

ABANDONO AFETIVO PATERNO: O DEVER DE INDENIZAR E CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DECISÃO INÉDITA DO STJ

Lucas Daniel Ferreira de Souza¹

Resumo: O presente artigo analisa a responsabilidade do genitor quanto aos deveres intrínsecos ao poder familiar, diante da mudança de paradigma que envolve a família que cada vez mais vem rompendo os laços afetivos, nascendo um campo fértil para omissões e abusos quanto aos deveres parentais. Desta feita, o Direito das Obrigações tem sido frequentemente invocado na seara do Direito de Família. Essas situações exigem cautela, pois a legislação vigente possui um vasto rol de penalidades, e a pena pecuniária em nada contribui para a aproximação entre pais e filhos. Enquanto não se tem a posição do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, surgem possíveis soluções, como o projeto de Lei do Senado n.º 700/2007, de autoria de Marcelo Crivella, que se aprovado alterará o Estatuto da Criança e do Adolescente, transformando o abandono afetivo em prática passível de punição, tanto na esfera cível como na penal.

Palavras-chave: Indenização. Abandono. Afetividade.

ABANDONMENT AFFECTIVE PATERNO: DUTY TO INDEMNIFY AND CONSIDERATIONS ON THE DECISION OF UNPRECEDENTED STJ

Abstract: This article analyzes the responsibility of the parent as to the duties intrinsic to family power before the paradigm shift that involves family which increasingly is breaking the bonds of affection, rising fertile ground for abuse and omissions regarding parental duties. This time, the Law of Obligations has often been invoked on the likes of Family Law. These situations require caution since the legislation has a vast array of penalties, and the monetary penalty does not contribute to the rapprochement between parents and children. While no one has the position of the Supreme Court on the subject, appear possible solutions, and the proposed Senate Bill no. ° 700/2007, authored by Marcelo Crivella, which if approved will amend the Statute of Children and Adolescents transforming the emotional abandonment in practice punishable both in civil and in criminal sphere.

Key words: Indemnity. Abandonment. Affection.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O termo “família” é derivado do latim “famulus” e significa “escravo doméstico”. Criado na Roma Antiga, designava um novo grupo social que surgiu entre as tribos latinas, ao serem introduzidas à agricultura e também à escravidão legalizada. Nas famílias gregas e nas famílias romanas, o parentesco passou a ser observado e identificado com o culto aos antepassados que contribuiu para a agregação ao redor do patriarca.

Nestas civilizações antigas, cuja religião era doméstica e cada família tinha seus próprios deuses, normalmente um ente do próprio seio familiar e o culto de adoração era feito através do fogo, com a celebração do casamento: a mulher abandonava o seu deus e passava a

¹ Lucas Daniel Ferreira de Souza, advogado formado pelo UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília, em 2011. Cursando Pós-Graduação *Lato Sensu* pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus com especialização em Direito Penal e Processual Penal, com conclusão prevista para 2013. Trabalhando com total dedicação e exclusividade como provável mestrando para o ano de 2014 pelo UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília. Endereço eletrônico: lucasdanielfs@hotmail.com.

adorar o deus do marido.

O Casamento estava muito distante de qualquer sentimento afetivo e foi inclusive imposto de forma absoluta, sem qualquer possibilidade de discussão, sendo assim considerado uma instituição sagrada, recebendo esta denominação para que fosse mantida a ordem e a segurança do culto doméstico. Esta ausência de afeto faz com que o casamento, neste momento histórico, esteja muito mais ligado a um contrato do que a uma instituição sagrada, como se o mesmo estivesse equiparado tão somente a um ato social exigido naquele momento histórico. O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objetivo principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associarem-se para a felicidade e para as canseiras da vida.

Neste caso, quando o filho nascia de uma relação estranha ao casamento já carregava consigo uma sanção, pois não poderia ter como deus o deus de seu pai. Tanto nas leis romanas quanto nas leis gregas, ao pai era dado o direito de repelir o filho recém-nascido bem como o direito sobre a vida da esposa adúltera. A mulher era responsável por manter o fogo sempre aceso, uma vez que, apagado, junto às chamas também morreria o seu deus. O poder do pai com relação ao filho era tão grande que o patriarca poderia vendê-lo, ou mesmo condená-lo à morte (COULANGES, 2007, p. 98).

