



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Dano Moral decorrente do Abandono Afetivo.

Ana Augusta Ferreira França

Rio de Janeiro
2013

ANA AUGUSTA FERREIRA FRANÇA

O Dano Moral Decorrente do Abandono Afetivo

Artigo apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola e Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Processual Civil – Curso de Direito.
Professor Orientador: Lilian Dias Coelho Guerra

Rio de Janeiro
2013

O DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

Ana Augusta Ferreira França

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada

Resumo: O presente artigo analisa a questão dos afetos, em especial sua importância para a formação da psique de crianças e adolescentes, apresentando também a questão processual pertinente à possibilidade do pedido de dano moral decorrente do abandono afetivo, trabalhando a temática sob a ótica do direito material e processual.

Palavras-chave: Família. Abandono Afetivo. Dano Moral.

Sumário: 1.Introdução. 2. Abordagem Constitucional; 2.1. O dever Jurídico de Cuidar dos Filhos; 2.2. O direito à convivência familiar; 2.3. O afeto nas relações entre pais e filhos; 3. O pedido de Dano Moral e a Investigação de Paternidade Tardia; 3.1. O Dano Moral no Abandono Afetivo. 4. Considerações Finais. Referências.

1- INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar a questão do Dano Moral decorrente do Abandono Afetivo, tema bem polêmico que vem causando muita discussão no mundo jurídico, analisando a questão não somente sob a ótica processual, mas também os transtornos psicológicos que podem causar aos menores que são criados sem o afeto dos genitores.

Tais reflexões se fazem necessárias em função dos princípios constitucionais que estão sendo violados, tais como: o Melhor Interesse do Menor, da Igualdade e Paternidade Responsável entre outros. Terá embasamento também no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código Civil e no Código de Processo Civil.

Na primeira parte da pesquisa apresentar-se-á uma abordagem constitucional, onde examinaremos o Dever Jurídico de Cuidado dos Filhos, por muita das vezes negligenciado, apesar da proteção elencada no art.227 da Constituição Federal.

Abordar-se-á também o Direito à Convivência Familiar que não está sendo respeitado, violando o ideal da família como a base da formação e do desenvolvimento de crianças, para que está se tornem adultos estruturados.

A posteriori discutirá a pesquisa, a questão do afeto nas relações entre pais e filhos, pois mais importante que dinheiro, moradia, alimentação, é o amor e o cuidado que devem pautar e existir nas relações familiares.

Posteriormente será discutida a possibilidade jurídica da ação de reparação por Dano Moral no Abandono Afetivo e as opiniões controvertidas na doutrina e na jurisprudência.

Grande parte dos genitores estão desrespeitando as crianças causando um transtorno psicológico e que se não forem tratadas levarão essas mágoas para o resto da vida e poderá afetar o convívio delas perante a sociedade.

A metodologia utilizada no trabalho foi a da pesquisa bibliográfica e análise de jurisprudências e revistas.

2- ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

As crianças e os adolescentes sempre receberam proteção diferenciada do Estado, por isso a necessidade de uma defesa em torno dos seus direitos fundamentais por profissionais ligados diretamente a eles, como psicólogos, médicos, assistentes sociais, advogados, promotores de justiça, juízes, associações e a própria sociedade.

O direito da criança e do adolescente e o próprio artigo 227 da Constituição Federal têm

uma perspectiva universalizante, porque pretendem regular todas as relações jurídicas de crianças e adolescentes com o Estado, a Família e a Sociedade, ou seja, o mundo adulto.

Ha uma necessidade de uma proteção especial para os menores, pois eles ainda estão em fase de desenvolvimento, conforme menciona a Constituição no artigo 226 § 3º e 227, §5º e 6º, sendo que tal medida visa à proteção dos princípios constitucionais, da Dignidade da pessoa Humana e da Igualdade do Direito à Convivência em Família, entre outros, são os direitos fundamentais da pessoa humana ainda em fase de desenvolvimento, incorporando esses princípios constitucionais no Estatuto da Criança e do Adolescente, reza os artigos 1º e 2º, sobre a Proteção Integral da criança e do adolescente.

Silva¹ afirma que “Os Direitos Fundamentais da criança e do adolescente tem eficácia plena, o que poderíamos exemplificar com o direito á convivência em família, o direito ao não trabalho, o direito à inimizabilidade penal” [..]

