



# Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral × Pai-abandono afetivo. E a família?

## *Reflection concerning the civil liability Family Law: Son-moral injury × Father-affective abandonment. And the family?*

SOLANGE REGINA SANTOS MATZENBACHER

Advogada, graduada pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER).  
Especialista em Direito de Família pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

**RESUMO:** Este trabalho propõe uma reflexão acerca da responsabilidade civil aplicada ao direito de família, instituto a amparar as demandas de filho pedindo indenização ao pai pelo dano moral por abandono afetivo. Decerto que a família mudou, foi elevada a sua proteção constitucional bem como a criança e o adolescente, aqui na figura de filho, recebe proteção integral. Não se pode olvidar dos direitos dos filhos e dos deveres dos pais, mas, de forma contextualizada, como no caso, no ambiente de dissolução da sociedade conjugal, ambiente este de ruptura em que o conflito e a disputa estão acirrados. Os pais não conseguem se entender e os filhos ficam expostos a uma série de situações que podem gerar abalo psicológico que às vezes se perpetua por longo tempo. A responsabilidade civil aplicada no direito de família não consegue, pelos dispositivos legais, incidir sobre a conduta do pai, para determiná-la como ilícita; da mesma forma, por consequência não se consegue o nexo de causalidade, pois não se tem como apontar como única conduta a produção do dano. Fato é que as demandas com decisão de procedência definitiva não satisfazem ao filho, pois o dano psicológico não é restaurado: muito pelo contrário, é agravado, já que a relação familiar de afeto não mais existirá, por conta da ruptura definitiva entre pai e filho. Uma das alternativas para os conflitos familiares está na mediação, onde pai e filho têm a possibilidade de, passando a limpo o passado, focar a relação para o futuro e restaurar a relação familiar de afeto.

**Palavras-chave:** Abandono-afetivo; família; responsabilidade civil; mediação.

**ABSTRACT:** This work proposes a reflection concerning the applied civil liability to the family law, institute to support the demands of the son asking for reparation to the father for the moral injury by affective abandonment. For sure that the family has changed, that its constitutional protection was increased as well as the child and the teenager, here represented by the son, receives integral protection. The rights of the children and the duties of the parents can't be forgotten, but in a contextualized way, as in the case, in the environment of conjugal dissolution of the corporation, environment of rupture in which the conflict and the dispute are incited. The parents do not understand themselves and the children are displayed to a series of situations that can generate psychological shock that can last for a long time. The applied civil liability in the family law doesn't get by the legal devices to happen on the father's behavior to determine as illicit; in the same way, consequently, it doesn't get the causality nexus because it isn't possible to point as an only behavior the production of damage. Fact is that the demands with decision of definitive origin do not satisfy the son because the psychological damage isn't restored; on the contrary, it is aggravated, since the family relation of affection won't exist for the account of the definitive rupture between father and son. One of the alternatives for the familiar conflicts is the mediation where father and son have the possibility of forgetting the past, focuses the future and restores the relation of familiar affection.

**Keywords:** Affective abandon; family; civil liability; mediation.

## INTRODUÇÃO

Uma reflexão vem à mente quando se para para pensar sobre as demandas de filhos pedindo indenização ao pai pelo dano moral por abandono afetivo. Esse assunto não era sequer pensado e, hoje, ele é real. O que mudou para que isso esteja acontecendo? E a família, o que vai acontecer com ela?

A família mudou, abandonou características do século passado para agregar as características de uma Entidade Familiar, protegida pela Constituição e os princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade familiar.

A nova família prima por um ambiente de afeto para propiciar a realização e desenvolvimento de todos os seus componentes e em especial da criança

e do adolescente, em face da formação de sua personalidade.

Para estabelecimento dos contornos da família contemporânea se impõe o estudo da proteção da criança e do adolescente frente à dissolução da sociedade conjugal, responsabilidade dos pais, a conduta de cada qual para determinar as causas nesse contexto de ruptura que podem acarretar dano no psicológico do filho. As palavras, conduta, causas, proteção e danos, remontam à Responsabilidade Civil do Direito das Obrigações, mas será que cabe sua aplicação no Direito de Família? E a convivência familiar que deve ser, entre pais e filhos, afetuosa, para a vida inteira, como se mantém?

