

Indenização moral por conduta paterna danosa

Lucas Daniel Ferreira de Souza

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, o Superior Tribunal de Justiça erra quando não uniformiza o entendimento se o abandono afetivo é causa suficiente para ensejar indenização por danos morais ou não.

Palavras-chave: Dano afetivo. Abandono moral. Afeto paterno-filial.

Reparation for moral damages from father misconduct

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 we do not have the position of the Supreme Court on the matter, the Superior Court did not err when it standardizes understanding the emotional abandonment is enough to promote compensation for moral damage caused or not.

Keywords: Emotional damage. Moral abandonment. Paternal-filial affection.

1 INTRODUÇÃO

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.

Lucas Daniel Ferreira de Souza é advogado formado pelo UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, em 2011. Pós-Graduado *Lato Sensu* pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus com especialização em Direito Penal e Processual Penal, em 2014. Mestrando com Área de Concentração em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, com conclusão prevista para 2016.

O casamento estava muito distante de qualquer sentimento afetivo e foi inclusive imposto de forma absoluta, sendo assim considerado uma instituição sagrada. Neste caso, quando o filho nascia de uma relação estranha ao casamento já carregava consigo uma sanção. 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. 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.

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.

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.

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.

2 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 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.

Ao 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.

3 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.

3.1 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

Inegavelmente, o direito de família vem se modificando, tendo em vista que deve se adequar ao meio social. Até 1992, quando a nova Lei de Investigação da Paternidade regulou o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, igualando direitos e reiterando a proibição a qualquer distinção quanto à natureza da filiação nas certidões e no registro do nascimento, a legislação sobre a família, de forma muitas vezes confusa e contraditória, trabalhou com a ideia de distintos tipos de filiação, aos quais correspondiam distintos deveres e direitos de filhos e de pais.

Finalmente, a Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992 (regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências), garante

o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento em caráter irrevogável e sem mencionar limitações a esse direito impostas pela situação conjugal do pai.

O Direito de Família recebeu proteção especial da Constituição Federal de 1988, 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 NOÇÕES DE RESPONSABILIDADE

Etimologicamente, responsabilidade deriva do vocábulo latino '*respondere*' [responder], e deste sentido surge seu significado técnico-jurídico, ou seja, responsabilizar-se, tomar-se responsável, ser obrigado a responder.

Segundo a teoria clássica, a responsabilidade civil possui três pressupostos: um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano.

Na indenização o efeito dúplice da responsabilidade civil atinge o seu ápice penaliza o ofensor, desestimulando-o à novas investidas, bem como satisfaz o ânimo de restituir a ofensa à vítima. Assim, restabelece-se o equilíbrio tão necessário na ordem jurídica institucionalizada.

A conduta humana culposa, exteriorizada pela ação ou omissão, quando causa dano a outrem, enseja o dever de repará-lo. Luiz Rodrigues Wambier ressalta que o artigo 159 do vetusto Código Civil Brasileiro destaca a necessidade da presença do fator culpa, no ato causador do dano, para que se configure, via de regra, a responsabilidade civil pelo ressarcimento, tendo como seus elementos de caracterização a ação ou uma omissão, voluntária e antijurídica, explica Wambier, a existência de dano e, por fim,

a relação de causalidade entre a conduta e o resultado, vale dizer, como faz Carlos Alberto Bittar, o vínculo entre ambos.

A responsabilidade civil no Direito de Família também é subjetiva, exige um juízo de censura de agente capaz de entender o caráter de sua conduta ilícita. É preciso demonstrar sua culpa, tanto que Sérgio Cavalieri Filho observa que “a vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém, se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que se conformar com a sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo”.

Sob o aspecto do prejuízo, há que se tratar de dano certo, presente ou futuro, com exclusão dos eventuais; além de ser próprio, subdividindo-se em dano material, quando há lesão ao patrimônio e moral, se a lesão é extrapatrimonial, encaixando-se nesta categoria os chamados direitos da personalidade, e também os direitos de família emergentes, diz Omar U. Barbero das relações do pátrio poder, fidelidade e autoridade conjugal.

