



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES
PATERNO-FILIAIS

RACHEL SALLES TOVAR

RIO DE JANEIRO
2010

RACHEL SALLES TOVAR

DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES
PATERNO-FILIAIS

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

Orientadores: Prof^o. Néli Fetzner

Prof^o. Nelson Tavares

RIO DE JANEIRO
2010

DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

Rachel Salles Tovar

Graduada pela Faculdade Pontifícia
Universidade Católica do Rio de Janeiro –
PUC-RJ. Advogada

Resumo: A doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Regionais, baseadas nos princípios da dignidade da pessoa humana, paternidade responsável, proteção integral da criança e afetividade, criou o conceito de abandono afetivo definido como a omissão do genitor em cumprir os encargos afetivos decorrentes do poder familiar, que geram danos emocionais merecedores de reparação. A essência deste trabalho é demonstrar que de acordo com os novos princípios constitucionais a omissão do genitor em cumprir encargos afetivos decorrentes do poder familiar, pode vir a gerar danos emocionais que deverão ser reparados pelo pai a título de danos morais, como forma de punir esta atitude repelida pela ordem constitucional e reparar os danos emocionais causados pelo abandono afetivo. Será imprescindível a menção à posição dos doutrinadores brasileiros, bem como às decisões judiciais que formam o atual entendimento dos Tribunais regionais e Tribunais Superiores, no caminho da consagração do presente tema.

Palavras-chaves: Paternidade Responsável. Violação de Direitos Próprios da Personalidade Humana. Dignidade da Pessoa Humana. Proteção Integral à Criança. Desenvolvimento Sadio da Criança. Dano moral no seu aspecto punitivo e ressarcitório.

Sumário: Introdução. 1. Princípios constitucionais e normas infraconstitucionais norteadoras. 2. O abandono afetivo nas relações paterno-filiais. 3. Dever de indenizar decorrente do abandono afetivo. 3.1. O cabimento da indenização. 3.2. Dano moral com caráter punitivo e compensatório. 3.3. Parâmetros para a fixação do dano moral. 4. Análise Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto aborda o tema do abandono afetivo, criado pela doutrina e pela Jurisprudência dos Tribunais Regionais, com base nos novos princípios norteadores da Constituição de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O presente trabalho visa a demonstrar que o conceito atual de família, baseada no afeto, exige dos pais o dever de educar e criar os seus filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade, como atribuição do poder familiar, visto que a grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio escancarar a grande influência que o contexto familiar possui no desenvolvimento sadio dos seres humanos.

Diante de tais princípios, as crianças foram colocadas a salvo de toda forma de negligência, sendo transformadas em sujeitos de direito e contempladas com um enorme número de garantias e prerrogativas. Dentre tais garantias constitucionais, e as previstas expressamente no Estatuto da Criança e do Adolescente estão o direito dos menores de se desenvolverem de forma sadia e harmoniosa, além de serem educados e criados no seio de sua família.

Atualmente, baseado nos novos parâmetros constitucionais, foram acolhidos os princípios da proteção integral da criança, da paternidade responsável, da afetividade e, por fim, o princípio da dignidade da pessoa humana que é o vetor axiológico de todo ordenamento jurídico.

De acordo com o novo paradigma constitucional, com a noção de paternidade responsável, não basta que o pai forneça auxílio material, é necessário que ele dê afeto, carinho, atenção e amor. A convivência dos filhos com os pais não é apenas um direito, é um dever que se for descumprido pode gerar a necessidade de reparação.

Busca-se despertar a atenção para o fato de que a falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, do abandono e sentimento de dor, pode gerar sequelas psicológicas que venham a comprometer o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente. A negligência do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender as necessidades afetivas do filho, pode vir a produzir danos emocionais merecedores de reparação.

Comprovado o dano afetivo decorrente da falta de convívio, a ponto de comprometer o desenvolvimento saudável do menor, ele deverá ser indenizado. Além disso, a referida omissão enseja, até mesmo, a perda do poder familiar, em decorrência do abandono (art. 1.638, II CC), porém, essa penalização não é suficiente, pois em muitos casos a perda isolada do poder familiar, ao invés de pena, pode ser uma bonificação pelo abandono do pai que nunca quis exercer de fato os seus deveres de genitor.

A ausência de cuidados com os filhos, o abandono moral, afetivo, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como a solidariedade familiar, a paternidade responsável e a dignidade da pessoa humana, valores protegidos constitucionalmente. Esta violação, quando devidamente comprovada, configura dano moral.

O principal foco deste artigo é comprovar que a indenização a título de dano moral, não se destina a “dar preço ao amor”, tampouco “compensar a dor” propriamente dita, e que talvez o aspecto mais relevante nesta condenação seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame que causou ao seu filho, e que sua conduta deve ser cessada e evitada por ser reprovável e grave. Outro aspecto da indenização é que ela também deve ser calculada em valor suficiente para cobrir todas as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas mediante tratamento terapêutico.

