma forma que necessita de alimentação para sua sobrevivência

¹²¹ Ibid., p. 98.

¹²² Id.

¹²³ Ibid., p. 98 - 99.

¹²⁴ Ibid., p. 99.

¹²⁵ Ibid., p. 99 - 100.

¹²⁶ Ibid., p. 100.

física. A primeira espécie de violência sentida pela criança é a negação do afeto.¹²⁷

As conseqüências desse abandono podem ser desastrosas para o indivíduo, mas, além disso, para aqueles que o cercam e para a sociedade, sendo que este sofrimento que habita o interior da criança e do adolescente pode refletir em comportamentos agressivos e anti-sociais.

3.2 A TENTATIVA DE RECONSTRUÇÃO DOS LAÇOS AFETIVOS POR MEIO DA MEDIAÇÃO FAMILIAR: UMA LUZ NO FIM DO TÚNEL.

A mediação tem sido utilizada, no Direito de Família, como forma de se abrir espaço para o diálogo entre as partes, na presença de um terceiro, o mediador.

Segundo Luiz Antunes CAETANO, no Brasil, há um número razoável de órgãos institucionais e entidades especializadas em mediação e que se dedicam também à formação de mediadores. Trata-se de procedimento sigiloso, ágil, informal, célere, econômico e eficaz, em que o próprio juiz pode propor às partes a mediação. No poder judiciário, ainda tem sido utilizada de forma incipiente, porém, com êxito.¹²⁸

No que se refere ao mediador, qualquer pessoa capaz e com conhecimento técnico, adquirido por meio de curso de formação de mediadores, pode desempenhar a função de mediador. É necessário que esteja sempre atento para o Código de Ética, tenha conhecimentos nas áreas de negociação, comunicação, psicologia, sociologia, teoria das decisões, Direito e, principalmente, que tenha vocação.¹²⁹

Aguida Arruda BARBOSA, Eliana Riperti NAZARETH e Giselle GROENINGA afirmam que a mediação amplia o horizonte de atuação tanto da Psicanálise quanto do Direito de Família, elimina a dicotomia culpado/inocente, são/doente. As questões que surgem da realidade social brasileira são inúmeras e

¹²⁷ BOCK, Ana M. Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes. Op. cit. p. 257.

¹²⁸ CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 104-107.

¹²⁹ Ibid., p. 110, 112 e 113.

normalmente as necessidades biológicas básicas sobrepõem-se às necessidades humanas básicas, de uma família, de uma cultura e ao exercício da cidadania. Uma ferramenta para compreensão das demandas judiciais, que concede a possibilidade de se prevenir o conflito, procurando não permitir a inadequada tradução do conflito emocional em linguagem jurídica, é bem vinda. O objeto da mediação é auxiliar o indivíduo frente a situações de impasse, a investigar suas melhores alternativas, possibilidades mais satisfatórias, para resolução do conflito ou para evitar tais situações.¹³⁰

Eliana NAZARETH e Lia Justiniano dos SANTOS conceituam mediação como sendo um método de solução pacífica dos conflitos, podendo prevenir os litígios de família ou buscar soluções, porque dispensa atenção próxima e individualizada a tais litígios.¹³¹

As necessidades humanas básicas de proteção e reconhecimento não são atendidas quando conflitos psicossociais são traduzidos em linguagem processual, o que faz com que a lide sociológica que sustenta a lide judicial transforme-se em lide contida, caso não seja desfeita corretamente.¹³²

Por trás das ações judiciais, existem indivíduos que precisam ser reconhecidos e protegidos, pois as demandas que chegam ao judiciário nem sempre necessitam apenas de disciplinamento e regulação. Muitas vezes, as demandas de mitigação de conflito que chegam ao judiciário são decorrentes de movimentos de reordenamento e modificação interna dos indivíduos e das estruturas sociais, que não precisariam nem deveriam chegar ao judiciário, e as respostas normativas, não vêm ao encontro das narrativas.¹³³

Freqüentemente as pessoas que procuram o judiciário encontram-se em estado de grande sofrimento, é de fundamental importância o Estado Juiz, para

¹³⁰ SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Trad. por: BARBOSA, Aguida Arruda; NAZARETH, Eliana Riperti e Groeninga, Giselle. Belo Horizonte: Del Rey. 2001. apresentação.

¹³¹ NAZARETH, Eliana Riperti; SANTOS Lia Justiniano dos. A importância da co-mediação nas questões que chegam ao direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 138.

¹³² Id.