Convém invocar a recente lição de Rodrigo da Cunha Pereira, quando observa que o indivíduo sequer existe como cidadão, sem uma estrutura familiar, na qual há um lugar definido para cada membro, e destituído deste espaço geográfico, certamente o indivíduo, conclui Rodrigo, seria psicótico.

Augusto César Belluscio aponta entre alguns danos materiais reparáveis, derivados da separação, aqueles resultantes de lesões físicas por agressão do esposo, contágio de doenças venéreas, escândalos públicos, como também, a dissolução antecipada da comunidade patrimonial existente entre os cônjuges, quando este patrimônio está sendo administrado pelo consorte inocente, que se vê forçado a realizar a partilha, causando notórios danos materiais, como por exemplo, a ruptura de algum negócio ou contrato comercial.

Nas relações entre pais e filhos, ponderados os interesses contrapostos, observa-se: de um lado o princípio da liberdade (do pai) e do outro, o princípio da solidariedade familiar e integridade psíquica (do filho). Explica Maria Celina Bodin de Moraes que:

Dada a peculiar condição dos filhos, e a responsabilidade dos pais na criação, educação e sustento dos mesmos, seria incabível valorizar a sua liberdade em detrimento da solidariedade familiar e da própria integridade psíquica dos filhos.

No que pese a posição da autora, ousa-se discordar em parte, de seu posicionamento, haja vista que a responsabilidade do sustento material, garantindo o direito à vida, à saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura e demais direitos previstos no caput do art. 227 da CF-88, concordamos plenamente no que tange à prevalência do princípio da solidariedade em relação ao princípio da liberdade de não prover sustento material.

Já se viu que a paternidade é uma função que implica uma adoção, “pode ser sustentada por alguém distinto do pai da família em questão”. Essa adoção está ligada ao desejo, à vontade a “paternidade só existe se for exercida”. Não existe liberdade entre desejar ou não, essa ‘escolha’ vai mais além do simples querer. As escolhas percorrem caminhos inimagináveis onde o direito não pode interferir. Desta forma, é preciso demarcar o limite de intervenção do Direito na organização familiar para que as normas estabelecidas por ele não interfiram em prejuízo da liberdade do *ser* sujeito.

Sustenta-se, todavia, a divisão, o fracionamento do princípio da liberdade em duas expressões. A primeira delas, de ordem objetiva, mensurável, que implica em direitos e deveres. Seria ela, a liberdade de sustento material, da qual o pai não pode em hipótese alguma se eximir, sob pena de violação aos dispositivos constitucionais. A segunda expressão, de ordem subjetiva e imensurável, é a liberdade afetiva, que por estar relacionada com o desejo inconsciente, independe da vontade do sujeito.

Não se pode, portanto, quantificar o desejo e o amor, muito menos exigir que se goste ou não, que se realize ou não o ato de adoção.

Por se tratar de uma matéria com alta carga de subjetividade, por mais que moralmente rejeitada, o princípio da liberdade afetiva se sobrepõe a qualquer outro princípio para a realização da dignidade, visto que não se pode exigir afeto.

Pode-se chegar à seguinte indagação: princípio da integridade psíquica do filho estaria violado com o abandono afetivo? A resposta é negativa, visto que “diante da carência do pai, é o filho que constitui a função com seus próprios instrumentos”.

De certo que, mesmo que não exista pai, este poderá ser construído pelo próprio filho, através dos elementos da função paterna que estejam a sua disposição.

6 DANO MORAL

Parte da doutrina e da jurisprudência conceitua o dano moral segundo a lição de Savatier, para quem, “dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária”.