O Direito à Convivência em Família, que está previsto no caput do Art. 227 da Constituição Federal é um direito essencial para a criança e o adolescente, pois é um dos direitos da personalidade infanto-juvenil, inerente a elas, não correlato com a personalidade dos adultos.

Gama² sustenta:

Atualmente a dignidade da pessoa humana atua no sentido de assegurar o pleno desenvolvimento da dignidade e da personalidade de todas as pessoas humanas que integram a entidade familiar, ainda que sob o prisma social haja tanta violação ao principio da dignidade da pessoa humana, especialmente das crianças, dos adolescentes e dos idosos.

Quanto ao principio da Proteção Integral, conforme reza o art. 3º da Lei 8.069/90 “a

¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.465-829.

² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada á luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2008,p.71.

criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata a lei, para que haja o desenvolvimento físico, moral e espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.”

Neste princípio está a efetivação de todos os direitos fundamentais da criança e do adolescente, centrada na concepção de que estes direitos fundamentais formam um todo unitário do qual deve ser assegurado para a proteção destes.

Outro princípio de relevante importância é o da Igualdade, pois toda criança e adolescente tem direitos fundamentais iguais, não se pode haver um tratamento diferenciado entre ricos, pobres, brancos ou negros, pois perante a Constituição todos somos iguais, com os mesmos direitos.

Terceiro princípio a ser discutido é o da Paternidade (Parentalidade) Responsável, como observa Soares³:

[...] que deve-se ressaltar a possibilidade de a noção do termo realmente se limitar apenas a linha paterna na ascendência em primeiro grau da pessoa, diante dos inúmeros episódios individuais envolvendo a não-assunção de qualquer responsabilidade do homem nos efeitos da paternidade-filiação – sob o prisma biológico – que se estabelece em virtude de sua participação na concepção da criança, gerando famílias monoparentais matre.

O princípio da paternidade ou parentalidade em regra deve ser usado mais para os homens, pois em muitos os casos as mulheres estão sustentando os lares sozinhas. Assim, o termo Paternidade deveria ser Parentalidade se estendendo para as mulheres, porque também acontece o anverso, pois também acontece de mulheres abandonarem os lares e os homens acabarem sustentando e educando sozinhos os lares.

Um princípio de suma importância para o direito de família é o da Afetividade, é

³ SOARES, apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, p.77

considerado um princípio implícito, regido pelo afeto nas relações familiares que é o que traz a estabilidade neste seio familiar.

Assim, a relação afetiva dos menores com os seus genitores é primordial para o crescimento da criança em fase de desenvolvimento.

Por ultimo, outro princípio que é de igual importância falar é o da Convivência Familiar, que é a relação diurna e duradoura dos integrantes da família, um exemplo é no caso de pais separados que o ex cônjuge tem direito a visitação, outro exemplo, são os avós que também tem direito a esta visitação de seus netos, é o contato físico, não necessariamente no lar e diário.

A criança e o adolescente precisam desta convivência familiar para se desenvolver, pois só assim saberá lidar com as pessoas em suas relações futuras.

Enfim, tais princípios interligados entre si, são os meios de proteger as crianças e os adolescentes quanto às injustiças que vem ocorrendo em nossa sociedade, cabendo aos pais, Ministério Público, juízes e também a sociedade zelar por eles para que juntos possamos ter uma sociedade melhor e dissociada de injustiças sociais e violações de direito.

2.1- O DEVER JURÍDICO DE CUIDAR DOS FILHOS

O dever jurídico de cuidar dos filhos é comum aos genitores e não somente a um deles, como geralmente ocorre no caso de pais divorciados, somente na falta ou impedimento de um deles é que o outro exercerá o dever integralmente.

Este dever não se resume somente ao dever de prestar alimentos, mais também ao dever de cuidado com a educação, com a convivência familiar e social e de tê-los sobre a sua proteção, conforme preceitua o art. 1.634 do CC.

Em tese a obrigação de sustentar os filhos se extingue com a maioridade, já o dever de

prestar alimentos pode perdurar por tempo indefinido, isto quando é demonstrada a necessidade, como é o caso de uma enfermidade mental ou física ou de continuar os estudos.

Segundo Farias⁴:

Não raro, entretantes, os alimentos podem continuar sendo devidos, quando o filho precise da participação material dos pais para a sua manutenção. É o caso do filho maior que não trabalha, ainda estando em período de formação intelectual, frequentando curso de ensino superior. Em casos assim há uma transmutação da natureza dos alimentos: deixam de ser devidos como expressão do poder familiar, passando a se submeter às regras de parentesco.