Objetiva-se trazer à tona a discussão sobre o cabimento ou não da condenação a título de dano moral decorrente do abandono afetivo, trazendo para análise a atual visão dos Tribunais e da doutrina pátria sobre o tema.

Ao longo deste trabalho, serão analisados os seguintes tópicos: os princípios constitucionais norteadores do tema, o significado de abandono afetivo, o cabimento do dano moral com caráter punitivo e ressarcitório. A metodologia será pautada pelo procedimento do tipo descritivo e parcialmente exploratório.

Sendo assim, o trabalho demonstra que o dano à dignidade humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres oriundos do pátrio poder omitidos não fiquem impunes, mas para evitar que condutas deste tipo sejam praticadas no futuro, uma vez que o afeto em âmbito familiar tem um preço muito alto na formação dos indivíduos, e a ausência deles pode gerar danos definitivos na personalidade dos seres humanos.

1) PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS NORTEADORAS

O ordenamento jurídico possui uma cláusula geral de proteção à pessoa humana, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III da Constituição Federal. Este princípio é um vetor que deve irradiar sobre todas as relações humanas, principalmente as relações familiares.

Segundo Gama (2007), através do referido vetor axiológico decorreram a despatrimonialização e a repersonalização das relações de família, ocorrendo assim, uma valorização da personalidade de cada componente do grupamento familiar. Buscou-se assim, desenvolver o que é mais importante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, o respeito, a

colaboração, a confiança, a amizade, a união, de modo que se busque o desenvolvimento pessoal de cada membro da família, com base em valores morais, sociais e éticos.

Nas relações de Direito de Família, o envolvimento familiar não pode ser pautado e observado apenas do ponto de vista patrimonial-individualista. Há necessidade da ruptura de paradigmas existentes até então, para poder se proclamar o afeto como principal elemento na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito de família passa a ser guiado por novos princípios, como o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art.1º, III da CF; o princípio da igualdade, disposto nos art.5º, caput e art.226, §5º da CF; princípio da solidariedade, de acordo com o art.3º, I da CR; o princípio da paternidade responsável conforme o art.226, §7º da CR; o princípio do pluralismo das entidades familiares, previsto no art.226, §§ 3º e 4º da CR; princípio da tutela especial à família, independentemente da espécie; a proteção integral da criança e do adolescente expresso no art.227, caput da CR e o princípio da isonomia entre os Filhos, nos termos do art.227,§6º da CR.

O art. 227 da Constituição Federal atenta para o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, demonstrando uma mudança de paradigma, em que se deixa de tutelar exclusivamente os interesses patrimoniais para se priorizar a busca da afetividade nas relações familiares.

Tanto a Constituição Federal, nos termos do art. 227, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, de acordo com o art. 3º, passaram a prever a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, buscando colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, transformando-os em sujeitos de direitos, com prerrogativas e garantias que devem ser efetivadas pelo Estado, pela sociedade e pela família.

O art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao prever os princípios constitucionais que regulam as relações familiares, especificamente o convívio entre pais e

filhos, determina entre os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, o direito delas possuírem um desenvolvimento sadio e harmonioso, e de serem criados e educados na sua família.

Atualmente, de acordo com Alves (2007), o conceito de família é baseado no afeto, e exige dos pais o dever de criar e educar os seus filhos, sem omitir o carinho e a atenção necessária para a formação plena da personalidade da prole, como atribuição inerente ao pátrio poder.

A Constituição Federal no art. 226, § 7º passou a tutelar o Princípio da Paternidade Responsável, em que a convivência entre pais e filhos, além de ser um direito, é um dever, que não deve ser entendido, apenas, como dever de prover o sustento material dos filhos através dos alimentos, mas deve ser visto como uma obrigação de conviver diariamente proporcionando todo o afeto necessário ao desenvolvimento psicológico saudável da prole.

De acordo com Lôbo (2006) paternidade é muito mais que prover alimentos ou causa de partilha de bens hereditário, envolve a constituição de valores, da singularidade e dignidade humana, adquiridos principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência. A paternidade deve ser vista como um múnus, é um direito-dever, construída com base numa relação afetiva. Além disso, o pai assume deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa que está em formação, ou seja, direitos à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à cultura, à profissionalização, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar.

O distanciamento entre pais e filhos pode produzir sequelas de ordem emocional e reflexos no desenvolvimento sadio dos filhos gerando danos permanentes em suas vidas.