São significantes os estudos dos temas propostos para se chegar à compreensão das demandas que têm surgido no judiciário, do filho contra o pai, buscando indenização pelo dano moral causado pelo abandono afetivo. Reflexões hão que ser feitas pelos profissionais do direito e pela sociedade sobre a adequação dessa demanda, com vista à preservação da família e à continuação da relação parental. Cabe indagar sobre a pertinência do judiciário em decidir esse tipo de conflito, ou se outras alternativas têm respostas mais apropriadas face à continuidade necessária da relação parental.

A compreensão e alternativas para as questões ora propostas são verdadeiramente apreendidas a partir da incursão sobre família constitucionalizada; a família à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da Solidariedade Familiar; institucionalização da proteção integral da criança e do adolescente; dissolução da Sociedade Conjugal; responsabilidade dos Pais; responsabilidade Civil; Judiciário e Mediação.

## 1 O DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família mudou, como não poderia deixar de ser, acompanhando o contexto político, econômico e social de determinada época. A sociedade há muito clamava por esta mudança, pela necessidade de se afastar o conceito dissonante de uma família liberal, institucionalizada, hierarquizada, paternalista e singular, em que as pessoas pertenciam ao núcleo familiar com função voltada para construção de patrimônio e reprodução.

A dinâmica social exigia mudanças urgentes, pois não se poderia continuar na contramão do contexto social que se apresentava, vivendo sob a égide de uma lei infraconstitucional, como o Código Civil de 1916, reguladora das relações privadas, de maneira ultrapassada, não conseguindo tutelar as novas relações sociais.

Em 1988, com a nova Constituição Federal, o direito de família migrou do código civil para dentro da Constituição, emanando novos direitos fundamentais. O Estado passou a ser promocional, com autorização para intervir nas relações privadas, realizando materialmente os direitos fundamentais, social democrático de direito.

A Constituição Federal de 1988 de fato e de direito fez a diferença. Elevou o princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, inc. III, que passou a ser fundamento da ordem jurídica, demonstrando, sem sombra de dúvidas, a valorização da pessoa, a preocupação com sua personalidade, dando ênfase aos direitos do ser humano e, no âmbito das relações familiares, contemplou também o princípio da solidariedade familiar.

## 2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa ocupa espaço constitucional, relegando ao segundo plano o patrimônio, ocorrendo a despatrimonialização da família.

O patrimônio passa a ser instrumento de proteção da pessoa humana. Por conseguinte, Maria de Fátima Alflen da Silva preleciona que:

Igualmente, é tempo de se ver a família sob perspectiva da nova tábua de valores definida pela constituição, com ilimitado horizonte da afirmação da dignidade humana, locação eleita pela contemporaneidade dos direitos fundamentais para identificar o amplo espectro de proteção jurídica das virtualidades dos seres humanos. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana está no ápice do ordenamento jurídico e traz três traços característicos em direito de família. Em primeiro lugar, a funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos. Em segundo lugar, a despatrimonialização das relações entre os consortes e entre os pais e filhos; em terceiro, a desvinculação entre proteção conferida aos filhos e a espécie de relação existente entre os genitores.<sup>1</sup>

Assim sendo, pelo princípio da dignidade da pessoa humana o filho, criança ou adolescente passa a integrar a comunidade familiar, devendo ser tratado com respeito e consideração, por serem direitos inerentes a sua personalidade. A proteção absoluta à criança e ao adolescente está expressa na Carta Magna, art. 227, mas a eficácia não é algo fácil de se realizar, pois a família e a sociedade precisam se adequar aos novos parâmetros familiares.

Asseverando, com as palavras de Maria de Fátima Alflen da Silva é assaz solar a necessidade de se buscar uma interrelação axiológica visando uma unidade sistemática e a efetiva realização dos valores estabelecidos na carta magna diante do direito infraconstitucional, notadamente quanto ao direito do menor à convivência familiar, ao seu respeito e a sua dignidade, com a concretização da afetividade.<sup>2</sup>

Entretanto, está se tratando da criança inserida no contexto de família em que outros seres humanos também integram. Portanto, existe a necessidade de que o olhar esteja voltado com maior atenção para criança ou adolescente, mas, sem desprezar os demais membros desta família pela importância do respeito e da consideração mútua, balizada pelo princípio da solidariedade familiar.

### 3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

O princípio da solidariedade familiar baliza as relações familiares ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes da entidade familiar, ou seja, filho, pai e mãe. Estando diante desta relação circular, os deveres são recíprocos, mas tem o filho no centro de proteção, por se estar a tratar de um SER denominado pelo art. 227 CF como criança ou adolescente e a ele se ter assegurado absoluto direito de formação da personalidade, visando formar um cidadão íntegro, feliz, apto a trazer benefícios à sociedade.