¹³³ Ibid., p. 129.

determinar parâmetros às pretensões individuais, entretanto, não se contempla a vertente emocional dos indivíduos em estado de aflição.¹³⁴

Segundo Luiz Antunes CAETANO, a mediação confere melhor qualidade de vida aos mediados, pois tem um aspecto humanístico incomparável, não havendo ganhador nem perdedor. Permite às pessoas o conhecimento de si mesmas e do outro. Saber ouvir o outro, assim como saber dialogar, é um aprendizado precioso. Aqui as partes se colocam em situação de colaboração, não havendo litigância, em que o mediador procura fazer com que as partes possam buscar a solução para a controvérsia ou conflito resultando num acordo.¹³⁵

NAZARETH e SANTOS acreditam que uma das grandes dificuldades para aqueles que interagem com pessoas em crise é saber posicionar-se de forma adequada. Os indivíduos que se dirigem ao judiciário, buscando solução para seus impasses, estão enfrentando crises de maior ou menor intensidade. Tais indivíduos, muitas vezes, comportam-se de maneira imatura e incompreensível, solicitando ajuda para que possam refletir, ponderar, considerar, serem prudentes, terem bom senso, funções as quais sentem dificuldade de desempenhar, ou seja, estão psicologicamente regredidos diante dos problemas que estão enfrentando.¹³⁶

Portanto, o mediador é figura importante para o Direito, principalmente para o Direito de Família, que trabalha com questões que são caras ao ser humano, e que chegam ao judiciário com um pedido de socorro. Ocorre que, infinitas vezes, as soluções obtidas por uma sentença judicial são contrárias àquilo que o indivíduo realmente deseja, ou então os ressentimentos que são ali colocados tornam-se maiores, por conta de mal entendidos que jamais são esclarecidos.

Por meio de um profissional especializado, valoriza-se o diálogo entre as partes, que ganham a possibilidade de dirimir ou prevenir seus conflitos, com o auxílio desse profissional.

Cumprido ressaltar que a mediação é instituto diverso da conciliação e da arbitragem.

¹³⁴ Ibid., p. 130.

¹³⁵ CAETANO, Luiz Antunes. Op. cit., p. 97- 98.

¹³⁶ NAZARETH, Eliana Riperti; SANTOS, Lia Justiniano dos. Op., cit. p. 132.

Ensina NAZARETH e SANTOS que a mediação contempla a vertente emocional e jurídica, em que existe uma intervenção integrada entre o profissional da área jurídica e outro profissional, preferencialmente psicanalista, ambos com formação em mediação.¹³⁷

Águida Arruda BARBOSA se refere à conciliação como sendo uma reorganização lógica nos direitos que cada parte acredita ter, eliminando os pontos que são controversos, polarizando-os e procurando por meio de técnicas adequadas delimitar o conflito, buscando corrigir algumas percepções, aproximando as partes num espaço concreto. Nesse ambiente, intervém o conciliador com sugestões, esclarece sobre a possibilidade de perdas recíprocas, em que as partes podem perder menos num acordo, do que numa possível sentença desfavorável. Aqui o objetivo é a celebração do acordo, libertando-se da litigiosidade, procurando chegar a um consenso e informados pelo princípio da autonomia da vontade assumem compromisso mútuo.¹³⁸

Pode-se dizer que a mediação é o avesso da arbitragem e da conciliação, porque possui linguagem própria.¹³⁹

No caso da arbitragem, as partes, por meio da autonomia da vontade, elegem um terceiro neutro e imparcial para decidir o conflito. Esse terceiro, denominado árbitro, exerce função semelhante a do juiz, onde a decisão obriga os envolvidos. A responsabilidade das partes é transferida ao árbitro.¹⁴⁰

Tal como a conciliação e a arbitragem, mas com uma lógica própria, a mediação é uma possibilidade de escolha para o indivíduo, quando os mediandos são ensinados por uma terceira pessoa treinada, e neutra, a transformar o conflito por meio de seus próprios recursos pessoais, utilizando-se de método teórico e tecnicamente fundamentado. Com a transformação, outras possibilidades e alternativas são construídas para prevenir ou enfrentar conflitos. Sob a ótica da

¹³⁷ Ibid., p. 128.

¹³⁸ BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: instrumento para a reforma do judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 33.

¹³⁹ Id.

¹⁴⁰ Ibid., p. 34.

teoria da comunicação, consiste em método teórico e tecnicamente fundamentado.¹⁴¹

Quanto às técnicas da mediação, CAETANO indica que a mais utilizada denomina-se modelo de Harvard, em que o mediador atua em etapas (não necessariamente na seqüência aqui descrita). Primeiramente o mediador apresenta-se aos mediados, expondo as etapas da mediação, agindo de maneira transparente de forma a conquistar a confiança dos mediados. Em seguida, cada uma das partes expõe seus conflitos, sempre atentos para o compromisso de respeito mútuo e sinceridade. Após as exposições, o mediador repete resumidamente os fatos narrados, sempre observando as reações dos envolvidos e enumerando aos mediados os pontos convergentes e dividindo as posições de cada um.¹⁴²

A próxima etapa é a decomposição do problema pelo mediador, aprofundando-se em cada questão, procurando descobrir os reais interesses de cada um. Por meio de técnica e perguntas, procura trabalhar os pontos convergentes, divergentes e descobrir pontos ocultos. Se necessário deverá retornar a etapas anteriores. Assim, poderá inclusive permitir que os mediados criem situações hipotéticas, desenvolvendo a criatividade para que a solução do conflito seja encontrada por eles próprios. Em se chegando ao consenso, será redigido o acordo.¹⁴³

O fortalecimento do ser humano com resgate da responsabilidade por suas próprias escolhas é a essência dessa dinâmica, em que o mediador não tem o poder de decisão pelas partes envolvidas. Quando os indivíduos assumem a responsabilidade pelas suas próprias escolhas podem transformar o impasse ou conflito em que se encontram envolvidos. A mediação pode ter como objeto fatos que antecedem o conflito, ou seja, a mediação preventiva.¹⁴⁴

A partir do exposto, vale ressaltar que a falta de diálogo é algo muito comum na sociedade atual, onde os indivíduos estão constantemente em busca

¹⁴¹ Ibid., p. 33.