De acordo com os novos parâmetros constitucionais e infraconstitucionais norteadores das relações familiares, os pais possuem o dever de conviver com os seus filhos, dando amor, afeto, carinho, educação e atenção, e se por sua própria vontade deixarem de cumprir com as suas obrigações de ordem material e moral, estarão desrespeitando

diretamente princípios constitucionais como a paternidade responsável e a dignidade da pessoa humana, que possuem máxima efetividade dentro do ordenamento jurídico, devendo assim, serem responsabilizados pelo descumprimento dos referidos preceitos constitucionais, arcando com os danos causados pela sua omissão.

2) O ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

O abandono afetivo ocorre quando os filhos são privados da convivência com os seus pais, seja por imposição de um dos genitores que denigre a imagem do outro genitor, seja pela própria vontade do pai que deixa de cumprir com o princípio da paternidade responsável ao deixar de conviver diariamente com o seu filho, e fornecer todo o afeto necessário para uma sadia formação psicológica da prole, violando o princípio da dignidade da pessoa humana. Esta última forma de abandono é que dará ensejo à compensação por dano moral.

Nas lições de Costa (2008), o abandono moral é tão prejudicial como o abandono material, ou até mais, afinal a carência de recurso materiais pode ser superada através do trabalho árduo do outro genitor, o afeto não pode ser substituído, a sua ausência pode destruir princípios morais, principalmente quando estes ainda não estão consolidados na personalidade da criança e do adolescente.

É o afeto que delinea o caráter da pessoa, por isso a família é a base da sociedade, e tem especial proteção do Estado, pois uma família desestruturada conduz a um desequilíbrio social, podendo aumentar inclusive a criminalidade.

A traição do dever de apoio moral - abandono afetivo parental - caracterizada pela omissão dos pais em cumprir com o seu poder familiar pode gerar traumas permanentes na vida dos filhos.

De acordo com o entendimento de Costa (2008), a ausência dos pais é suportada pela prole durante o seu crescimento, através da espera de uma pessoa que nunca aparece, de um telefonema que nunca acontece, a falta de um dos genitores nas datas comemorativas como aniversário e dia das mães ou dos pais. Essa indiferença do genitor durante anos pode gerar consequências desastrosas na formação da personalidade do menor, e por isso, algumas decisões dos tribunais do Brasil vêm julgando favoravelmente pela responsabilização do genitor que deu causa ao abandono.

Nas relações familiares, a eventual prática de um ato ilícito poderá gerar direito a uma indenização a título de danos materiais e morais, estes últimos são os que atingem os direitos de personalidade da lesada. O abandono material é tutelado amplamente pelo ordenamento jurídico. Já o abandono moral demonstra um desrespeito aos direitos da personalidade, o que impõe aos lesados, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o direito à reparação pelos danos sofridos.

De acordo com Azevedo (2004, p.14) “O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, o que causa trauma moral da rejeição e da indiferença.”

Quando se constata que o pai não alimenta a prole, não dá amor, é previsível a deformação na formação dos filhos. O amor representa elemento indispensável para a formação, o desenvolvimento e o aperfeiçoamento do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, surge a necessidade de resgatar um valor para o amor, não apenas em processos de indenização, propostos por filhos contra os pais negligentes, que os abandonaram moralmente, mas se deve buscar o amor como um valor inerente à família e a

dignidade da pessoa humana, em decorrência da importância que o afeto possui na construção da personalidade do ser humano.

3) DEVER DE INDENIZAR DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

3.1) O CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO

A possibilidade de indenização em decorrência do abandono afetivo é um dos temas polêmicos e atuais no Direito, com muitas implicações subjetivas e objetivas do descumprimento do dever de convivência entre as famílias.

O grande questionamento colocado em pauta é a busca de esclarecer se a tutela jurisdicional poderá obrigar o cumprimento de um dever moral, através da condenação pecuniária, com base no abandono afetivo.

Tribunais de todo o país vêm decidindo pela possibilidade de responsabilizar o genitor que deu causa ao abandono, o que é agasalhado, também, por grande parte da doutrina brasileira que trata sobre o tema no Direito de Família.

As decisões a respeito do assunto não buscam obrigar o pai a ter uma convivência afetiva com o seu filho. A indenização fixada pelo dano causado à auto-estima da criança ou adolescente, não visa a minimizar o trauma sofrido, mas gerar no genitor que sempre faltou com os seus deveres de pai perante o seu filho a consciência desse dever maculado.

A outra parte da doutrina, como o autor Farias (2010), não admite o dano moral decorrente das relações paterno-filiais alega que não se pode dar preço ao amor, e que não se pode caracterizar o abandono como um ato ilícito, porém este posicionamento não deve prosperar. Afinal, não se está obrigando que o genitor tenha laços de afetividade com o seu filho, mas, sim que ele tenha consciência do mal que o causou, e seja punido pelo desrespeito as normas constitucionais.

Ainda que não exista amor, a paternidade gera obrigação de cuidado, de propiciar aos filhos o desenvolvimento sadio do seu caráter, não apenas com o amparo material, mas através do resguardo da integridade psicológica e moral, para que ocorra o crescimento emocional do filho, em respeito aos princípios constitucionais.