A tradição bíblica identifica a origem da família no ato criador de Adão e Eva, mais especificamente nas palavras divinas “dixit quoque Dominus Deus non est bonum esse hominem solum faciamus ei adiutorium similem sui”.

Entende a tradição bíblica que tais palavras revelam o desejo do criador em dar ao ser humano um agrupamento de pessoas onde não só aconteceria o seu nascimento, mas principalmente um espaço vital para seu desenvolvimento integral caracterizando Deus como o arquiteto da família. Apesar de tal entendimento convencer uma parcela significativa da sociedade, historiadores preferem explicar a origem da família através de informações históricas desprendendo-se assim, da ideia do criacionismo.

Nader (2001, p. 92) entende que a família passou por três fases: a primeira foi denominada horda, ou promiscuidade; sendo a segunda o matriarcado, onde os filhos por serem sempre vistos com a mãe que os educava e alimentava, desconhecendo o pai, permitiria afirmar que em um segundo momento a sociedade era matriarcal, sendo a figura feminina comparada com a terra, geradora da vida e supridora das necessidades humanas e, assim, quase venerada pelos homens. O autor esclarece ainda que neste segundo momento a mulher não chegou a assumir a hegemonia política, mas apenas a condição de centro da família pela designação do parentesco. A última fase foi conhecida como patriarcal na qual a família está

centrada na figura masculina. O Código Civil de 1916 adotou a estrutura patriarcal reconhecendo a família decorrente do casamento. Qualquer forma de constituição da família que fosse estranha ao casamento era considerada inapropriada, posto que havia um padrão, um modelo de família.

Hoje o conceito de família passou a ser tutelado pela Constituição Federal, que garante a ela proteção em suas diferentes formas de constituição e de reconhecimento, partindo de princípios básicos sendo eles: a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a afetividade e, segundo alguns doutrinadores, é impossível compreender a família sem tais princípios. É importante salientar que hoje o estado garante uma tutela constitucional a esse instituto, tornando-se um princípio universal e adotado na constituição de diversos países.

Em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem passou a assegurar às pessoas o direito de fundar uma família, estabelecido pelo art. 16.3 sendo disposto que: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

A família está fundamentada no princípio da afetividade, na ausência deste princípio jurídico nas relações familiares, poderia haver indenização moral conforme entendimento de alguns juízes. A justiça brasileira tem entendido desta maneira ao acolher pedidos de indenização moral decorrente da atitude do pai que causa algum dano a seu descendente, com relação à ausência de afetividade para com seu filho, porém ela não é eficaz, posto que apenas um dos envolvidos é punido, no caso o genitor, enquanto o descendente irá continuar insatisfeito, pois o desamor não pode ser valorado.

1. A FIGURA PATERNA

A partir do século XX houve profundas transformações na sociedade nos níveis econômico, cultural, religioso e de valores, entre outros. Essas modificações refletiram claramente na família, que acompanhou de forma significativa todas as mudanças sociais tendo que se reinventar diante delas. A priori, o modelo familiar era o patriarcal, que mais tarde cedeu ao modelo nuclear. A criança, que possuía vários modelos identificadores - avós, tios e primos, com o advento da industrialização e os afazeres da vida contemporânea viu sua grande família ser separada e transformada em pequenos núcleos, restando como modelos identificadores os pais e os irmãos mais velhos.

A mulher, inserindo-se no mercado de trabalho, integrou os números da população economicamente ativa e começou a desempenhar o papel de trabalhadora e de mãe, exercendo

a atividade profissional e doméstica ao mesmo tempo – a dupla-jornada. O papel do homem, que até então era visto como o único provedor do lar, sofreu significativas mudanças, já que o provento passou a ser dividido entre o casal e, com o tempo, outras funções do lar foram divididas também e homem e mulher passaram a dividir a autoridade familiar. Esta mudança nos papéis fez com que a figura paterna passasse a ser vista como um elemento mais presente no desenvolvimento da personalidade da criança o que possibilitou ao pai uma nova função na família, interferindo diretamente na formação de identidade dos filhos e passando a ser valorizado o afeto imprescindível para a formação da criança.