¹⁴² CAETANO. Luiz Antunes. Op. Cit., p. 111.

¹⁴³ Id.

¹⁴⁴ BARBOSA, Águia Arruda. Op. cit., p. 33 - 34.

sua própria subsistência e a de sua família. Quase sempre cumprem uma jornada de trabalho exaustiva, perdem tempo no trânsito e pouco tempo resta ao lado da família. Cada pessoa da família tem sua própria rotina, e a mulher, pessoa normalmente mais disposta a discutir os problemas do lar, cumpre dupla ou tripla jornada de trabalho. Não é difícil concluir que, nas relações de família, os conflitos surgem e quando não são solucionados ganham maiores proporções, de maneira que se torna impossível aos envolvidos solucionar esse impasse, momento em se recorre ao o poder judiciário. Mas o poder judiciário que nem sempre responde da maneira esperada.

A mediação familiar permite ao indivíduo tomar as rédeas de sua vida, por meio de uma terceira pessoa habilitada, que conduz as partes no sentido de elaborarem meios para buscar soluções de seus problemas e assumirem a responsabilidade por suas decisões.

Esta oportunidade é de extrema importância, haja vista que freqüentemente as crianças encontram-se inseridas nesse contexto e são diretamente atingidas pelas escolhas feitas pelos pais.

Além disso, a possibilidade de resolução de impasses e de conflitos entre indivíduos, reflete nas relações com outros membros da família que não estão envolvidos diretamente com o problema e os efeitos da mediação podem ser desfrutados por toda sociedade.

Luiz Antunes CAETANO disserta que:

É do processo de mediação – não só para os que a ela se submetem, mas também àqueles que aprendem e apreendem – a premissa de compreensão e aceitação do outro. Válida a premissa, nela está incluído efeito benéfico de melhor qualidade de vida pela pacificação social atingida, com estabelecimento de paz entre os homens de boa vontade em qualquer ramo de sua atividade profissional ou comportamental, moral, ética e até religiosa.¹⁴⁵

¹⁴⁵ CAETANO. Luiz Antunes. Op. Cit., p. 103 - 104.

3.3 O DANO MORAL DECORRENTE DA AUSÊNCIA DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - TENDÊNCIAS ATUAIS NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS

É relativamente recente a discussão sobre a compensação pelo dano moral sofrido pelo indivíduo em decorrência da ausência da relação paterno-filial.

O objetivo precípua deste trabalho é propor uma reflexão acerca do tema, haja vista a existência de previsão legal acerca dos direitos da criança e do adolescente e dos deveres do pai, e cujo descumprimento, por meio de sua conduta omissiva ou negligente, gera ofensa ao ordenamento jurídico.

O fundamento legal, consoante já enumerado, encontra-se em vários dispositivos legais.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José) ratificada pelo Brasil contemplou o princípio do melhor interesse da criança, também estampado no Estatuto da Criança e do Adolescente, que reconhece a necessidade de proteção especial à criança, tanto da família quanto do Estado, devido a sua condição de menor em desenvolvimento, sendo inclusive assegurado seu direito à convivência familiar.

A Constituição Federal de 1988, no art. 1º inciso III, refere-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento de toda ordem jurídica; o art. 5º *caput*, inciso X da Constituição Federal prevê a inviolabilidade dos direitos da personalidade e o direito à indenização pelo dano moral e material decorrente de sua violação; o art. 226 reconhece a família como base da sociedade e merecedora da proteção do Estado; o art. 226 § 7º menciona, como fundamento do planejamento familiar, a paternidade responsável e a dignidade da pessoa humana; o art. 226, § 8º determina o dever do Estado de assegurar a assistência à família e a todos os seus integrantes; o art. 227 impõe deveres à família, à sociedade e ao Estado, entre eles o de proteção à dignidade e a convivência familiar; o art. 229 elenca deveres dos pais, entre eles de assistência, criação e educação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, inspirado no art. 227 da Constituição Federal reafirmou e ampliou todos esses direitos e princípios.

No caso do Código Civil Brasileiro, o art. 1566 inciso IV impõe aos pais o dever de sustento, guarda e educação; os artigos 1583 a 1590 foram elaborados com base no princípio do melhor interesse da criança, para protegê-las nos casos de separação dos pais, em que ambos continuam responsáveis pelo seu desenvolvimento intelectual e emocional.

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro relacionou um número considerável de artigos dedicados aos direitos da criança e do adolescente e conseqüentemente aos deveres impostos aos pais em relação aos seus filhos que devem ser cumpridos.