A pessoa do filho, como criança ou adolescente, ganha proteção integral, em face do desenvolvimento de sua personalidade. A Constituição Federal, no art. 227, assim dispõe:

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

Demonstrou o legislador a extensão da proteção ao criar o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 15, ao dispor que:

a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Decerto muitas são as preocupações com este SER em estado de formação da personalidade. E, por isso, é

que a Constituição Federal traz o dever de convivência familiar, dentre outros, como proteção integral da criança e do adolescente. Vastas são as disposições com esse caráter, mas, na prática, encontra-se dificuldade em concretizar todos esses direitos desvinculados da espécie de relação existente entre os genitores.

Dificuldade maior se evidencia com a ocorrência da dissolução da sociedade conjugal pela separação dos genitores.

### 4 DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Com a dissolução da sociedade conjugal, por mais que se busque proteger o filho, nem sempre isso é possível. A criança e, mais ainda, o adolescente, por sensibilidade, consegue captar a mudança de ambiente, pois um dos genitores é afastado do seu convívio diário.

O legislador tem conhecimento da possibilidade dessa ruptura e o quanto ela pode vir a atingir negativamente à criança e ao adolescente e, por isso, legislou sobre a matéria.

A Constituição Federal no art. 226 § 5º dispõe sobre a igualdade entre o homem e a mulher e que a autoridade parental cabe a ambos. A lei infraconstitucional civil, art. 1632, dispõe que a dissolução da sociedade conjugal nada interfere no poder familiar com relação aos filhos.

Fato é que a dissolução do relacionamento dos pais desencadeia inúmeros problemas e, independente da vontade dos genitores e dos filhos, acontece deste último conviver no ambiente de conflito, iniciando pela questão da guarda, seguindo pela da disputa: quem fica com o filho?

Maria Berenice Dias relata através das palavras das Psicólogas Lenita Pacheco Lemos Duarte e Judith S. Wallerstein a condição em que fica o filho diante da separação dos pais:

Falar em guarda de filhos pressupõe a separação dos pais. Os filhos, querendo ou não, participam dos conflitos e se submetem aos entraves inerentes à dissolução do laço amoroso entre os pais, sofrendo consequências desse desenlace. Lembra a psicóloga que são os filhos quem mais sofrem no processo de separação, pois perdem a estrutura familiar que lhes assegura melhor desenvolvimento psíquico, físico e emocional. Consideram-se rejeitados e impotentes, nutrindo um profundo sentimento de solidão, como se os pais estivessem violando as obrigações da paternidade. O divórcio é uma experiência pungente, dolorosa e de longa permanência na memória do filho, que convive com a sensação de que está sozinho no mundo.<sup>3</sup>

Tem-se revelado que a separação dos pais é causa de dano no psicológico do filho, pois, mesmo não sendo da vontade dos genitores, o filho vive, no seu íntimo, uma série de sentimentos negativos, de perda, de culpa, de solidão e de abandono.

O fato social reiterado, como é o da dissolução da sociedade conjugal, tem mostrado que algumas famílias conseguem, apesar da separação, reestruturar-se e implementar as disposições que visam proteger integralmente a criança e o adolescente, de forma que sua personalidade se desenvolva sadia. Mas, infelizmente, outras não conseguem e isso faz com que os filhos, por inúmeros fatores e alguns deles inerentes à relação familiar, possam vir a sofrer prejuízos em seu psicológico.

Foi, também, pela interferência dos fatores externos e peculiares a algumas situações, como o da dissolução da vida conjugal, que o legislador trouxe algumas sanções próprias do Direito de Família que visam abarcar exatamente essas situações que possam causar dano ao psicológico do filho. Mas, o legislador, ao prever as sanções, manteve o foco na necessidade da continuidade da relação familiar entre pais e filhos.

## 5 SANÇÕES PRÓPRIAS AO DIREITO DE FAMÍLIA

As sanções previstas pelo legislador infraconstitucional foram de suspensão ou perda do poder familiar, art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90 e na Lei Civil nos artigos 1635 a 1638.

Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Art. 1638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

II – deixar o filho em abandono

Essa situação de conflito criou a necessidade de atribuir aos pais deveres para buscar realizar os direitos dos filhos, como criança ou adolescentes, e minimizar seu sofrimento e os possíveis danos psicológicos que também podem surgir como resultantes de uma família decomposta.