A figura paterna sempre teve importância no desenvolvimento da criança, mesmo antes da inserção da mulher no mercado de trabalho e que o afeto está inserido na formação básica do ser humano, se considerarmos que o indivíduo é constituído por um tripé – espiritual, físico e psíquico. O afeto se encontra inserido no último. Há que se entender que houve uma valorização do afeto paterno e que, atualmente, até mesmo a guarda dos filhos pode ser dada ao pai, fato este que outrora era restrito à mãe.

2. TRANSTORNOS PSICOLÓGICOS E OUTRAS PATOLOGIAS COMO CONSEQUÊNCIAS DO ABANDONO

Alguns teóricos afirmam que um dos danos pela ausência de afeto ocorre entre os 4 e 6 anos, justamente no período do Complexo de Édipo. Entretanto, a evolução da psicologia mostrou que este conceito não é cabal para se justificar como plenamente verdadeiro, pois teóricos posteriores a Freud mostram que a sexualidade é uma questão aberta para a vida toda, a tendência geral é que no final do Período de Latência o ser humano irá tender para a sua real orientação - heterossexualidade, homossexualidade, bissexualidade etc, mas alguns, por problemas sociais, dogmas religiosos e até por problema de estrutura de personalidade, jamais irão optar pela sua orientação, vivenciando, desta forma, uma vida afetiva e sexual que não condiz com a sua personalidade.

Outros danos possíveis causados pela ausência de afeto vão de sentimentos de baixa autoestima, processos de inadequação social, agressividade, criminalidade, insegurança, sentimento de menos valia e, até, comportamentos autodestrutivos e sociopatas.

No caso de abandono afetivo, uma vez que a maioria dos seres humanos não consegue restituir, haverá necessidade de uma resignificação deste sentimento – algumas pessoas irão trabalhar com essa falta de uma maneira tranquila, a lacuna aberta na alma será trampolim para a felicidade; outros, entretanto, sentirão uma perda significativa como se o

abandono afetivo fosse um buraco que nada pode preencher. Este sentimento, em última instância, deverá ser resignificado com o principal objetivo de amenizar os danos sofridos por sua ausência.

3. A PROTEÇÃO DO AFETO À LUZ DA LEGISLAÇÃO

Ao serem verificadas as alterações na estrutura familiar houve uma necessidade de regulamentação de normas que protegessem a identidade da criança, para tanto, a ONU criou a DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS, aprovada em 20 de novembro de 1989, e assinada pelo governo brasileiro, na qual foi estabelecida a proteção do afeto e a segurança moral da criança.

Com o objetivo de implantar as normas da Convenção sobre os Direitos das Crianças, o presidente Fernando Collor assinou o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 13 de julho de 1990. Atualmente esta legislação que completou 22 anos é reconhecida como uma das mais avançadas do mundo, tendo se tornado referência internacional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe no artigo 4º que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (ISHIDA, 2005, p. 6).

Nota-se que tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente quanto a Constituição Federal determinam que primeiramente a família é responsável pela criança, elencando subsidiariamente esta responsabilidade à sociedade e, por último, ao Estado quando na verdade o Estado deveria ser o primeiro interessado na proteção da criança.

A legislação brasileira não previu a proteção do afeto, porém, este sentimento passou a ser reconhecido como valor jurídico. Apesar da ausência de previsão legal, a legislação brasileira dispõe sobre o dever dos pais de proteção e cuidado com relação aos filhos tanto no aspecto físico quanto psíquico.

4. PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 remodelou todo sistema jurídico brasileiro, pois com sua criação, as normas passaram a ser vistas sob o prisma constitucional. O Direito de Família recebeu proteção especial da nova Constituição, fazendo surgir princípios constitucionais

oriundos da relação familiar. Ao todo, são nove princípios, sendo eles: o Princípio de proteção da dignidade da pessoa humana, Princípio da solidariedade familiar, Princípio da igualdade entre filhos, Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, Princípio da igualdade na chefia familiar, Princípio da não intervenção ou da liberdade, Princípio do melhor interesse da criança, Princípio da afetividade, e o Princípio da função social da família.

Apesar da relevância de todos os princípios mencionados, vale ressaltar que o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana foi o primeiro a surgir, prevendo o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Tartuce (2006, p. 4) explica que o princípio da dignidade humana é o ponto de partida do novo Direito de Família brasileiro.