Além disso, se o dano psicológico for devidamente comprovado por laudos de especialistas, existirão os requisitos para a responsabilização civil que são a conduta ilícita, o dano e o nexo causal.

De acordo com o art. 186 do Código Civil, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Logo, caracterizada a conduta do agente, além do nexo de causalidade entre o comportamento danoso e a alegada lesão, elementos que decorrem da teoria subjetiva da responsabilidade civil baseada na culpa, existirá o dever de indenizar.

A comprovação desse dano psicológico de forma a ensejar a obrigação de indenizar em decorrência do dano afetivo, é facilitada pela interdisciplinaridade, principalmente através da Psicologia.

Schuh (2006) entende que para a tutela do dano moral ser efetivada é necessário que o Direito busque manter uma relação interdisciplinar com outras ciências, principalmente com a Psicologia, visando compreender o comportamento humano.

Nesse contexto, deve-se ressaltar que algumas regras jurídicas possuem um fundo ético, atuando de forma a inibir qualquer atentado contra a personalidade humana. Com isso, comprovando a relação existente entre o direito e a moral, temos o instituto da responsabilidade civil, especificamente na reparação civil por danos morais.

Consoante afirma Schuh (2006), antigamente, se considerava inaceitável a possibilidade de se quantificar a moral, se atribuir um preço a dor, sendo considerado muitas

vezes uma atitude imoral querer quantificar os referidos sentimentos. Já atualmente, se preenchidas as condições e os pressupostos mínimos, previstos na lei e construídos pela doutrina, o dano moral é indenizável, e suas projeções alcançam o direito à intimidade, à imagem, à honra, à vida e, o mais recente objeto de questionamento, o direito à afetividade.

É preciso atentar para o fato, conforme preleciona Cavalieri Filho (2002, p.85) que “temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade”, com reflexos inevitáveis na conceituação do dano moral, na medida exata em que os valores compõem o referido princípio constitucional, sendo aqueles valores relacionados aos valores íntimos da pessoa, inerentes à dignidade humana que quando são violados devem ser reparados pela via de indenização por danos morais.

O Judiciário, ao analisar as questões relativas ao abandono afetivo que lhe forem apresentadas, deve ter em mente que a falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento da afetividade ou da sua inexistência, pode gerar sequelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável da prole, a omissão do genitor em cumprir os encargos que decorrem do seu poder familiar, deixando de dar atenção ao seu filho, de tê-lo em sua companhia, pode produzir danos emocionais merecedores de reparação.

Conforme os ensinamentos de Costa (2008, p.50) “criança abandonada não é somente a que vive nas ruas, devendo esse rótulo ser extirpado para que os tribunais comecem a enxergar o tamanho do prejuízo causado pelo abandono afetivo.”

O filho que não possui a referência de um pai, poderá estar sendo prejudicado de forma permanente pelo resto da sua vida, tendo que se submeter a tratamentos psicológicos para tentar superar as marcas deixadas pela ausência do pai.

A responsabilidade não é só pautada no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano sadio dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se pode determinar que um pai deva amar o seu filho, dar atenção a ele ou construir laços de afetividade, como justificam os doutrinadores brasileiros que são contra a possibilidade do abandono moral ser indenizado, nas lições de Costa (2008). A determinação das decisões judiciais deve ser no sentido de ordenar que o pai assuma uma responsabilidade que não foi cumprida no tempo devido, uma vez que o filho representa uma bênção, mas também um ônus moral e material.

A desobediência dos princípios constitucionais da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana deve gerar consequências para àqueles que os violaram. Todos os cidadãos devem ser responsáveis pelos seus atos, e devem responder quando violam normas constitucionais que possuem máxima efetividade.

Conforme o entendimento de Costa (2008, p. 50) “ Se, de fato, todas as escolhas têm prós e contras, um pai ausente deveria suportar o ônus financeiro decorrente do seu livre-arbítrio, para que a Constituição Federal fosse respeitada na literalidade dos seus princípios.”

O amor não pode ser quantificado ou indenizado, mas os danos causados na formação dos filhos decorrente da falta de afeto devem ser indenizados, como forma de punir aquele que de forma irresponsável descumpriu o ordenamento jurídico e deixou sequelas efetivamente comprovadas na vida do seu filho.

Se for comprovado que a falta de convívio gerou danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai deve ser indenizada.

A omissão pode gerar também a perda do poder familiar, em decorrência do abandono, conforme o art. 1.638, II do Código Civil, porém muitas vezes essa penalização é insuficiente, e pode ser até uma bonificação para aquele que não exerce a paternidade de forma responsável, de acordo com Dias (2009).