Não é essa a melhor forma de conceituar o dano moral. A Constituição de 1988 em seu art. 1º, III, consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Assim, com o advento da *Magna Charta* “ganhou evidência a preocupação necessária com a proteção da pessoa humana”.

Através de uma análise à luz da Constituição de 1988 podemos afirmar que dano moral é a ‘violação do direito à dignidade’. Dessa forma pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação a dignidade.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, será ‘desumano’, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.

Entretanto, caso haja violação à dignidade humana, se faz imperioso destrinchar os princípios corolários que a compõem. Nesse passo, o substrato material da dignidade da pessoa humana pode ser decomposto nos seguintes princípios jurídicos: princípio da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade. Haverá, portanto, dano moral, quando houver ‘violação a algum desses aspectos ou substratos que compõem, e conformam, a dignidade humana’.

Dessa forma, não se pode vincular o dano moral a meros sentimentos e sofrimentos, aliás, cada vez mais comuns na vida em sociedade. Deve-se sempre vincular o dano moral à ofensa de valores constitucionalmente tutelados, sob pena de fomentar a indústria do dano moral e conseqüentemente a banalização do mesmo. É comum, todavia, que na prática, esses valores constitucionais colidam, dificultando a configuração, ou não, do dano moral. Nesses casos, recorreremos à ponderação de interesses.

A reparação do dano moral reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada pelo consenso do juiz, que possibilite ao lesado uma satisfação compensatória da sua dor íntima. Para Carlos Roberto Gonçalves, “dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando o seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, como se infere dos artigos 1º, III e 5º V e X da Constituição Federal, que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhações”.

É inegável que o direito pátrio prevê várias sanções não indenizatórias para o dano moral ocorrido no seio das relações familiares. O fundamento da reparabilidade do dano moral ocorrido nas relações familiares está intimamente relacionado com os direitos da personalidade de cada membro da família, não sendo admissível que tais direitos sejam impunemente violados por outro integrante da mesma.

A Constituição Federal de 1988 introduziu novos contornos à família, fixando-lhe um modelo igualitário (igualdade entre os cônjuges, igualdade entre os filhos) e valorizando as pessoas e seus sentimentos.

Portanto, torna-se injustificável que fiquem sem reparação os danos morais que tenham origem em relações familiares desestruturadas.

Assim considerado, para o dever de indenizar o dano moral sofrido nas relações familiares, tem-se por significativa a lição de Décio Antônio Erpen:

A indenização a título de dano moral inegavelmente existe, mas deve sofrer os temperos da lei e da vida. Sua incidência há que se dar numa faixa dita tolerável. Se o dano causado, injustamente a outrem, integra uma faixa da ruptura das relações sadias, a reparação do mesmo não pode servir de motivo para se gerar mais uma espécie de desagregação social.

Dessa maneira, não se justifica manter impunes as condutas que violem tais exigências. Atualmente, a sanção reparatória para esses casos pode encontrar fundamentos

nos dispositivos constitucionais que admitem a reparação do dano moral e no art. 159 do Código Civil.

Os operadores jurídicos devem passar a valorizar e admitir a condenação daqueles que por seus atos ilícitos causem danos morais em suas relações familiares. É necessário superar a conduta omissiva que tem permitido a prática do referido dano sem que haja a adequada e correspondente sanção jurídica pecuniária.

6.1 Indenização moral por conduta 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, 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.

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 instancia.

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.

Havendo colisão entre princípios de igual hierarquia, deve-se buscar resolver o conflito através da técnica de ponderação de interesses. Já se afirmou que:

Essa possibilidade de contradição entre diferentes normas ou princípios integrantes de um mesmo sistema é um fenômeno absolutamente natural e inevitável, pois na formação dele são acolhidas diferentes ideias fundantes, que podem conflitar entre si.

O princípio da dignidade humana, por sua essência e valor, jamais poderá ser ponderado, visto que, é considerado absoluto. Ou seja, “a dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses”.