Enquanto o princípio da afetividade pode ser apontado como fundamento das relações familiares e, apesar de não estar previsto expressamente no texto Constitucional, decorre da valorização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Através deste princípio a filiação deixa de ser vista apenas no âmbito biológico, emergindo também da edificação cultural e afetiva constante, que se faz na convivência e na responsabilidade.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL

A vingança foi vista pela lei de Talião como retribuição do mal pelo mal. Assim, quando alguém causasse um mal, a vítima por ato próprio tinha o direito de se vingar, não havendo limitações nem se cogitando o elemento culpa.

Mais tarde, a vingança passa a ter um limite, sendo ela proporcional à ofensa, caracterizando a ideia de responsabilidade civil dos dias atuais.

O Direito Romano estabeleceu uma ligação entre o direito penal e o direito civil, identificando no direito penal um caráter punitivo e no direito civil uma reparação patrimonial do dano sofrido.

A previsão do elemento culpa somente surgiu na *Lex Aquilia* onde se exigia que o agente tivesse agido de forma culposa para que o dano fosse restituído. Seguindo esta mesma linha de raciocínio, o artigo 186 do Código Civil estabelece que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Uma vez aplicada a ideia do elemento culpa, mais tarde surgiram novas teorias com o objetivo de dar maior proteção a vítimas. A primeira foi com relação ao ambiente de

trabalho, referindo-se a responsabilidade do empregador, denominada de teoria do risco, que alude que qualquer atividade perigosa que expõe o indivíduo a risco deve ser indenizada ao sofrer dano. Assim, a responsabilidade passou a ser encarada sob o aspecto objetivo: o operário, vítima de acidente de trabalho, tem sempre direito à indenização, haja ou não culpa do patrão ou do acidentado (GONÇALVES, 2003, p. 6).

Mais tarde, surgiu a teoria do dano que consiste no conceito de que quando houver dano, independentemente do elemento culpa, este deve ser indenizado.

Gonçalves (2003, p. 7) alude que a tendência atual do direito se manifesta no sentido de substituir a ideia da responsabilidade pela ideia da reparação, sendo que a culpa deve ser substituída pela ideia do risco e a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva.

A responsabilidade objetiva também foi adotada pelo legislador podendo ser verificada no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil que determina que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente ao mencionar quais são os deveres dos pais com relação aos filhos, a fim de que a criança esteja devidamente protegida, faz surgir destas obrigações a responsabilidade civil que consiste em restituir o dano causado quando não observada as determinações legais. Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 98, que “as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados”, descrevendo ainda no inciso II “por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável”.

6. INDENIZAÇÃO MORAL POR CONDOTA PATERNA DANOSA

A negligência tratada pelo Código Civil no artigo 927, ou mesmo a omissão voluntária pode ser verificada no ato de abandono do genitor, mesmo sendo difícil identificar se realmente houve abandono ou impedimento por parte da mãe como já mencionado, porém, esta ausência de sustento emocional que é fundamental para formação do indivíduo nada mais é que a caracterização do ato ilícito.

Neste sentido, pode-se afirmar que é plenamente possível o genitor ser compelido a pagar indenização moral ao seu filho quando o mesmo praticar a conduta ilícita mencionada na lei.

Seguindo esta linha de raciocínio, Daniela Josefino Afonso (Processo Cível nº

141/1030012032-0), do Rio Grande do Sul, representada pela mãe Daniela impetrou pedido de indenização moral em face do genitor Daniel Viriato Afonso na comarca de Capão de Canoas, alegando abandono moral.

O pedido foi julgado procedente, uma vez que o genitor não contestou a ação, passando a ser revel sendo que o juiz Mario Romano Magioni compeliu o pai a pagar o equivalente a 200 salários mínimos para a jovem. A ausência de afeto paterno passou a causar danos psicológicos na criança, violando o disposto no Artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. Ao proferir a sentença, o Juiz Magioni chegou a mencionar que a questão de jovens drogados está ligada ao abandono afetivo.