Logo, não resta dúvida de que a melhor forma de se punir e conscientizar o genitor que violou os mandamentos constitucionais, deixando de cumprir com os deveres decorrentes

da Paternidade Responsável, é condená-lo a pagar danos morais ao seu filho, no caso de ser efetivamente comprovado por uma equipe interdisciplinar qualificada o nexo causal entre a conduta ilícita do pai e o dano sofrido pelo filho.

3.2) DANO MORAL COM CARÁTER PUNITIVO E COMPENSATÓRIO

A indenização em decorrência do abandono afetivo pode vir a desempenhar um importante papel pedagógico no seio das relações familiares, pois além de servir como exemplo para que as pessoas não deixem de cumprir com o dever de ser um pai responsável, serve também para fazer com que o pai cumpra com o seu dever de prestar auxílio moral, mesmo que por medo de ser condenado a indenizar o seu filho, pois apesar de um relacionamento mantido sob pena de uma responsabilização financeira não ser o modelo de família ideal, tal solução ainda é melhor do que um filho abandonado e com sérias sequelas na sua personalidade.

Não se trata de qualquer ponderação entre a liberdade de amar do pai e o direito do filho em ter uma convivência afetiva com o seu pai, mas se trata de dar aplicabilidade direta ao princípio constitucional da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, baseado no direito do filho de ter um desenvolvimento saudável.

O Poder Judiciário tem o papel de mostrar o que é certo e errado com base nos comandos legais, logo, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os seus filhos para a formação de uma sociedade mais justa, cabe à Justiça impor essa obrigação, visando a dar a máxima efetividade às normas constitucionais.

No intuito de dar máxima efetividade às normas constitucionais, buscando tutelar o abandono afetivo, a forma encontrada pelo Estado-Juiz é a indenização pecuniária, que deve ter um caráter sancionatório (punitivo) e compensatório, visando a desmotivar toda e qualquer

atitude semelhante a do pai omissor. Seria uma forma de dar uma resposta à sociedade e servir de alerta para todos os pais que não cumprem a paternidade de forma responsável.

De acordo com Santos (2005, p.26): “ A indenização conferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atende duas relevantes funções, além da compensatória : a punitiva e a dissuasória.”

Logo, conforme as lições de Silva (2004), não se trata de atribuir um preço ao amor, como defendem os doutrinadores que resistem ao tema abordado, tampouco compensar a dor, talvez o aspecto mais relevante seja obter a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do mal causado ao filho e mostrando a ele, e outros pais que a conduta de abandono praticada deve ser evitada e cessada, por ser extremamente grave, e gerar consequências negativas permanentes na formação da personalidade dos seus filhos.

Além do caráter punitivo-pedagógico, o dano moral deve ter a função de indenizar o filho pelos danos efetivamente suportados. Não basta alegar que foi abandonado pelo pai, sem provar o efetivo abandono, o filho deve comprovar que em decorrência desse abandono ele suporta danos permanentes na sua personalidade.

Conclui-se que para a procedência da condenação do pai ao dever de indenizar o seu filho abandonado, é necessária a união do caráter punitivo-pedagógico, com a comprovação da existência efetiva de um dano a ser ressarcido.

3.3) PARÂMETROS PARA A FIXAÇÃO DO DANO MORAL

A responsabilização por abandono afetivo deve ser vista pelos juristas com cautela, pois deve ser afastada a idéia da “indústria do dano moral” ou de “loterias indenizatórias”, estando o poder decisório do Juiz diretamente atrelado a uma matéria baseada num valor essencialmente humano, nos dizeres de Schuh (2006, p.63-64).

O dever de indenizar não pode ser pautado no caráter punitivo- pedagógico genérico, simplesmente baseado na palavra do filho de que foi abandonado. O abandono deve ser provado, e além disso deve ser demonstrado o efetivo dano causado (caráter ressarcitório).

O dano moral será pautado na culpa/dolo do pai que abandonou o seu filho, violando preceitos constitucionais, nexos causal e no dano efetivamente causado.

Ao afirmar que devem ser apresentadas provas para fundamentar o pedido indenizatório do filho, não sendo suficiente a simples afirmação e demonstração do abandono, não se está exigindo prova do dano moral, pois este não pode ser comprovado, já que se dá *in re ipsa*, se está determinando que sejam provados os danos psicológicos efetivamente causados ao filho.

Nesse contexto, a relação do Direito com outras disciplinas será fundamental, principalmente com a Psicologia, para que sejam elaborados laudos psicológicos buscando comprovar os danos causados na formação da personalidade do indivíduo privado da convivência paterna. Poderão ser nomeados psicólogos do Poder Judiciário, ou serem apresentados laudos relativos ao acompanhamento psicológico, devidamente corroborados pelo profissional em juízo.