Nesse sentido, Taisa Maria Macena de LIMA escreve que a atuação dos pais em prol dos filhos consiste numa responsabilidade tarefa, a qual pode falhar ou faltar. Nem sempre falhas ou omissões no tocante a responsabilidade dos pais ensejam o dever de indenizar. Entretanto, em várias situações a negligência prevista no art. 186 do Código Civil Brasileiro pode encontrar-se presente. Nesses casos há possibilidade de indenização por dano material ou pessoal. Algumas dessas situações podem ser enumeradas.¹⁴⁶

Situação 1 - nos casos em que os pais delegam a entidade escolar à educação dos filhos, na vigência da sociedade conjugal ou união estável, negligenciando os deveres de assistência moral, por não acompanharem o desempenho dos filhos e não se envolverem em questões referentes a sua formação moral e intelectual.¹⁴⁷

Situação 2 - No caso de separação dos pais, um deles permanece com a guarda do filho, o outro constitui uma nova família concebendo outros filhos, aos quais concede educação formal de melhor qualidade, violando o princípio da igualdade de filiação.¹⁴⁸

Situação 3 – Também havendo a separação dos pais, a um deles é conferida a guarda do filho, ao outro o dever do pagamento de pensão alimentícia

¹⁴⁶ LIMA, Taisa Maria Macena de. Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 629.

¹⁴⁷ Id.

¹⁴⁸ Ibid., p. 629 - 630.

e de visita. Este efetua o pagamento da pensão alimentícia de maneira regular, mas, no que se refere ao dever de visita, falha relativamente, deixando de prestar assistência moral e não observando as decisões do outro genitor, em relação à educação do filho.¹⁴⁹

Situação 4 - Pode ocorrer situação semelhante a anterior, porém mais grave devido ao não pagamento da pensão alimentícia pelo genitor.¹⁵⁰

Situação 5 - No que se refere ao princípio da igualdade entre filhos, sua violação é clara nos casos em que há filhos matrimoniais, aos quais o genitor concede melhores oportunidades de educação e profissionalização e filhos não matrimoniais, que são mantidos clandestinamente, sendo lhes sonegado o acesso a bens materiais e imateriais.¹⁵¹

Situação 6 - Casos em que os rancores e as mágoas decorrentes do processo de separação em que há grande litigiosidade são transferidos para os filhos, interferindo na relação pais e filhos.¹⁵²

No entanto, a aceitação da possibilidade da ocorrência de dano moral aos filhos, vítimas das situações enumeradas e de outras semelhantes, não é unânime, havendo posições divergentes na doutrina e hodiernamente nos tribunais, acerca do tema. Há quem entenda que o pagamento da pensão alimentícia é capaz de suprir todas as necessidades do filho, mesmo as afetivas.

Nesse sentido Ângelo CARBONE afirma que:

Na verdade, não existe dano moral nem situação similar que permita uma penalidade indenizatória por abandono afetivo. O pai deve cumprir suas responsabilidades financeiras. O pagamento regular da pensão alimentícia supre outras lacunas, inclusive sentimentais. Para sustentar o filho, os pais têm que trabalhar, com o objetivo de manter um bom nível de vida até a maioridade ou a formatura na faculdade. Isso já é um ato de afeto e respeito.¹⁵³

Entendimento contrário a esse ocorreu em setembro de 2003, no município de Capão da Canoa (RS), onde o magistrado Mário Romano Maggioni julgou

¹⁴⁹ Ibid., p. 630.

¹⁵⁰ Id.

¹⁵¹ Id.

¹⁵² Id.

¹⁵³ CARBONE, Ângelo. **Abandono afetivo**: justiça não pode obrigar o pai a amar o filho. Disponível em < <http://conjur.estadao.com.br/static/text140508,1> > Acesso em 22 mar. 2007.

procedente o pedido de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo, em que um pai abandonou afetivamente sua filha de 09 anos de idade. Mesmo estando em dia com o pagamento da pensão alimentícia, o juiz julgou procedente o pedido da autora. O caso não ganhou grande repercussão pelo fato de não se ter recorrido da sentença.¹⁵⁴

O advogado da menor motivou o pedido, argumentando principalmente que seus amigos de escola a questionavam sobre o paradeiro de seu pai, que não a visitava, não comparecia em festinhas comemorativas do dia dos pais, o que lhe causava sentimentos de rejeição e desamor.¹⁵⁵

O juiz fundamentou a sentença afirmando que aos pais não cabe apenas o dever de sustento, guarda e educação, mas de afeto, carinho, amor, convivência familiar. A ausência do pai viola a honra e a imagem do filho. Observando os jovens drogados e criminosos, grande parte é oriunda de pais que não lhes dedicaram amor e carinho. Nenhum pai pode ser obrigado pelo judiciário a amar o filho, mas aquele que optou por ser pai tem o dever de desempenhar essa função, caso não o faça terá que reparar o dano causado. Vários são os recursos para se evitar a concepção. O amor é fundamental ao desenvolvimento da criança, pois não se está diante de amores platônicos.¹⁵⁶