Logo, será este princípio “o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado”. Os demais princípios corolários serão sopesados, visando descobrir, no caso concreto, qual dos valores em tensão, expressam com maior amplitude o fundamento maior, a dignidade humana.

6.2 Dano moral na contestação de paternidade

A Lei n.8.560/92 em seu art. 1º, passou a prever as várias hipóteses ensejadoras do reconhecimento voluntário da paternidade elencado primeiramente, a perfilhação feita no próprio registro de nascimento, pelo comparecimento do genitor ao respectivo Cartório Civil.

Tal procedimento é levado a efeito, contudo, mesmo naqueles casos em que o pai registral não é o pai biológico, perfilhando, pois, um filho gerado por sua esposa ou companheira, como uma atitude, absolutamente, humanitária, calcada na expressão de afetividade que o liga ao menor e à sua mãe.

Problema surge, quando, após longos períodos de convívio familiar, tal relacionamento é rompido, saindo o pai registral – verdadeiramente pai afetivo – do lar, permanecendo o menor com sua genitora, surgindo, então, uma distância que o próprio tempo não esperava.

A problemática se agrava quando o pai socioafetivo é acionado, judicialmente, em pedido alimentar, levando este aos autos, como premissa contestatória, o fato de não possuir qualquer vínculo biológico com o autor, fazendo ruir a relação de paternidade surgida no campo da proximidade e afeição.

Seguramente que a indenização imaterial pela voluntária recusa ao reconhecimento da paternidade biológica não visa a apurar fortunas, de que são exemplos países de outro hemisfério. Esta não é a realidade brasileira, e muito menos se apresenta como a útil razão de reparo pecuniário do abalo moral.

Haja vista que a compensação financeira da dor moral tem uma função punitiva, moralizadora, ou, sob a ótica do transgressor, tem a finalidade de desestimular outras idênticas agressões ao inerente direito de carregar, desde o nascimento com vida, a integral personalidade civil e social.

A reparação do dano moral almeja compensar satisfatoriamente o sofrimento passado, sendo o dinheiro a única forma conhecida de proporcionar meios para que a vítima minore seu sofrimento, enquanto que, para o agressor, anota Clayton Reis, este “tem um sentido punitivo, que encara a pena pecuniária como uma diminuição do seu patrimônio material em decorrência do seu ato lesivo”.

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

A ação movida por Alexandre Batista Fortes, em 2005, gerou jurisprudência ao ser apreciada pela 4ª Turma do 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.

A contestação do pai foi no sentido de que a indenização tinha caráter abusivo, sendo uma forma de “monetização 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.

Apesar de ter demonstrado profundo interesse nas relações de família, o Relator Unias Silva teve seu voto vencido, tendo o Superior Tribunal de Justiça decidido da seguinte forma:

ACÇÃO. 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)

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.

De encontro ao julgado supramencionado está a decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao analisar o pedido de indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo de uma mulher do Estado de São Paulo em face de seu pai ausente

emocionalmente, sendo que o Egrégio Tribunal reformou a sentença de primeira, instância reconhecendo o abandono afetivo e determinando o quantum indenizatório.

Tendo em vista uma suposta divergência jurisprudencial de 2005 da 4ª Turma do STJ, o pai entrou com Embargos de Divergência para a 2ª Seção do STJ. A 2ª Seção, por sua vez, ao julgar o caso não conheceu dos Embargos de Divergência alegando que o caso em tela não pode ser comparado com o caso julgado em 2005 pela 4ª Turma.

Vale ressaltar que o STJ teve oportunidade, através do EREsp 1159242, de unificar o entendimento acerca da indenização por abandono afetivo.

Estamos diante de clara divergência jurisprudência e conforme sabido os Embargos de Divergência no âmbito do STJ tem justamente esse norte, pacificar o entendimento divergente das turmas. Entretanto, conforme visto a 2ª Seção do STJ optou por não pacificar a divergência, o que causa dúvida na população e na comunidade jurídica se de fato o abandono afetivo enseja indenização por danos morais como forma de compensar a ausências dos pais.