O dever de sustento dos filhos decorre do poder familiar e para alguns doutrinadores é intransferível a terceiros, incluindo os avós, o descumprimento de tal dever poderá propiciar não apenas a destituição do poder de família, mais também a caracterização do crime de abandono material.

O dever de cuidar quando não dado no momento oportuno pode gerar sanções mais radicais que essas acima, como é o caso do Dano Moral decorrente do Abandono Afetivo, pois nestes casos não houve só a falta de afeto, mais também a falta de cuidado, de zelo, de estudo, de educação, tudo o que pode influenciar na personalidade da pessoa humana.

2.2- O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A convivência familiar é um direito fundamental para criança e o adolescente, conforme reza o art. 227 da Constituição Federal, pois somente com a presença dos pais haverá um bom e

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias, 2ª Ed, 3ªTr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 706.

saudável desenvolvimento do ser humano em fase de formação de seu corpo e psiquê. A criança quando tem uma boa convivência familiar, saberá conviver melhor na sociedade, saberá se relacionar com seus amigos da escola, do trabalho, da vizinhança, do clube etc. Já a criança que não teve essa base familiar, para ela será muito mais difícil conviver com as pessoas.

Esta convivência é de suma importância, pois é com ela que nascem as relações de afeto, educação, disciplina, etc. O indivíduo que tem um seio familiar se sente mais protegido, sabendo que tem alguém para contar e ajudá-lo a resolver os problemas do dia a dia, pois a família é a base de tudo.

2.3- O AFETO NAS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS

O afeto dos pais é essencial para a formação do indivíduo, pois se faz necessária tanto a figura materna como a paterna, por mais que não seja propriamente dito o pai ou a mãe, mais se tem alguém que representa esta função, então o menor se sentirá mais protegido, com este pai ou mãe afetivo, como se fosse uma adoção.

O afeto não é só dar carinho, é conversar, dar apoio, abrigo, amor, educação, é participar da vida do indivíduo, participando tanto das conquistas como das preocupações. O afeto geralmente decorre da convivência cotidiana.

E no caso de um filho que não tenha tido convivência com o pai, como é o caso dos filhos que não são registrados pelos seus genitores, é bem improvável que exista algum afeto entre pai e filho, pois na maioria dos casos eles nunca tiveram uma convivência duradoura, embora não tenham a oportunidade de manifestá-lo, ou não. Quando não há a convivência/afeto mesmo depois do indivíduo registrado como filho, o único meio é o auxílio psicológico e o ajuizamento de ação pelo Dano ocorrido.

Farias⁵ sustenta:

[...] Além de atividades de cunho natural, biológico, psicológico, filosófico, também é a família o terreno fecundo para fenômenos culturais, tais como escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos. Nota-se, assim, que é nesta ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela susceptibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade, na busca da felicidade - aliás, não só pela fisiologia, como, igualmente, pela psicologia, pode-se afirmar que o homem nasce para ser feliz.

A citação acima mostra como o afeto na relação familiar é importante para que a criança se desenvolva e torne-se um adulto saudável, capaz de se relacionar-se com a sociedade e lidar com as situações difíceis de seu cotidiano.

3- A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO DANO MORAL DECORRENTE DA QUEBRA DE AFETO E DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE TARDIA

Muito se questiona sobre a Possibilidade Jurídica do Pedido, sobre o Pedido Genérico, sobre os Pedidos Astronômicos e sobre a Razoabilidade e Proporcionalidade nas ações de Dano Morais.

Uma das condições da ação é a possibilidade jurídica do pedido, quanto a este assunto é evidente que qualquer um que prove que tenha sofrido um dano psicológico pelo abandono dos pais no dever de cuidar, poderá sim ajuizar ação contra estes pedindo indenização.

Porém difícil é mensurar os Pedidos Genéricos e Astronômicos, pois cada caso mantém suas peculiaridades. Como pode um juiz mensurar quanto intrigante deverá receber a título de Dano Moral se não foi ele quem suportou tais constrangimentos e negligências desde a infância

⁵FARIAS, Cristiano Chaves: ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias, 2ª Ed, 3ªTr. Rio de Janeiro: Lumem Juris,2010,p.02.

até a fase adulta?