Importante observar que o legislador sanciona os pais por desrespeito aos seus deveres para com os filhos. Volta-se a frisar o quanto isso é importante, pois existe a preocupação em aplicar sanções que permitam a retomada e a continuidade do relacionamento entre pais e filhos.

A doutrina e a jurisprudência têm construído a possibilidade de sanção diversa das previstas em lei infraconstitucional, como as comentadas, trazendo a reparação pecuniária ou como tem sido tratado, indenização ao filho pelo abandono afetivo dos pais, em virtude do abandono afetivo ser causa de dano ao psicológico do filho, enquanto criança ou adolescente.

A indenização por dano moral pelo abandono afetivo é uma construção, não tem previsão expressa no livro IV, do Direito de Família e sim no campo da responsabilidade civil, título IX, contida no Livro I, Parte Especial, Do Direito das Obrigações, o que pode acarretar sérios danos à família e via reflexa, à sociedade.

Leonardo Castro fala sobre a imprudência dessa absorção plena do conflito familiar de natureza afetiva ao campo da responsabilidade civil, sob o risco de invasão dos limites do Direito de Família.<sup>4</sup>

## 6 RESPONSABILIDADE CIVIL

Apesar da imprudência alertada por Leonardo Castro, tem-se uma corrente doutrinária que defende a idéia quanto ao cabimento da indenização ao filho por ter seu pai deixado de lhe dar afeto.

O que baliza esta possibilidade é o fato do pai ter descumprido deveres legais e, com isso, acarretado dano no psicológico do filho. A contrariedade à lei é entendida como ato ilícito, por ter o pai com sua conduta voluntária, contrariado à ordem jurídica e como consequência, causado dano psicológico no filho, criança ou adolescente.

Todavia, essa corrente não se sustenta na fundamentação jurídica e o porquê pode ser verificado a partir das interpretações dos artigos 22 da Lei 8.069/90 e do art. 1589 da Lei 10.406/2002.

Os deveres dos pais encontram disposição no artigo 22 da Lei 8.069/90, *in verbis*:

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

Os deveres impostos no dispositivo acima são materiais, não guardam qualquer relação com afetividade, até porque não se podem misturar as duas coisas. Pelo que determina o artigo, os pais podem cumprir seus deveres mesmo sem expressar sentimentos de amor, carinho e atenção pela sua prole. Daí não se consegue apontar a existência de conduta do pai contrária à ordem jurídica ou ato ilícito.

O art. 1589 também abarca deveres dos pais, *in verbis*:

O pai ou a mãe em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

A lei infraconstitucional em nada contribuiu para que a situação desse filho fosse diferente no contexto familiar de litígio. Este dispositivo prevê a visita e a companhia de forma facultativa. Conforme Leonardo Castro, o contrário seria um retrocesso:

[...] O Código Civil, em seu art. 1589, prevê a companhia de forma facultativa, sempre observando os interesses da criança. É um retrocesso a consideração da companhia indispensável ao pai, pois os remete ao retorno do extinto pátrio poder. Uma criança pode viver de forma saudável, em família, sob a guarda de apenas um dos pais, sem qualquer prejuízo ao seu desenvolvimento.<sup>5</sup>

A comunicação dos pais, em virtude da separação conjugal, está comprometida pelo conflito instaurado e, na grande maioria dos casos, piorando ainda mais a situação do filho.

A lei civil estabelece a visita para filho, que é uma forma não de união, mas de separação entre pais e filhos por implicar naturalmente em exclusão de um dos genitores da maior parte das atividades que realiza uma criança e, por conseguinte, uma família. Demonstra que o próprio legislador não consegue, no plano fático, abarcar situações que contemplem o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente.

Colaborando com o afastamento do genitor não guardião está a conduta do guardião que se incumbe, em determinadas situações, de afastar ainda mais o filho do pai, tornando improvável a realização do desejo do legislador com a fiscalização do pai na educação do filho, do art. 1589 CC.

É diante deste ambiente de conflito que se tem a criança e o adolescente, muitas vezes, usados como instrumento de vingança, na separação e após, pelas mágoas acumuladas durante a vida em comum de seus pais e na própria separação.