Outro caso semelhante e de maior repercussão ocorreu em Belo Horizonte, onde o pedido de indenização por danos morais foi fundamentado no princípio da afetividade e da dignidade da pessoa humana. Relatou o autor que conviveu normalmente com seu pai até os sete anos de idade, época em que ocorreu a separação dos pais e a união do pai com outra pessoa, nascendo uma filha, fruto desta. A partir daí a convivência não mais ocorreu. Inúmeras e infrutíferas foram às tentativas do filho para retomar o relacionamento com o pai, que não mais compareceu em suas festinhas de aniversário, não comemorou sua formatura do segundo grau, nem sua aprovação no vestibular, o que lhe causou imenso sofrimento, pois não conseguia compreender os motivos do

¹⁵⁴ **Menina gaúcha ganha reparação em dinheiro que será paga pelo pai que a abandonou.** Disponível em <<http://www.espacovital.com.br/novo/index.php>> Acesso em 22 mar. 2007.

¹⁵⁵ Id.

¹⁵⁶ Id.

abandono. O pedido inicial foi julgado improcedente, sob alegação da inexistência de nexo de causalidade, onde a ausência paterna não teria ensejado o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos, conforme alegado pelo autor.¹⁵⁷

No recurso de apelação a parte deu ênfase a um conjunto de provas suficientes para demonstrar o dano decorrente da ausência paterna. Inclusive, afirmou que a dor pelo abandono era maior que aquela causada pela resistência paterna a ação revisional de alimento. Restou provado que o autor se submete a tratamento psicológico há dez anos devido à desestruturação familiar.¹⁵⁸

O recurso foi Julgado em grau de apelação pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, onde obteve provimento, sendo o voto do juiz relator acompanhado na íntegra pelos integrantes da turma julgadora, em que se reconheceu a existência de dano à dignidade do autor, decorrente da conduta ilícita do pai, que não cumpriu seu dever de convivência familiar e educação, e não se preocupou em desenvolver laços paternais com seu filho por meio da afetividade. Restando comprovado nos autos que o filho de fato foi privado do convívio com o pai o que resultou em problemas psicológicos.¹⁵⁹

Vejamos a ementa.

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁶⁰

O Juiz Relator Unias da Silva afirmou em seu voto que o fundamento da responsabilidade civil associado à relação paterno-filial é fundamento jurídico e justo para se procurar uma compensação indenizatória por danos causados pelo

¹⁵⁷ BRASIL, Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Indenização por danos morais, relação paterno-filial, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da afetividade. Relator: Juiz Unias Silva. Apelação Cível n. 408.550-5, 01.04.2004.

¹⁵⁸ Id.

¹⁵⁹ Id.

¹⁶⁰ Id.

pai a seu filho, principalmente quando há ausência de convivência e abandono moral, psíquico e afetivo, devendo-se levar em conta que a falta de referência paterna, causa danos a personalidade da criança e do adolescente, maculando seus valores e garantias mais sublimes.¹⁶¹

Na atual concepção de família, os deveres que são atribuídos aos pais são impostos pelo Estado, não dependem de seu livre arbítrio. Não cabe mais a antiga relação de poder e de dominação que deu lugar às relações de afeto, devendo-se estar atentos às necessidades do filho. Os deveres da família não se extinguem no dever de alimentar. O equilíbrio do público e do privado está pautado na garantia do desenvolvimento da dignidade da pessoa humana que se encontra inserida na comunidade familiar.¹⁶²

Entretanto, foi interposto recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça. O pai alegou que a ação de indenização decorreu do inconformismo da mãe por ter tomado conhecimento de uma ação revisional de alimentos, em que o mesmo solicitava a redução do valor pago. Outro argumento utilizado foi no sentido de que a indenização seria uma forma de “monetização do amor”.¹⁶³

No julgamento do recurso especial, a maioria dos ministros decidiu pela continuidade do pagamento da pensão alimentícia, porém, votaram pelo provimento do referido recurso. Entenderam os ministros que o pai não incorreu na prática de ato ilícito. A única possibilidade de sanção pelo abandono moral seria a perda do poder familiar.¹⁶⁴

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS.

IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.
2. Recurso especial conhecido e provido.¹⁶⁵

¹⁶¹ Id.

¹⁶² Id.

¹⁶³ BRASIL, Tribunal de Justiça. Indenização por danos morais, relação paterno-filial, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da afetividade. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Recurso Especial n. 757.411 – MG (2005/0085464-3), 27.03.06.

¹⁶⁴ Id.

¹⁶⁵ Id.

Votou pelo não provimento do recurso especial o Ministro Barros Monteiro, afirmando que a destituição do pátrio poder como sanção é instituto diverso da indenização por danos morais. Além da assistência econômica, é obrigação do pai assistir o filho moral e afetivamente, o prejuízo de cunho moral encontra-se expresso no art. 186 do Código Civil. O genitor estaria desobrigado apenas se houvesse comprovado nos autos motivo maior para o abandono.¹⁶⁶

No dia seguinte à publicação da decisão pelo Superior Tribunal de Justiça, Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA, em comentário dirigido a seu grupo de estudos, ressalta:

Hoje provavelmente é um dos dias mais tristes de minha carreira jurídica considerada em sua totalidade... Isso acontece comigo sempre que a fé que tenho nas instituições (e no Poder Judiciário em especial – o que me levou a produzir, com vocês, de meu grupo de estudos, o nosso livro “A outra face do Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas”) desaba por terra, como um nada precariamente sustentável...