Quem saberá se a 4ª ou a 3ª Turma do STJ não mudaram seu entendimento acerca do abandono afetivo? A única certeza que temos é que com a troca de alguns ministros novas teses poderão ser readmitidas para reformar o entendimento firmado há pouco tempo atrás. E isso é uma constante.

8 OS PAIS SOCIAIS

Há algum tempo se afirmava, nas antigas aulas de Educação Moral e Cívica, que “a família é a célula *mater* da sociedade”.

Apesar de as aulas serem herança do período militar ditatorial, a frase ainda serve como luva no atual contexto, até porque o art. 226, caput, da Constituição Federal de 1988 dispõe que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado.

Assim, as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade. Sem dúvida, a socialidade também deve ser aplicada aos institutos do Direito de Família, assim como ocorre com outros ramos do Direito Civil.

A título de exemplo, a socialidade pode servir para fundamentar o parentesco civil decorrente da paternidade socioafetiva.

Pode servir também para afastar a discussão desnecessária da culpa em alguns processos de separação. Pode servir, ainda, para a admissão de outros motivos para a separação-sanção em algumas situações práticas (v.g., infidelidade pela internet). Isso tudo porque a sociedade muda, a família se altera e o Direito deve acompanhar essas transformações.

Por mais que as leis jurídicas queiram trazer garantias da paternidade através dos registros cartoriais, de investigações de paternidade etc., por mais que seja importante

para o filho saber sua origem genética, não há como assegurar, pela via apenas jurídica, a verdadeira paternidade. Esta, como já dito, é muito mais da ordem da cultura que propriamente da biologia ou genética. “A paternidade não é apenas um ‘dado’: a paternidade se faz”, assim como afirma o jurista, Luiz Edson Fachin em seu trabalho *A tríplice paternidade dos filhos imaginários*. Em outras palavras, é o que se apreende da teoria psicanalítica, ou seja, paternidade só existe se for exercida. É uma função. E é o “lugar do pai”, isto é, a função paterna, para além do genitor e do nome, que poderá oferecer, e que dará ao filho, biológico ou não, um lugar de sujeito. Em suma, não reconhecer função social à família e à interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer função social à própria sociedade!

9 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 deveriam ser adotadas as disposições do Código Civil que determinam 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 em razão da falta de uniformização de entendimento, a questão da

possibilidade de indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo paterno permanece imprevisível, restando apenas aguardar que o tema seja pacificado em um futuro próximo.

REFERÊNCIAS

- BASSOLS, Miguel. *Scilicet dos Nomes do Pai*: textos preparatórios para o congresso de Roma. Rio de Janeiro: AMP, p.54.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 30 out. 2012.
- _____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 30 out. 2012.
- _____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 30 out. 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CHAMORRO, Jorge. *Scilicet dos Nomes do Pai*: textos preparatórios para o congresso de Roma. Rio de Janeiro: AMP, p.10.
- COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. 2.ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional*: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil Teoria Geral*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.
- FERREIRA, Viviani Giovanete R. *A indenização por dano moral na ação investigação da paternidade*. In. *Revista Jurídica Cesumar*, Mestrado, vol. 4, n.1, 2004. Disponível em: <http://www.unicesumar.edu.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewArticle/380>. Acesso em 15 abr. 2014.
- FREUD, Sigmund. *La Interpretacion de los Sueños*. Buenos Aires: Santiago Rueda, 1953.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MILLER, Jacques-Alain. *Comentario del Seminario Inexistente*. Buenos Aires: Manantial, 1992.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *Deveres parentais e responsabilidade civil*, texto gentilmente cedido pela autora através de correspondência virtual, 2003.
- _____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- 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 Assembleia 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/convidir.htm>>. Acesso em 30 out. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.03.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

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

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