O psicológico da criança e do adolescente pode vir a sofrer danos, mas não decorrentes da conduta do pai por ter contrariado a norma legal, até porque se verifica que a norma legal não expressa o dever dos pais de dar amor, afeto; muito antes pelo contrário, facultam a visitação e a convivência está condicionada ao bem estar da criança e do adolescente, pois, se for danoso, deverá não acontecer. Os deveres expressos são materiais: prover alimentos, educação e tudo

que pode ser alcançado à criança sem a necessidade de afeto.

O estudo mostra que filhos diante da dissolução da vida em comum dos pais podem ser utilizados como joguetes, ora pelo genitor detentor da guarda jurídica, que cria toda uma situação na qual se faz de vítima, ora pelo outro. E isso é família, permeada por sentimentos positivos e negativos, de amor, de raiva, de alegrias e de tristezas. Diante desse quadro, como se podem apontar as causas que levam um pai muitas vezes deixar de conviver com seu filho? Precisa-se ter muito cuidado com os sentimentos inseridos no ambiente de ruptura relacional.

Parte da doutrina, ao estudar o abandono afetivo como causa de dano moral, tem buscado a Responsabilidade Civil, do Direito das Obrigações, para dar respostas no Direito de Família. A sua adequação não é unânime, face às peculiaridades do Direito de Família, de ordem subjetiva, não se encontrar em harmonia com as do Direito das Obrigações, de ordem objetiva. Quem entende ser adequada não faz uma análise razoável do instituto, limita-se na conduta do pai que contraria os deveres de educação, convivência familiar para estabelecer a conduta ilícita, definir o nexo causal e vinculá-lo ao dano.

Taisa Maria Macena de Lima relata que “há casos em que o abandono material e intelectual da própria família envolve indistintamente pais e filhos. Todos são vítimas. Não há como apontar um culpado na própria entidade familiar”.<sup>6</sup>

Muito apropriada esta colocação. Pais e filhos erram e acertam dentro da relação familiar sem, muitas vezes, conseguir explicitar o motivo e que nem sempre é a vontade de abandonar e sim de proteger evitando a construção do ambiente danoso.

Em relações familiares as causas do abandono decorrem de inúmeras fontes; desta forma, não há como usar a responsabilidade civil para punir o pai pelo dano psicológico do filho, ainda mais da forma pouco aprofundada como tem sido feito pelos nossos doutrinadores, pois, ao se aprofundar o estudo, só um pouquinho, verifica-se a inadequação da sua aplicação no Direito de Família, por não se ter como estabelecer o nexo causal.

Cabe, neste ponto uma análise, mesmo que sucinta dos elementos da responsabilidade civil que são culpa, nexo causal e dano.

A culpa, objeto do estudo, é de ordem subjetiva, entendida como inobservância de um dever que o agente, neste caso os pais, deviam conhecer e observar. A culpa pode se configurar em sentido lato, como dolo, em que o(s) pai(s) tem a intenção deliberada de agir de forma ilícita, prejudicando seu filho por meio da

má-fé, mas também como culpa em sentido estrito, negligência, imprudência e imperícia, art. 186 do CC.

O nexos Causal se configura como o vínculo entre a conduta culposa ou dolosa do(s) pai(s) e o prejuízo experimentado pela vítima, no caso o filho. Sendo assim, deve o comportamento do indivíduo estar diretamente ligado ao dano cometido; se não foi ele o causador do prejuízo ou se houve contribuição de fatores outros senão a sua conduta que contribuíram de forma que não se possa definir qual a conduta que está ligada ao resultado danoso, o liame inexistente e, conseqüentemente, não se verifica a responsabilidade civil.

O dano, de outro modo, é o efetivo prejuízo sofrido pelo agente sobre um bem que está sob a tutela jurídica de proteção.

Cavaliere Filho resume a Responsabilidade Civil Subjetiva como pressuposto da conduta culposa, que tem no ato ilícito uma manifestação de vontade, uma conduta humana voluntária, só que contrária à ordem jurídica. Ato praticado sem consciência do que se está fazendo não pode constituir ato ilícito<sup>7</sup>.

Na seqüência, define sua função e a teoria acolhida por sua relevância para o nexos causal entre a conduta e o dano.

A função da responsabilidade civil é “[...] restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre agente e vítima, restabelecer o *status quo ante* do prejudicado [...]”<sup>8</sup>.

A responsabilidade civil acolhe a teoria da causalidade adequada, logo, nem todas as condições que concorreram para o dano são a eles ligadas pelo nexos de imputabilidade, mas somente aquela que foi mais adequada para produzi-lo<sup>9</sup>.