Muito triste...

Refiro-me, certamente, à desastrada decisão do STJ, no caso Alexandre, sobre abandono afetivo.¹⁶⁷

Flávio Augusto Monteiro de BARROS também comenta a decisão:

Fiquei empolgado com o acórdão de Minas, que condenava o pai a pagar uma indenização ao filho por abandono afetivo, embora sempre tenha pago os alimentos. O tribunal deu aplicabilidade ao princípio da dignidade humana e ao da igualdade entre os filhos, que não deve ser só uma igualdade econômica, mas também uma igualdade afetiva, já que o pai tinha outros filhos do segundo casamento a quem dava tratamento diferente. A decisão do STJ foi um retrocesso. Fiquei decepcionado. Não achava que eles iam aceitar a tese da monetarização do amor. A indenização por danos morais tem, sobretudo, a função pedagógica de induzir ao comportamento correto. Infelizmente, se o homem não evolui espontaneamente, tem de ter uma pressão, uma coação que o faça agir corretamente. O pai descumpriu uma obrigação afetiva. Se houve descumprimento, tinha de haver uma sanção.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Id.

¹⁶⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Novaes. Decisão do STJ reformando o acórdão do TAMG sobre abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/seções/cif.asp>> Acesso em 12 abril 2007.

¹⁶⁸ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Pedagogo, autodidata, penalista, ousado... Tribunalado direito. Disponível em: <http://www.tribunadodireito.com.br/2006/janeiro/pg_entrevista.htm> Acesso em 22 mar. 2007.

Com efeito, uma das questões que se coloca é o fato de que o poder judiciário não pode obrigar um pai a amar seu filho. Daí decorre a tese da monetarização do amor, em que a indenização ou compensação seria uma forma de se colocar preço ao amor.

Nesse contexto, considerando-se o aspecto moral e ético que deveria envolver a relação familiar, o pai deveria amar seu filho, mas se isso não é possível, não cabe ao Estado tentar fazê-lo, mesmo porque não há como se impor sentimento tão nobre, além disso, deve-se levar em conta que o pai é produto também do meio em que vive.

Segundo Nelsina Elizena Damo COMEL, o pai é um ser determinante na vida do filho, mas também um ser determinado pelas possibilidades históricas e sócio culturais.¹⁶⁹

Utilizando-se de uma frase popularmente conhecida, é difícil ou impossível se dar algo que não se tem ou não se recebeu. Porém, trata-se de uma discussão em nível psicológico. Não cabe ao Poder Judiciário obrigá-lo a isso, mas cabe ao Poder Judiciário fazer cumprir o que determina o ordenamento jurídico pátrio, impondo a esse pai o exercício dos deveres atribuídos a ele, ou seja, assumir sua função de pai, simplesmente por ser pai.

Uma questão fundamental, é que o pai reconheça sua importância e seu valor na vida do filho.

Nesse sentido e conforme já abordado anteriormente, o dano moral para grande parte da doutrina não é indenizável, mas compensável. No caso em tela, o valor pecuniário não teria o condão de resolver todos os problemas, mas proporcionar uma compensação ao filho pela dor sentida que atinge sua dignidade, e mais do que isso, um caráter pedagógico, procurando evitar que esse indivíduo reitere a conduta, que passará a ser encarada pela sociedade como conduta repudiada e passível de sanção, servindo de alerta a outros pais, e os convocando a agirem com responsabilidade.

O desembargador Luiz Felipe BRASIL salienta que outro argumento contrário à indenização seria o fato de que poderia trazer um alargamento do

¹⁶⁹ COMEL, Nelsina Elizena Damo. Op. cit., p. 38.

conceito de danos indenizáveis, porém, o Tribunal do qual faz parte, já se cansou de conceder indenização para outras situações que não são equiparáveis a estas. O receio dessa possível ampliação não pode fazer com que o jurista negue o dano quando esse se apresenta. Na medida que o pai não cumpre seu irrenunciável papel que não se limita à subsistência orgânica, mas emocional, o dano pode surgir e deve ser reparado. Os princípios constitucionais, principalmente da dignidade humana devem ser aplicados pela jurisprudência, evitando as conseqüências do dano recaíam somente na vítima. No que se refere à função dessa espécie de indenização, além de compensatória, é punitiva e dissuasória.¹⁷⁰

A dor e suas conseqüências sofridas pelo filho, que não aceita o abandono afetivo, remete aos conceitos de dignidade humana que, como qualidade intrínseca da pessoa humana, a protege de qualquer espécie de tratamento humilhante ou degradante. Consiste em fundamento da indenização por dano moral.

Segundo Gustavo TEPEDINO a dignidade da pessoa humana é também princípio que molda a disciplina da filiação ao interesse maior da criança.¹⁷¹

Nas palavras de Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA:

Tem me sensibilizado, igualmente nesta vertente da relação paterno-filial em conjugação com esta responsabilidade, este viés naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de dano que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que por si só é profundamente grave.¹⁷²

¹⁷⁰ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Pais, filhos e danos. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2004/JUNHO/2506/ARTIGOS/A07.htm>> Acesso em 14 abril 2007.