De acordo com as lições de Schuh (2006), o juiz ao analisar o mérito, na formação do seu convencimento, deverá considerar a capacidade processual do autor da ação, o convívio familiar o qual está inserido, se seus genitores estão ou estiveram envolvidos em litígios de ordem familiar, quais os motivos que fizeram com que o elo entre os familiares fosse perdido, ou não consentido, bem como a comprovação dos danos sofridos e de culpas unilaterais ou concorrentes.

Vejamos as palavras de Schuh (2006, p.66) “A preocupação quanto à capacidade processual do autor da ação de indenização por abandono afetivo existe no sentido de avaliar qual a manifestação de vontade que, efetivamente, está sendo demonstrada na propositura da

ação, se a do filho, absolutamente ou relativamente incapaz, o a do representante processual, o que difere dos casos em que o autor é maior e capaz.”

A possibilidade de o pai ser condenado a indenizar o seu filho é maior quando o filho já é plenamente capaz, pois será mais fácil o dano ser comprovado, além de ficar evidente o caráter punitivo, pois geralmente só se busca a indenização quando efetivamente todas as tentativas de se estabelecer os laços de afetividade foram infrutíferas.

A indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas mediante tratamento terapêutico.

Sendo assim, a indenização advinda da procedência da ação, que reconhece o dano psicológico ocasionado ao filho, deverá servir para no mínimo, custear-lhe tratamento específico por profissional da área da psicologia ou da psiquiatria, visto que o tratamento de uma patologia gerada ao longo dos anos não poderá ser sanada em poucas sessões de tratamento, o que irá ocasionar um elevado custo, nas lições de Schuh (2006).

Logo, a indenização deverá ter um caráter punitivo e compensatório ao mesmo tempo, baseada sempre na comprovação do dano efetivo decorrente diretamente do abandono afetivo, e como forma de punir o pai que deixou de cumprir os princípios constitucionais da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana.

4) ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A questão a respeito da possibilidade da condenação de dano moral decorrente do abandono afetivo nas relações paterno-filiais é divergente nos Tribunais do país.

Os Tribunais Regionais divergem entre si, porém existem diversos precedentes favoráveis ao pleito indenizatório.

De acordo com Melo (2008), a primeira decisão sobre a matéria se deu no Estado do Rio Grande do Sul, na comarca de Capão da Canoa, pelo juiz Mario Romano Maggioni, que condenou um pai por abandono moral e afetivo da sua filha, na época com nove anos, a pagar uma indenização por danos morais correspondentes a duzentos salários mínimos. Esse julgado transitou em julgado, e se encontra em fase de execução. O magistrado fundamentou a sua decisão no dever dos pais de sustento, guarda e educação dos filhos, e que a ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e imagem.

Existem, também, dois precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo que julgaram procedente o pleito indenizatório, em decorrência do abandono afetivo nas relações paterno-filiais. O julgado mais antigo foi proferido pela 31ª Vara Cível de São Paulo, pelo Dr. Luis Fernando Cirillo, e condenou um pai a indenizar a sua filha na importância de cento e noventa salários mínimos, reconhecendo que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e além disso não se pode rejeitar a possibilidade de pagamento de indenização do dano decorrente da falta de afeto simplesmente pela consideração de que o verdadeiro afeto não tem preço, pois também não tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a imagem, a dignidade tenham um preço, e nem por isso se nega o direito à obtenção de um benefício de ordem econômica (31ª Vara Cível de São Paulo, Processo nº 000.01.036747-0, J.07.06.2004).

O julgado mais recente do Tribunal de Justiça de São Paulo ocorreu neste ano no dia 24/03/2010, e o Relator Ribeiro da Silva deu provimento ao Recurso de Apelação para condenar o pai a indenizar a sua filha em decorrência do abandono afetivo, em nome do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e no dever de tratar igualmente os seus filhos (TJSP, 8ª C.Cível, AC 994060300807, 2010).

.Outra decisão que merece destaque, pois em decorrência dela o tema chegou ao Superior Tribunal de Justiça, é a proferida pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, pelo voto do Relator Unias Silva, que reformou a sentença de primeiro grau, acolhendo o pedido de um rapaz contra seu pai, a receber uma quantia em decorrência do dano moral sofrido pelo abandono afetivo, e teve como principal fundamento o fato de que ser pai não é só dar dinheiro para as despesas de ordem material, o genitor deve suprir todas as necessidades de um filho, uma vez que ele tem o dever de possibilitar o desenvolvimento humano da prole, com base no princípio da dignidade da pessoa humana (TAMG, 7ª C.Cível, AC 0408550-5, 2004).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro se posicionou recentemente de forma favorável ao dano moral decorrente do abandono afetivo.

Em recente julgado (20/10/2009), a Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira da 8ª Câmara Cível confirmou a decisão de 1º grau que havia julgado procedente o pedido de dano moral pleiteado por uma filha em face do seu pai, em decorrência do abandono afetivo e intelectual.