Diante do contexto de ruptura apresentado pela ocorrência da dissolução da sociedade conjugal, em que a pessoa do filho, que como mostra a realidade, pode virar instrumento de vingança de ambos os genitores e também por todos os sentimentos que permeiam esse contexto, como apontar com segurança a conduta adequada à produção do dano psicológico, a do pai, a da mãe ou ambas? A responsabilidade civil precisa da resposta para estabelecer o nexos causal entre a conduta e o dano.

A corrente doutrinária que defende a possibilidade da responsabilidade civil ser aplicada ao direito de família tem buscado na conduta do pai, isoladamente, a desobediência aos deveres de educação, convivência familiar e desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana para estabelecer o liame causal e atribuir-lhe o dever de indenizar ao filho pelo abandono afetivo, sem qualquer tipo de estudo psicológico dos componentes da família, do pai, da mãe e do filho.

O art. 186 CC, *in verbis*:

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

A conduta do pai não sofre incidência da norma legal, não tendo como ser considerada ilícita, vez que a lei não impõe aos pais dever de dar amor, afeto, em função da educação ou convivência familiar.

A convivência familiar é facultativa, denominada para aquele que não tem a guarda jurídica como “visitação”.

Quanto à dignidade do filho como pessoa humana, desrespeito aos seus direitos é obrigá-lo a um convívio não querido por ele ou prejudicial a ele, num ambiente desarmônico, desafetuoso pelas circunstâncias que envolvem essa família, pois, neste caso, estar-se-ia contrariando aos princípios constitucionais de proteção integral da criança e do adolescente e ao da dignidade da pessoa humana.

A forma empregada pelos defensores do cabimento das demandas que pedem indenização pelo dano afetivo não encontra assento no Direito de Família, pois não são verificadas as causas que levam o pai deixar de participar da educação do filho, bem como de conviver com ele. Essas causas podem ser encontradas em vários fatores alheios à vontade do pai como, por exemplo, na conduta da mãe ao obstaculizar o acesso do pai. Contudo, está-se diante de uma criança, sem poder de compreensão da extensão da problemática existente entre o pai e a mãe, mas crescendo e escutando, reiteradamente, da mãe que é o pai que não quer estar presente, porque tem outra família, porque não liga para ele, porque tem outro filho, e isso assim segue, com a mãe incitando o filho contra o pai.

O pai, quando se aproxima, nos poucos momentos permitidos pela mãe, deflagra-se um ambiente austero, em que o filho está distante, sem envolvimento, sem aproximação, calado e proibido de contar ao pai, pela mãe, o que eles conversam.

É muito frequente pai e mãe atribuir culpas pelo rompimento da relação e isto se vivencia nas audiências de família que ocorrem no poder judiciário.

Diante de todas essas culpas não se tem como apontar com segurança jurídica de quem é a conduta que deu causa à produção do resultado danoso, se a conduta do pai ou a conduta da mãe ou até outras condutas externas que interferem no núcleo familiar.

A responsabilidade civil subjetiva, sem a compreensão e inserção dos sentimentos e emoções que envolvem o comportamento das pessoas dentro da

família, não tem fundamentação legal para chegar ao dano, não tem nexo causal, por não ser a conduta do pai a única que contribuiu para o dano psicológico no filho.

Ilustra-se este estudo com um Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, nº 757.411 – MG (2005/0085464-3), que teve como advogado do demandante Rodrigo da Cunha Pereira e outros. Reparação pelo abandono moral do filho em face do pai, fundamentado na Responsabilidade civil, por ato ilícito, mas que ao final teve a improcedência, por impossibilidade jurídica do pedido.<sup>10</sup>

O juízo de primeira instância julga improcedente o pedido inicial, salientando:

[...] Tais elementos fáticos-jurídicos conduzem à ilação pela qual o tormento experimentado pelo autor tem por nascedouro e vertedouro o traumático processo de separação judicial vivenciado por seus pais, inscrevendo-se o sentimento de angústia dentre os conseqüências de tal embate emocional, donde inviável inculpar-se exclusivamente o réu por todas as idiossincrasias pessoais supervenientes ao crepúsculo da paixão[...].<sup>11</sup>

Em segunda instância, salientando:

A 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.