Com relação à ausência de defesa do genitor, o Magistrado entendeu que caracterizava ainda mais o abandono explanando:

O demandado não contestou; portanto, presume-se que não está ensejando boa educação (amor, carinho, companhia, etc.) à filha. A ausência de alimentos poder-se-á suprir mediante execução de alimentos. Os prejuízos à imagem e à honra da autora, embora de difícil reparação e quantificação, podem ser objetos de reparação ao menos parcial. Uma indenização de ordem material não reparará, na totalidade, o mal que a ausência do pai vem causando à filha; no entanto, amenizará a dor desta e, talvez, propiciar-lhe-á condições de buscar auxílio psicológico e confortos outros para compensar a falta do pai. E, quanto ao demandado, o pagamento de valor pecuniário será medida profilática, pois fa-lo-á repensar sua função paterna ou, ao menos, se não quiser assumir o papel de pai que evite ter filhos no futuro.

Ao proferir a sentença, o juiz se mostrou sensível às questões de afeto e de educação, entendendo ainda que talvez a indenização não pudesse reparar o desafeto, nem mesmo os danos causados pela ausência deste, seguindo o entendimento que afirma que deverá haver uma resignificação do sentimento afetivo a fim de que amenize a dor de não ter sido amado.

Por se tratar de interesses de menores, o Ministério Público teve participação no processo se manifestando contrário à concessão da indenização, conforme parecer da promotora De Carli dos Santos, entendendo a promotora que a questão não poderia ser resolvida com base na reparação financeira tendo em vista que “não cabe ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor”, alertando ainda, que se fosse possível à demanda, os foros e tribunais estariam abarrotados de processos se, ao término de qualquer relacionamento amoroso ou mesmo se, diante de um amor platônico, a pessoa que se sentisse abalada psicologicamente e moralmente pelo desamor da outra, viesse a pleitear ação com o intuito de compensar-se, monetariamente, porque o seu parceiro ou seu amor platônico

não a correspondesse.

Apesar do Ministério Público ter requerido a extinção do processo, o genitor foi Condenado em 2005 e ainda não cumpriu a determinação judicial de pagar 200 salários mínimos à filha, e afirma que só se reaproximará da criança se o processo for retirado. A mãe de Daniela pensa em ceder a exigência do genitor, pois sofre ao perceber que a filha a considera culpada pelo afastamento do pai com a abertura do processo.

Melka Madjar (Processo Cível nº 000.01.036747-0) de São Paulo, também ajuizou ação de indenização moral em face de Maurício Madjar, seu genitor, alegando ter sido abandonada por ele logo após o nascimento, tendo sofrido sérios danos psicológicos por conta do descaso do pai visto que o mesmo tratava os filhos advindos de outro relacionamento com ternura e amor, mas ignorava a presença da filha motivo pelo qual se sentia humilhada e rejeitada.

A autora passou a desenvolver patologias psicológicas como: explosões afetivas, desorganização interna, instabilidade emocional, comportamentos impulsivos e imprevisíveis angústias, comportamento social superficial além de ansiedade e percepção de hostilidades do meio para com ela própria, além de ser confusa com relação à própria identidade e agressiva, ficando evidente que o distanciamento do pai causou danos psicológicos a filha.

O réu sustentou em sua defesa que nunca abandonou a filha, porém, a mãe da autora é quem sempre dificultou os encontros entre as partes, boicotando-o sistematicamente e impedindo-o de exercer a função de pai.

O Magistrado Luis Fernando Cirillo explicou que não poderia rejeitar a possibilidade de pagamento de indenização do dano decorrente da falta de afeto tão somente pela consideração de que este não tem um valor monetário, aludindo também não ter sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra e a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito à obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens entendendo, também, que “o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização de dano moral se destina a tutelar”.

O juiz concluiu que a "paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia" entendendo que a demanda proposta por Melka deveria ser julgada parcialmente procedente, compelindo o genitor a pagar o montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com atualização monetária a partir da data desta sentença e juros de mora desde a citação, para reparação do dano moral, e ao custeio do tratamento psicológico à

autora, a ser apurado em liquidação concluindo que “a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) se mostra suficiente para proporcionar à autora um benefício econômico que levante ao mesmo tempo em que inflige ao réu uma perda patrimonial significativa”.

Outro caso semelhante ocorreu na 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível nº 70007104326), porém diferentemente das outras ações, esta foi movida contra o padrasto e não o pai como nas outras acima mencionadas.

O que motivou o pedido de danos morais foi o fato de que o padrasto pleiteou no judiciário uma ação negatória de paternidade objetivando a desconstituição do registro de nascimento do enteado gerando constrangimentos ao rapaz que mais tarde moveu ação de indenização moral.