A Desembargadora fundamentou a sua decisão no sentido de que “toda atividade humana pode acarretar o dever de indenizar, desde que a ação e a omissão praticada provoque danos de ordem material ou moral na esfera jurídica de outrem, e exista nexo de causalidade ligando o comportamento do agente ao dano”, além disso destacou que não existe obrigação do pai sentir afeto, mas os genitores devem proporcionar aos filhos o desenvolvimento sadio do seu caráter, resguardando a integridade moral e psicológica, e não apenas fornecer amparo material. Todos os argumentos foram pautados no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (TJRJ, 8ª C.Cível, Ap.2009.001.41668).

Deve-se ressaltar que existem diversos precedentes nos Tribunais do Brasil que admitem a possibilidade do dano moral em decorrência do abandono afetivo, mas somente

não julgam procedente o pedido indenizatório, em razão da ausência de prova do dano causado. Neste sentido segue um trecho de uma decisão: “O fato é que não restou demonstrado o prejuízo moral sofrido pela apelante, nem mesmo o ato ilícito praticado pelo apelado. Até porque, como ressaltou o douto sentenciante, de uma forma ou de outra o apelado prestou assistência, mesmo que de forma mínima. Apelação não provida (TAMG, AC 1.0024.06.005493-9/001, 2008).

O Superior Tribunal de Justiça possui dois precedentes a respeito do tema. Numa primeira decisão, a 4ª Turma deu provimento, por maioria, ao recurso do pai para afastar a indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo que havia sido acolhida pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais (STJ, 4ª Turma, Resp, 757.411 – MG, 2005).

No acórdão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, os votos vencedores dos Ministros Fernando Gonçalves (relator) e Aldir Passarinho Junior, adotaram como fundamento para dar provimento ao Recurso Especial, o fato de que muitas vezes aquele que detém a guarda isolada do filho transfere aos filhos sentimentos de ódio e vingança, além de considerar que o Judiciário não pode obrigar alguém a amar, ou a manter relacionamento afetivo. Por fim, o Ministro Fernando Gonçalves questionou se após o pai ser condenado a indenizar o seu filho por não lhe ter atendido as necessidades de afeto, ele encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento, ou ao contrário se verá definitivamente afastado da sua prole.

Imperioso salientar que o Ministro Fernando Gonçalves utilizou o estudo social para fundamentar o seu voto, e ressaltou que de acordo com os elementos fático-probatórios o autor passou por um processo traumático ao vivenciar a separação dos seus pais, e possui um sentimento de indignação pela tentativa do pai de reduzir a pensão alimentícia, propósito contrário ao pleiteado na inicial da ação por abandono moral, e parecido com os propósitos da

sua genitora. Logo, observa-se que o Ministro constatou a ausência da prova do dano, e uma influência da genitora nos sentimentos do filho, o que leva a crer que se o dano fosse efetivamente comprovado o resultado da votação poderia ter sido diverso.

Deve-se ressaltar, que o Ministro Barros Monteiro, votou pelo não provimento do recurso, por entender que restava configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como a conduta ilícita do genitor que deixou de cumprir o seu dever familiar, deixando de preservar os laços de paternidade.

A outra decisão, também, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade não conheceu o Recurso Especial, nos votos dos Ministros Aldir Passarinho (relator), João Otávio Noronha, Luis Felipe Salomão e Fernando Gonçalves (STJ, 4ª Turma, Resp, 514.350 – SP, 2009). O acórdão do Recurso Especial manteve o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que havia afastado a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral, diferentemente da decisão de primeiro grau que tinha reconhecido a possibilidade. O acórdão adotou como fundamento o Recurso Especial 757.411 – MG.

Por fim, o único acórdão analisado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal não adentrou no mérito do cabimento ou não da indenização decorrente do abandono afetivo, por entender que se trata de matéria exclusivamente infraconstitucional, e que a ponderação do dever familiar firmado no art. 229 da Constituição Federal com a garantia constitucional da reparação por danos morais decorreria do reexame fático-probatório, já debatido nas instâncias ordinárias e exaurido pelo Superior Tribunal de Justiça, devendo incidir a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal (STF, 2ª Turma, RE 567164 ED, 2009).

Verifica-se que os Tribunais Regionais estão longe de ter um entendimento pacífico sobre o assunto, e apesar do Superior Tribunal de Justiça não ter admitido a indenização decorrente do abandono afetivo nos dois precedentes existentes, os votos não foram

unânicos, o que demonstra que o entendimento pode ser modificado. Além disso, o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do judiciário brasileiro ainda não apreciou o mérito da questão.

CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho, observa-se que os Tribunais brasileiros estão cada vez mais acolhendo a possibilidade da indenização em decorrência do abandono afetivo nas relações paterno-filiais.

Conclui-se que o distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no sadio desenvolvimento do filho, que pode gerar reflexos por toda a sua vida.