O Superior Tribunal de Justiça reformou o acórdão do Tribunal de Justiça:

**EMENTA.** RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicação da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. Recurso Especial conhecido e provido.<sup>12</sup>

Deve-se ter em mente que as demandas que conseqüem, mesmo que por aplicação inadequada da responsabilidade civil, estabelecer o nexo causal entre a conduta do pai e o dano, não mensura que a função do instituto é restabelecer o *status quo* ante o que não vai acontecer com o filho que teve dano psicológico pelo abandono afetivo. Todavia, este não é o pior dos males e sim o resultado desta demanda, que é a impossibilidade da relação entre pai e filho tornar a se restabelecer. Então o filho busca indenização pela falta de afeto, mas dificilmente terá este afeto advindo do pai.

A condenação do pai à indenização leva a uma ruptura definitiva e é este o resultado real da demanda.

O ministro César Asfor Rocha, no Recurso Especial, nº 757.411 MG (2005/0085464-3), justifica seu voto favorável:

[...] Penso que o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo – mais fortemente – a outras ramificações do Direito. Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares, [...] sejam disciplinadas pelos princípios do Direito das Obrigações. [...] Essa compreensão decorre da importância que tem a família, que é alçada à elevada proteção constitucional como nenhuma outra entidade vem receber, da a importância que tem a família na formação do próprio Estado [...].<sup>13</sup>

Prosseguindo com a fundamentação do voto do ministro Aldir Passarinho Junior, “entendo que essa questão – embora dolorosa nas relações entre pais e filhos, marido e mulher, nas relações de família em geral – resolve-se no campo do Direito de Família, exclusivamente. [...]”<sup>14</sup>.

E do voto do ministro Fernando Gonçalves (Relator):

O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso? Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice buscar o amparo e amor dos filhos [...].<sup>15</sup>

Essa consequência merece consideração, dada a sua importância para o Direito de Família. No Direito Processual as demandas depois de transitadas em julgado não podem mais ser interpostas pela mesma causa e com o mesmo pedido. Desta forma, aqueles que têm sentença de procedência, imputando ao pai o dever de indenizar e ele indeniza, obtém em contrapartida, o afastamento em definitivo do afeto do pai. A convivência familiar com ele não acontecerá e, com isso, a família não mais existirá e isso é fato.

Alternativas podem ser buscadas diante do conflito oriundo da ruptura da vida conjugal dos pais que, via de regra, pode causar dano ao psicológico dos filhos. Uma delas está na Mediação Familiar, assim já tem entendimento o poder judiciário que está introduzindo-a nos foros. Mas a mediação pode ser extrajudicial, acontecendo sem interferência do poder do Estado.

## 7 MEDIAÇÃO

A mediação é um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final resolve o problema com uma solução mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito.<sup>16</sup>

O processo de mediação inclui identificar o problema, escolher o método, selecionar o mediador que facilita o diálogo, sendo imparcial, reunindo os dados, definindo o problema, desenvolvendo opções, redefinindo posições para se chegar ao interesse de cada participante do processo, barganhando e redigindo o acordo.

O judiciário, talvez, não seja o local mais adequado para se travar a disputa entre filho e pai (nesse caso a ação correta na mediação deveria ser: ajudá-los a resolver a disputa), porque seu ambiente impõe o juízo decidir a lide, não oportunizando ao filho e ao pai, o diálogo, a restabelecer a comunicação que foi obstaculizada, a vir à tona a exposição de sentimentos e motivos para se chegar ao abandono das posições e revelar os verdadeiros interesses de cada qual.

O interesse do filho nas demandas que tramitam no judiciário pode não ser o pecuniário e sim o retorno do afeto, da companhia, da convivência, mas como a demanda se trava em cima das posições, ele pede indenização, dinheiro. Ao pai, por sua vez, resta se posicionar atribuindo a culpa à mãe.

Outro fator relevante é que o tempo no judiciário é escasso, impossibilitando qualquer tentativa de se conversar, de se escutar, compreender o que cada participante desta família, na verdade, está buscando. Diante do tempo exíguo, o conflito no ápice, resta ao juiz decidir a vida de uma família e, assim, o relacionamento familiar entre pai e filho termina, juntamente com a sentença exarada pelo juízo.

Na mediação, o tempo para se chegar à resolução do conflito é determinado pelos participantes, pela importância que o interesse seja revelado para que pai e filho consigam chegar ao entendimento (acordo), “passando a limpo o passado”, focando a relação deles para o futuro e, assim, a relação ser restaurada e a família atinge os objetivos constitucionais de uma família feliz, a criança ou adolescente em pleno convívio familiar sadio.