O padrasto mantinha uma relação afetiva com a mãe desde a gravidez e quando a criança nasceu o mesmo assumiu a paternidade registrando o autor da ação em seu nome mesmo sabendo que não era o pai biológico ocorre que ao romper os laços com a companheira o padrasto requereu a negatória de paternidade afim de que o registro de nascimento do jovem fosse alterado.

O autor da ação argumentou que sofreu profundo abalo psicológico ao ser submetido a realizar um exame de DNA requerendo assim indenização por danos morais, entretanto o pedido do autor foi rejeitado em primeira instância.

O rapaz apelou da decisão e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reformou a sentença que negou seu pedido entendendo que era um direito do padrasto pedir a negatória de paternidade, porém o mesmo estava ciente que não era o pai biológico da criança na época do registro compelindo o requerido ao pagamento de uma indenização equivalente a oitenta salários mínimos.

7. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A INDENIZAÇÃO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

A ação movida por Alexandre Batista Fortes gerou jurisprudência ao ser apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, que se manifestou pela improcedência do pedido feito pelo rapaz.

O autor da ação teve o respaldo financeiro do pai, uma vez que o mesmo sempre pagou pensão alimentícia, porém queria do pai mais que o sustento material, queria carinho e o reconhecimento como filho. Todavia, segundo o mesmo, recebeu apenas “abandono, rejeição e frieza”, sustentando que em datas importantes como aniversários, formatura do

ensino médio e a aprovação no vestibular não teve o apoio ou mesmo a presença do pai.

A contestação do pai foi no sentido de que a indenização tinha caráter abusivo, sendo uma forma de “monetarização do amor”, tendo o Superior Tribunal de Justiça entendido da mesma forma.

O Juiz relator Unias Silva, ao prolatar seu voto se mostrou compassivo com relação aos laços afetivos que, segundo ele, devem existir nas relações familiares entendendo que a ausência de afeto deveria ensejar indenização moral, uma vez que há o descumprimento de normas jurídicas, além de acarretar sérios danos na personalidade dos filhos seguindo assim um trecho de seu relatório:

A relação paterno -filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos 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.(Apelação Cível n.º 408550-5)

Apesar de ter demonstrado profundo interesse nas relações de família, percebendo que o afeto paterno é um dever do genitor, o Relator Unias Silva teve seu voto vencido, tendo o Superior Tribunal de Justiça decidido da seguinte forma:

AÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PAI. FILHO. ABANDONO AFETIVO.

A Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo, como dano passível de indenização. Entendeu que escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que, tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo, nesse sentido, já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil. (Recurso Especial n.º 757.411)

Conforme descreve a decisão do Superior Tribunal de Justiça, nas relações de família o amparo material é mais que suficiente, visto que não cabe ao judiciário obrigar o pai a cumprir as determinações do artigo 227 da Constituição Federal que determina ser dever da família 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.

Privar o filho do sentimento afetivo é nada mais que uma forma de crueldade, o que atenta diretamente contra a dignidade da pessoa humana, mas, segundo o Superior Tribunal de Justiça, se o genitor estiver cumprindo com o dever de sustento esta situação pode ser ignorada uma vez que não cabe ao judiciário obrigar que o pai ame seu filho.

Nesta esteira, depreende-se que amar é uma faculdade, pois não se pode obrigar alguém a manter um relacionamento afetivo com outra pessoa, ao mesmo tempo em que o dever de cuidado do genitor para com a prole é uma ação de natureza objetiva, contida expressamente no Código Civil. No caso de descumprimento deste dever de cuidado, haverá sim o direito à indenização.

O ministro Fernando Gonçalves explicou que em caso de abandono afetivo a única postura a ser tomada seria a perda do poder familiar:

A determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização por dano moral. (Apelação Cível n.º 408550-5)

Ocorre que se realmente existir a situação do abandono, desconstituir o genitor do poder familiar não constituirá sanção, ao contrário, seria uma forma de legitimação do abandono, uma vez que o pai deixará de exercer uma função que não quer ter, e por este motivo não haverá nada de reparatório ou satisfatório para o filho que é a maior vítima desta relação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito de Família recebeu uma nova roupagem oriunda da Constituição Federal de 1988. Seguindo as tendências constitucionais, o Código Civil tratou rapidamente de acompanhar o ritmo da Carta Magna. O Direito tem como principal função a de regular fatos sociais visto que um de seus objetivos básicos e motivo de sua existência é o de possibilitar a vida em sociedade. Ao verificarmos que a vida em sociedade não é estática, chegaremos a conclusão de que o Direito jamais alcançará todos os anseios e necessidades sociais.