¹⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 456 - 457.

¹⁷² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. in: ___ **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 2 - 3.

Sob o ponto de vista sociológico, a compensação pelo dano moral sofrido pode significar uma contribuição à sociedade no sentido de diminuir o número de crianças e jovens desamparados tanto fisicamente quanto emocionalmente.

Na doutrina de Antônio CHAVES, a primeira forma de abandono é pelos pais, mas é preciso que o conceito de abandono seja revisto. São milhares de crianças e adolescentes que vivem sem alimento, sem esperança, sem futuro e condenados à miséria, ao crime e vítimas de toda sorte de medo e exploração. No entanto, o abandono atinge também o menino rico, possuidor de uma vida farta em bens materiais, mas carente de assistência sentimental e moral.¹⁷³

Nesse sentido, o poder judiciário muitas vezes é chamado a interceder na seara do Direito de Família, para atuar na proteção da criança e do adolescente e determinar o cumprimento da lei.

Taisa Maria Macena de LIMA enfatiza que dois princípios entram em cena quando há necessidade de interferência do Estado nos direitos parentais: o princípio da autonomia da família que permite aos membros da família pensarem, agirem e decidirem sem interferência de terceiros e o princípio da intervenção subsidiária do Estado, com o objetivo de preservar valores sociais e atingir certas metas. Conciliar estes princípios é um ato complexo, sendo que nenhum deles é absoluto. Algumas vezes a intervenção do Estado pode ser nociva, em outras é tão salutar quanto necessária.¹⁷⁴

É evidente que cabe uma análise minuciosa de cada caso que se apresenta ao judiciário clamando por solução. Pois, há casos em que o pai ausentou-se por motivos alheios a sua própria vontade. Mas também é evidente, que há casos em que a ausência é injustificada, quando o pai não empreendeu nenhum esforço para manter uma convivência saudável com o filho, ou até mesmo conformou-se com a situação, agindo de maneira negligente e omissa em relação ao filho.

Nesse caso, a omissão ou negligência pode ser questionada judicialmente, pois, o pai possui deveres em relação ao filho previstos em nosso ordenamento.

¹⁷³ CHAVES, Antônio. Op. cit., p. 342.

¹⁷⁴ LIMA, Taisa Maria Macena de. Op. cit., p. 627.

A análise dos fatos apresentados pode levar à conclusão de que o recurso especial, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, *data venia*, pode comportar avaliações distintas. Nesse caso, pode-se cogitar a possibilidade da perda do pátrio poder (autoridade parental) como sanção pelo abandono afetivo, como uma forma de isentar o pai de uma responsabilidade que lhe pertence e obviamente eliminar definitivamente as chances de convivência entre pai e filho, representando uma sanção à própria vítima. Aqui se deve primar pelo bom senso para que as conseqüências do dano não recaiam somente no filho.

Vale registrar que outros casos semelhantes aos analisados já foram julgados, o que demonstra que tais questões começam a ser apresentadas ao judiciário, e por força de suas peculiaridades, merecem atenção especial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história seguiu seu curso, o instituto da responsabilidade civil procurou adaptar-se às questões surgidas ao longo do tempo e passa a ser aplicado no âmbito do Direito de Família. O dano que era exclusivamente material passou a ser cumulado com o dano moral, e hoje podemos falar em dano exclusivamente moral tendo como elementos essenciais para sua configuração: a ação ou omissão do agente, o dano e o nexo de causalidade. Quanto à indenização, o termo mais adequado quando se refere ao dano moral é compensação, considerando que, ao contrário do dano material, não é possível ao indivíduo, com o pagamento do valor pecuniário, voltar à situação tal qual se encontrava antes de sua ocorrência. Essa compensação, segundo entende boa parte da doutrina, pode ter um caráter sancionatório, punitivo ou pedagógico, que procura fazer com que o indivíduo não persista no erro.

A compensação para o dano moral encontra fundamento legal no princípio da dignidade da pessoa humana.

No que se refere à entidade familiar, sua concepção foi se transformando ao longo do tempo e hoje se fala em família constitucionalizada que contempla outras formas de família e a igualdade entre filhos. Quanto ao pai, que detinha poderes de vida e morte sob os membros da família, passa a ser detentor do dever de cuidado e proteção. Passou-se do pátrio poder ao poder parental ou poder familiar, que impõe aos pais deveres muito além dos deveres de guarda e sustento. A paternidade responsável passa a ser contemplada pela Constituição, em que o Estado não pode intervir no planejamento familiar, mas este deve ter como fundamento a paternidade responsável e a dignidade da pessoa humana.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, consoante já abordado no item 2.3 do presente trabalho, é fundamento da República Federativa do Brasil e todo ordenamento jurídico, que deve ser interpretado sob sua luz, pois se trata de princípio jurídico constitucional. É inerente a toda criatura humana, mesmo aquelas que não possuem discernimento ou capacidade para autodeterminar-se, possuem dignidade. Inclusive a criança mereceu menção

especial no art. 227 da Constituição Federal, que impôs à família, ao Estado ou a sociedade o dever de protegê-la.