Waldyr Grisard Filho comenta de forma colaborativa com o ocorrido ao dizer:

[...] que a mediação é uma alternativa inovadora às formas tradicionais de resolução de conflitos, porque oferece ao casal em face de separação ou divórcio um contexto adequado à negociação, possibilitando a sua

autodeterminação para garantir a continuidade das relações paterno-filiais, fomentar a coparentalidade, prevenir os inadimplementos de acordos de regulação do poder familiar e alterar a forma de comunicação disfuncionais ao a reforçar a capacidade negocial do casal [...].<sup>17</sup>

Cabe aqui enfatizar que com sapiência o ilustre doutor Waldyr nos aponta a mediação como uma alternativa eficaz na resolução dos conflitos de família, justamente por possibilitar a continuidade da relação entre pai e filho e, por conseguinte, da família, hoje relevada ao plano de proteção constitucional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consequentemente, pelo exame das ilações expostas, pode-se concluir que o Direito de Família tem dispositivos que abarcam os fatos sociais que a sociedade entende como relevantes para a família. Tais dispositivos impõem direitos, deveres e sanções próprias para as relações interpessoais cobertas por uma infinita ordem de sentimentos que se alteram por sofrer influências do meio, que é o caso da família. Esses dispositivos legais operam dentro da relação familiar de modo a possibilitar, a todo instante, a reestruturação da família e não a sua inexistência.

Aplicar a responsabilidade civil não é adequado nas relações familiares porque este instituto acolhe a teoria da causalidade adequada, onde não é possível estabelecer a culpa pela conduta do pai e da mãe, conduta ilícita e nexa de imputabilidade. Desta forma, a sua aplicabilidade em estabelecer que foi a conduta do pai que contrariou a lei, sem poder buscar os porquês, ou seja, as demais causas que contribuíram para a ocorrência do resultado que é o dano no desenvolvimento da personalidade do filho, enquanto criança ou adolescente, não pode ser admitida. E, se assim for, corre-se o risco de romper com os laços familiares que ainda podem ser retomados entre pai e filhos.

O judiciário, com o juiz exercendo o poder jurisdicional de julgar a lide de filhos em busca de indenização pelo abandono afetivo, sem o auxílio de profissionais da psicologia, somente julga, sem dar à sociedade a resposta satisfatória, proteção à criança e ao adolescente e à própria família.

A mediação, método extrajudicial de resolução de conflitos é uma das alternativas encontrada para realizar os objetivos constitucionais de proteção à família e integral proteção ao desenvolvimento psicológico da criança e adolescente pela retomada da comunicação entre pai e filho, a abertura do diálogo, o afloramento dos sentimentos pela revelação dos



interesses, possibilitando a reestruturação da relação familiar futura e o retorno ao *status quo ante*.

## REFERÊNCIAS

SILVA, Maria de Fátima Alflen da. *Direitos fundamentais e o novo direito de família*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de família*. 4. ed. rev. atual. e ampl., 3. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. *Revista de Direito de Família*, São Paulo: IOB, v. 9, n. 46, fev./mar., 2008.

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.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. 3. tir. rev. aum. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

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

GRISARDI FILHO, Waldyr. A mediação como instrumento na solução dos conflitos de família. *RDF*, n. 50, out./nov. 2008.

HAYNES, M. John; MARODIN, Marilene. *Fundamentos da mediação familiar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

## NOTAS

<sup>1</sup> SILVA, Maria de Fátima Alflen da. *Direitos fundamentais e o novo direito de família*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 82.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>3</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de família*. 4. ed. rev. atual. e ampl. 3ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 392.

<sup>4</sup> CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. *RDF*, v. 9, n. 46, p. 15, fev./mar. 2008. Assunto Especial. Doutrina.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. 3. tir. rev. aum. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 22.

<sup>8</sup> *Idem*. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 36.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>10</sup> <http://stj.gov.br>. Documento 595269. Recurso Especial nº 757.411 MG (2005/0085464-3) Inteiro teor do acórdão. Site certificado. DJ: 27/03/2006, p. 1.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 8-9.

<sup>16</sup> HAYNES, M. John; MARODIN, Marilene. *Fundamentos da mediação familiar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996, p. 11.

<sup>17</sup> GRISARDI FILHO, Waldyr. A mediação como instrumento na solução dos conflitos de família. *RDF*, n. 50, p. 50-51, out./nov. 2008.