Logo, em decorrência desses danos permanentes causados na vida dos filhos pelos pais deve ser fixada uma indenização pelos Magistrados como forma de compensar o sofrimento da criança ou do adolescente, e punir o genitor que deixou de cumprir com os mandamentos constitucionais.

Entretanto, nas lições de Schuh (2006) deve existir uma preocupação extremada em não permitir que as indenizações fixadas em decorrência do abandono afetivo nas relações paterno-filiais tenham como sentido a vingança ou a imposição de um castigo, o Magistrado deve analisar o pedido de dano moral com prudência, razoabilidade, e solicitar o auxílio de profissionais das áreas de psicologia e psiquiatria para que o dano seja efetivamente demonstrado, e se evitem pleitos abusivos.

Deve-se fazer uma dupla advertência: ao profissional do Direito, que tenha cautela na propositura de ações a esse título e, ao Judiciário, que pautе suas decisões pela prudência e seriedade, de tal sorte que não se venha a dar guarida a sentimento de vingança onde a criança

seja apenas usada como instrumento na obtenção de indenizações, conforme o entendimento de Melo (2008). Afinal, o Judiciário tem que buscar remediar as situações de abandono, e não compactuar com esses sentimentos de vingança.

Por isso, a tarefa do Magistrado deve ser cautelosa, e sempre pautada em provas concretas dos danos deixados na vida do filho pelo pai negligente, apresentadas por profissionais idôneos de outras áreas.

Deve-se ressaltar que um dos principais motivos para o Superior Tribunal de Justiça ter negado o pleito indenizatório no Recurso Especial nº 757.411 foi a falta de prova do dano, e a presença de indícios do sentimento do filho estar influenciado pelo da genitora. Essa conclusão foi devidamente atestada por um estudo social, o que demonstra que o Judiciário agiu com a cautela devida.

Por outro lado, uma decisão que não seja favorável à indenização, mesmo com a existência de provas contundentes do dano causado, abriria um precedente de impunidade em relação aos pais que geram e não cuidam dos seus filhos.

Ao contrário do que uma parte da doutrina alega para negar o pleito indenizatório, não se trata de “dar preço ao amor”, mas sim punir o genitor que violou o mandamento constitucional, e deixou de cumprir os seus deveres paternos.

A indenização deverá observar um aspecto punitivo e compensatório, o primeiro para penalizar o pai que deixou de cumprir os seus deveres, e o último para tentar reparar um dano causado na formação da personalidade e identidade da criança ou adolescente.

Sendo assim, é inquestionável o fato de que a ausência da figura paterna pode gerar sequelas emocionais para o resto da vida do indivíduo, e quando os danos são devidamente comprovados, deixar de tutelá-los seria o mesmo do que deixar de dar máxima efetividade ao mandamento constitucional que determina a indenização a título de dano moral em caso de violação aos direitos da personalidade.

Por todo o exposto, o abandono afetivo decorrente das relações paterno-filiais deve ser indenizado, pois gera sequelas psicológicas permanentes na vida de um filho que foi privado de ter a presença do seu pai durante todo o seu desenvolvimento como ser humano, além do fato de representar uma grave violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Paternidade Responsável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A Função Social da Família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n.39, p.144-145, dez/jan.2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Jornal do Advogado*. OAB/SP. São Paulo, n.289, p.14, dez.2004.

BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. AC n. 0408550-5. Relator Unias Silva. Publicado no DOU de 29.04.2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC n. 994060300807. Relator Ribeiro da Silva. Publicado no DOU de 06.04.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC n. 1.0024.06.005493-9/001. Relator Alberto Aluísio Pacheco de Andrade. Publicado no DOU de 01.03.2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo n. 1.030.012.032-0. Juiz Mário Romano Maggioni.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC n. 2009.001.41668. Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira. Publicada no DOU de 20.10.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo n. 000.01.036.747-0. Juiz Luis Fernando Cirillo. Publicado no DOU de 07.06.2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 6.ed., São Paulo: Editora Atlas.

COSTA, Walkyria C. N. Abandono Afetivo Parental. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, n.276, p.49-90, jul.2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 5.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Direitos das Famílias*. 2.ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A Função Social da Família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n.39, p.157-158, dez/jan.2007.

MELO, Nehemias Domingos. Abandono Moral - Fundamentos da Responsabilidade Civil. *Revista IOB de Direito de Família*, São Paulo, ano 9, n.46, p.01-14.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Indenização por abandono afetivo. *ADV- Seleções Jurídicas*, fev.2005.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: a Valoração do Elo Perdido ou Não Consentido. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano 8, n.35, p.53-77, abril./maio.2006.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista Brasileira do Direito de Família*, ano VI, n.25, ago./set.2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Paternidade Socioafetiva e a Verdade Real. *Revista CEJ*, Brasília, n.34, p.15/21, jul./set.2006.