Neste tipo de ação, o pedido deveria ser sempre certo e determinado, pois ninguém melhor que a parte autora para dizer ao juiz quanto gostaria de receber a título de indenização pelos danos sofridos pela irresponsabilidade do seu genitor no dever de cuidar, consagrando a regra processual do art. 286 da lei processual civil.

Para que haja uma sentença justa para quem a está pleiteando, é preciso sempre o manejo dos princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, porém também não se pode esquecer do cunho pedagógico que deve sempre embasar a sentença. Quando a sentença só segue os princípios da razoabilidade e proporcionalidade o réu provavelmente continuará cometendo os mesmos erros, pois somente quando pesa no bolso é que o cunho pedagógico é atingido.

Para Alvim:⁶

O princípio da razoabilidade impõe ao legislador uma atuação racional, ou seja, que não enuncie comandos absurdos, sem sentido. Guardam, o da razoabilidade e o da proporcionalidade, proximidade, mas possivelmente não se identificam inteiramente; diversos autores estabelecem sinonímia. O princípio da Proporcionalidade vai além da razoabilidade, como esclarece Helenilson Cunha Pontes, na medida em que no princípio da proporcionalidade exige-se apenas “que a atuação estatal e a decisão jurídica sejam razoáveis, mas que sejam os melhores meios de maximização das aspirações constitucionais.

Quanto a Investigação de Paternidade Tardia muito se questiona o porquê do filho não ter ajuizado de pronto a ação, provavelmente porque esse filho muita das vezes, tenta primeiro buscar uma aproximação com o genitor, antes mesmo de entrar com uma ação e também muitas das vezes “a mãe” não quer entrar com ação por puro orgulho ou porque o novo marido não quer que ela tenha contato com ex-marido, então só resta para esta criança na fase adulta quando tiver

⁶ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil, 15ª Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012,p.257.

maturidade suficiente procurar o pai para tentar um acordo ou então entrar com uma ação.

Pontes de Miranda e Sérgio Gischkow Pereira, já observavam que⁷:

[...]O prazo de quatro anos previsto no art. 1.614 da Lei Civil diz respeito, tão só, à não aceitação pelo filho do reconhecimento voluntário realizado pelo pai, almejando a perda da eficácia do ato. No prazo decadencial de quatro anos, contados da data em que alcançou a plena capacidade, o filho pode rejeitar o pai registral. Independentemente deste prazo, porém, é reconhecido ao filho a imprescritível pretensão de estabelecer ou negar o estado filiatório, com base no art.27 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ou seja, o filho capaz ou não, pode apresentar a qualquer tempo (porque diz respeito ao seu próprio estado familiar), um pedido de estabelecimento, ou de negativa, de estado filiatório, fundamentando na existência, ou não, do vínculo biológico ou afetivo.

O direito de ajuizar uma ação de investigação de Paternidade é imprescritível, sendo a sentença de natureza declaratória.

3- O PEDIDO DE DANO MORAL NO ABANDONO AFETIVO

O que se pretende com o Pedido de Dano Moral é reparar o Dano, a sua eliminação. O pedido de Dano Moral ocorre porque o pai ou a mãe deixaram de cumprir com os seus papéis, rompendo a finalidade da função social da família.

Este tema é extremamente polêmico, mais se é possível o pedido de dano Moral num divórcio, porque não seria possível quando a hipótese trata de abandono de um filho?

Tal pedido não é somente pela ausência de afeto, mais sim por vários ilícitos cometidos, tais como: inobservância do dever de cuidar, educar, de dar apoio etc. Muitos doutrinadores dizem que estes deveriam ser responsabilizados com a perda do poder familiar, porém, muitos não tem contato com os filhos e outros tem, mais não querem ter a responsabilidade de educar os

⁷. MIRANDA, Pontes de; PEREIRA, Sérgio Gischkow *apud* FARIAS, Cristiano Chaves: ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias, 2ª Ed, 3ªTr. Rio de Janeiro: Lumem Juris,2010,p.603.

responsabilizando desta maneira o Estado não estaria ajudando em nada a criança e o genitor estaria se livrando de uma responsabilidade que ele já não queria mesmo.