A figura paterna é um agente importante de socialização para os filhos e sua ausência, principalmente afetiva, por vezes acarreta danos irreparáveis impossibilitando-os, em alguns casos, inclusive para o exercício do amor, visto que se tornam indivíduos hostis e deprimidos condenados eternamente ao desafeto.

A Constituição Federal, O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil não foram expressos em determinar qual postura deveria ser tomada nos casos de abandono afetivo. Alguns juízes e doutrinadores entenderam que deveria ser adotada as disposições do Código Civil que determina que aquele que por ação ou omissão causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo aplicando este dispositivo em conjunto com a responsabilidade objetiva dos pais prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente e princípios constitucionais do Direito de Família para ao final aplicar o instituto da indenização moral. Outros autores e ministros entenderam que a indenização moral na relação pai-filho em decorrência da ausência de afeto era impossível, pois estaria monetarizando o afeto e este, não tem preço e foi nesse sentido que o Superior Tribunal de Justiça proferiu acórdão se manifestando pela improcedência da indenização moral, pois segundo o órgão superior é impossível determinar um “quantum” indenizatório em decorrência do desafeto. Ainda no mesmo acórdão o Tribunal se manifestou no sentido de que nos casos de abandono afetivo, a medida a ser tomada seria a desconstituição do poder familiar, mais grave sanção do Direito de Família.

É fato que as decisões do Superior Tribunal de Justiça não devem ser discutidas no sentido de serem ou não as mais coerentes e eficazes devendo tão somente serem acatadas, ocorre que com o acórdão proferido houve, de certa forma, uma legitimação do abandono uma vez que o pai que abandona o filho afetivamente não quer exercer qualquer tipo de responsabilidade ou função oriunda da relação pai-filho e segundo o órgão julgador, na relação pai-filho basta o respaldo material, pouco importando o amparo afetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal de Alçada Cível do estado de Minas Gerais. 7ª Câmara Cível. Ação de Indenização por Danos Morais. **Apelação Cível nº 408.550-5**. Apelante: Alexandre Batista Fortes. Apelado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Unias Silva. Belo Horizonte, 01 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.ielf.com.br/acordao/dano_moral/paiefilho.htm>. Acesso em 30 outubro de 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Décima Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70007104326**. Ação Indenizatória. Bento Gonçalves, Apelante: Vanderlei Biasotto. Apelado: José Biasotto. Relatora Juíza Convocada Ana Lucia Carvalho Pinto Vieira. 17 jun. 2004. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/32488,1>>. Acesso em 30 outubro de 2012.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2ª Vara. **Ação Indenizatória nº 141/1030012032-0**. Capão da Canoa. Autora: D.J.A. Réu: D.V. A. Juiz Mário Romano

Maggioni. 15 set. 2003. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 6, n. 25, p.149, ago-set. 2004.

_____, Tribunal de Justiça de São Paulo 31ª Vra Cível. **Ação Indenizatória nº 01.036747-0**. São Paulo. Autora: Melka Medga. Réu: Maurício Medga. Juiz Luiz Fernando Cirillo. 05 jun. 2004. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 6, n. 25, p.151-60, ago-set. 2004.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Minas Gerais. **Recurso Especial. 757411**. Abandono Moral. Reparação. Responsabilidade Civil. Danos Morais. Impossibilidade. Recorrente: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira Recorrido: Alexandre Batista Fortes. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 30 outubro de 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 30 outubro de 2012.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 30 outubro de 2012.

_____. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 30 outubro de 2012.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 2ª ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ONU. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro e 1990. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sedh/dca/convdir.htm>>. Acesso em 30 outubro de 2012.

TARTUCE, Flavio. **Novos princípios do direito de família brasileira**. Disponível em: <http://www.flavioartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_princfam.doc>. Acesso em: 13 de dezembro de 2008.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. Disponível em: <http://www.acmd.org.br/arquivos/id_6_declaracaouniversal.doc>. Acesso em 30 outubro de 2012.