Nesse caso, a família deve cumprir seu papel e garantir à criança além de suas necessidades básicas de subsistência, também o apoio moral, afetivo e psicológico. Quando isso não ocorre, coloca-se em risco o desenvolvimento pleno da criança, enquanto pessoa humana. Já é fato confirmado pela psicologia e perceptível para todo indivíduo minimamente sensível, que o ser humano, mesmo quando adulto, possui uma necessidade de receber afeto e, no caso da criança, além do afeto de outros membros da família, o afeto paterno. Quando isto não se verifica, podem surgir conseqüências negativas para o próprio indivíduo e até mesmo para a sociedade, como os casos de comportamentos agressivos ou até violentos tão comuns nos dias de hoje.

Considerando tais aspectos, a proposta da mediação familiar surge como “uma luz no fim do túnel”, como um espaço para o diálogo entre pais e filhos conduzidos pelo mediador, onde será possível reexaminar fatos e reaver questões, na tentativa de reconstrução dos laços afetivos, ou então, da reaproximação entre ambos, procurando incentivar a convivência e evitar um rompimento definitivo. Não se trata de obrigar um pai a amar um filho, mas de despertá-lo para sua importância na vida do filho.

Isso porque uma análise crítica a respeito dos fatos mostra que em inúmeros casos a ausência da figura paterna pode acarretar um dano emocional no filho.

Não cabe aqui afirmar que o indivíduo privado da figura paterna será um indivíduo problemático, atormentado, delinqüente ou infrator, mas cabe reconhecer que a figura paterna tem, sim, importância na construção da personalidade humana. Por vezes, a criança sem o pai também pode desenvolver-se como adulto saudável psicologicamente, são infinitos os casos de pessoas, inclusive públicas, que não desfrutaram da convivência paterna, e, no entanto, destacaram-se em determinadas áreas, constituíram família. Mas a aceitação da realidade é fato complexo, a percepção infantil pode variar de criança para

criança, de adolescente para adolescente, e o que para alguns é aparentemente contornável, para outros não, cada caso é um caso.

A Constituição Federal concedeu à criança e ao adolescente garantias especiais de proteção aos seus direitos. A doutrina da proteção integral da criança reconheceu que além dos direitos próprios da pessoa humana, por serem pessoas em desenvolvimento, merecem proteção especial. O Estatuto da Criança e do Adolescente reafirmou esse entendimento.

A criança e o adolescente para que possam se desenvolver como cidadãos plenos, precisam usufruir seus direitos, principalmente no que se refere ao aspecto emocional, psicológico e afetivo, para que dessa forma e com base no princípio da dignidade da pessoa humana, possam contribuir para concretização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito à própria imagem**. Curitiba: Juruá, 2003.

BARBOSA, Águia Arruda. Mediação Familiar: instrumento para a reforma do judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Pedagogo, autodidata, penalista, ousado...** Tribuna do direito. Disponível em <http://www.tribunadodireito.com.br/2006/janeiro/pg_entrevista.htm> Acesso em 22 mar. 2007.

BOCK, Ana M. Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes. **Psicologias: uma introdução ao estudo da psicologia**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1989.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação**. São Paulo: Atlas, 2002.

CARBONE, Ângelo. **Abandono afetivo**: justiça não pode obrigar o pai a amar o filho. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text140508,1>> Acesso em: 22 mar. 2007.

CARVALHO NETO, Inácio. **Responsabilidade civil no Direito de família**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2005.

CARVALHO, Pedro Antônio de. A família e o município. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CHAVES, Antonio. **Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente**. 2 ed. São Paulo: LTR, 1997.

COMEL, Nelsina Elizena Damo. **Paternidade Responsável**: o papel do pai na sociedade brasileira e na educação familiar. Curitiba: Juruá, 1998.

DIAS, Maria Berenice. Era uma vez. In: PEREIRA, Rodrigo da cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

FERREIRA, Lúcia Maria Teixeira. Tutela da Filiação. In: PEREIRA, Tânia da Silva

(Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 6.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. in:___ **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no direito de família**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2000.

MACHADO, Martha Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1980.

Menina gaúcha ganha reparação em dinheiro que será paga pelo pai que a abandonou. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/novo/index.php>> Acesso em 22 mar. 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Dano à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NARARETH, Eliana Riperti; SANTOS Lia Justiniano dos. A importância da mediação nas questões que chegam ao direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NOGUEIRA, Jaqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói**: O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. **Dano moral**: Proteção jurídica da consciência. Leme: Editora de Direito, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: **___O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REIS, Clayton . **Dano Moral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Pais, filhos e danos**. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2004/JUNHO/2506/ARTIGOS/A07.htm>> Acesso em 14 abril 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Trad. por: BARBOSA, Aguida Arruda; NAZARETH, Eliana Riperti e Groeninga, Giselle. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

SHINYASHIKI, Roberto. **A carícia essencial**: uma psicologia do afeto. São Paulo: Gente, 1995.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.v.4.