Segundo Karina Gomes⁸:

Um aspecto importante a ser considerado é a necessidade da condenação paterna ou materna de pagar indenização pelo dano psicológico causado por sua omissão na formação e no desenvolvimento do filho assumir um cunho pedagógico na medida em que deve ser capaz de desincentivar condutas dessa natureza. Assim, dificilmente um genitor que teve de reparar o abandono de um filho reincidirá no dano em relação a outros descendentes, como também deverá ser maior, a preocupação dos pais quanto ao seu papel de orientador e formador dos seus descendentes. Desse modo, muito embora seja compreensível que o laço de filiação não possa ser reconstituído com o pagamento da indenização, uma vez que o amor paternal não é passível de quantificação, vale o escopo de “reparação de um dano, de fato, suportado com prejuízos na formação da personalidade e identificação da criança”. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – Apelação Cível nº 2007.001.63727)

Mister se faz ressaltar que o Dano Moral tenha não só o cunho pedagógico, mas também punitivo, para que os pais não se tornem reincidentes em suas ausências e omissões.

Para Cavalieri⁹:

A indenização punitiva do dano moral deve ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave – e, ainda, nos casos em que, independente de culpa, ao agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita.

Como visto acima muitas das vezes a indenização tem mais um caráter punitivo, pois tem pessoas que tem uma situação financeira boa, mas busca uma reparação mais para que esse genitor não volte a cometer os mesmos ilícitos com outros filhos. “Fazer um filho é fácil; difícil é ser pai”.

Deve-se falar, ainda, ser possível a formulação do pedido genérico de dano moral, sem

⁸ PEREIRA, Eddla Karina Gomes. As consequências jurídicas á luz do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Revista Visão Jurídica, São Paulo: ESCALA, n. 75, p.66-75, ago. 2012.

⁹CAVALIERI, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

que tal fato consista em violação da regra processual do art. 286 do CPC, devendo o julgador fixar a indenização observando o princípio da razoabilidade.

Nem sempre aquele que suporta o dano tem como exprimir o tamanho de sua dor afetiva e moral consequente do distanciamento de um de seus genitores.

De salientar que o pedido genérico, aqui, em nada está violando a possibilidade do pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, na medida que ao réu será oportunizado apresentar o devido bloqueio da pretensão deduzida pelo autora da ação, restando ao julgador sopesar os fatos narrados e o sofrimento suportado e devidamente comprovado, na forma da lei processual, para a devida fixação da indenização.

CONCLUSÃO

Após a discussão da temática concluímos que a Sociedade e o Estado têm que ficar atentos e denunciar todos e eventuais abusos, ou outra forma de opressão, suportada por crianças e adolescentes, para que as crianças de hoje, sejam adultos estáveis e com uma psique filtrada nos ideais normais esperados para um indivíduo pertencente ao grupo social. Os pais só estão lembrando de cuidar do sustento, aqui entendido o material, se esquecendo de cuidar da questão dos afetos.

Assim, o Estado impõe aos genitores uma sanção para que efetivamente compreendam que amar é uma faculdade, mas cuidar, inclusive do ponto de vista de formação do psiquê é um dever jurídico.

Quanto aos aspectos processuais pertinentes às condições da ação, a questão da possibilidade jurídica restou ultrapassada e pacificada.

Conclui-se, ademais, não ocorrer divergência processual quanto à possibilidade jurídica

do ajuizamento de Ação de Indenização por Abandono Afetivo, uma vez que a doutrina e jurisprudência já entendem que a infringência do dever de cuidado , caracteriza-se como um ilícito que autoriza a devida reparação, devendo, quando da fixação do *quantum*, manejar o julgador o princípio da razoabilidade, mantendo o caráter punitivo e pedagógico do dano moral – o dever de cuidado e de afeto foram consagrados na Constituição Federal quando da consagração do Princípio da Proteção Integral.

Assim, a nova visão da importância dos afetos acabou por complementar radicais alterações de paradigmas, não só o direito material, mas também no direito processual.

Os genitores passam a ter a noção ampla da palavra responsabilidade, não só econômica, mas também afetiva, servindo as decisões das cortes do país, como um novo norte a ser seguido, no que concerne à consciência da palavra dever, bem como à importância da demonstração dos sentimentos para a formação de seres sociais.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, 15ª Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*, 2ª Ed, 3ªTr. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada á luz da lei 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*, 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

- PEREIRA, Eddla Karina Gomes. As consequências jurídicas á luz do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Revista Visão Jurídica, São Paulo: ESCALA, n. 75, p.66-75, ago. 2012

- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.