

Suporte moral e “afetivo”: dever do pai e necessidade do filho

Leonam Machado de Souza¹

Resumo

A omissão do pai no dever jurídico de cuidado do filho constitui ato ilícito. Sendo assim, configurado o abandono do pai pelo filho, se a conduta do pai gerar um dano moral ao filho, este poderá recorrer ao judiciário e pleitear indenização por danos morais em face do pai. Aplica-se para a constatação da procedência ou improcedência da indenização o instituto da responsabilidade civil subjetiva. Dessa forma, deve ser provado o dano, a conduta omissiva do pai e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Não se trata de debater o afeto no judiciário. Ao contrário, trata-se de se verificar objetivamente se o pai exerceu o dever de cuidado a ele atribuído pelo ordenamento jurídico brasileiro e a ocorrência do dano.

Palavras-chave: Abandono; dever de cuidado; dano moral; indenização.

Abstract

The omission of the father in the legal duty of care with sun represents an illicit act. Thus, configured the omission in the duty of care by the father, if the father's conduct generate a moral damage in the sun, he may turn to the courts and request indemnity for moral damages against his father. Applies in the judgment the subjective civil responsibility institute. Thus, the damage and the omission conduct of the father must be proved, also the causal link between the conduct and the damage. It does not mean to discuss the affect in the judiciary. Instead, it is to objectively verify if the father exercised a legal duty attributed to him by Brazilian law and the occurrence of the damage.

355

Keywords: Abandonment; duty of care; moral damage; indemnity.

Introdução

Na atualidade a figura paterna ganhou grande relevância na educação dos filhos, papel que antes era atribuído principalmente às mulheres. Logo, espera-se que ambos os pais exerçam o dever de cuidado em relação à prole, sendo o papel do pai não mais somente o de provedor. No entanto, mesmo diante do reconhecimento da relevância do papel do pai no processo de desenvolvimento dos filhos, ainda há pais que optam por não ter contato com os filhos: trata-se do comumente chamado abandono afetivo ou omissão do dever de cuidado.

¹ Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduando pela EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Dentre os direitos assegurados pela Constituição Federal no artigo 227 às crianças e aos adolescentes, que consiste em dever dos pais, está a convivência familiar. Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira afirma: “Se a convivência, o acompanhamento [...] fossem opcionais, a lei não estabeleceria tais deveres, a serem cumpridos mesmo à margem do desejo do pai.”³

Ainda em relação ao direito de convivência Monteiro Rocha aduz:

O direito à convivência familiar expressa, dentre outros desdobramentos, o direito dos filhos de serem acompanhados em seu desenvolvimento tanto pelo pai, como pela mãe, independentemente do término ou não da relação entre os genitores, ou da filiação ter decorrido de relacionamento intra ou extra conjugal, ou ainda de adoção (art. 227, § 6º da CF).⁴

Nesse panorama não se admite mais a figura do pai ausente na vida dos filhos, ainda que o filho seja fruto de um relacionamento extra conjugal ou seja adotivo. O pai, que antes tinha apenas o papel de prover a família, não pode se desincumbir do dever de conviver com os filhos, conduta necessária para o seu sadio desenvolvimento.

Como o convívio com os filhos é um dever para os pais, é necessário que ao menos haja respeito na relação entre pai e filho. Logo, se há respeito, há afeto na relação entre eles, ainda que não haja amor.

Nesse sentido dispõe Rodrigo da Cunha Pereira:

Qualquer pessoa, qualquer criança, para se estruturar como sujeito e ter um desenvolvimento saudável, necessita de alimentos para o corpo e para a alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. E afeto significa “afeição por alguém”, “dedicação”. Afeição significa também “instruir, educar, formar”, “dar feição, forma ou figura”. Esta é uma diferença entre afeto e amor. O afeto não é somente um sentimento, mas sim uma ação. É *cuidado* no sentido de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro [...]⁵

Portanto, o afeto se relaciona ao dever de cuidado, pois ter afeto por alguém significa se dedicar a esta pessoa. O afeto ainda que possa vir acompanhado do sentimento de amor, não necessariamente estará atrelado ao amor. Em regra, ao se dedicar a alguém, o sentimento de amor surgirá. No entanto, a dedicação pode vir desacompanhada do amor. É desse afeto, como dever de cuidado, que o direito se preocupa.

³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Uma principiologia para o direito de família*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). In: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IOB-Thompson, 2006, p. 676.

⁴ BRASIL. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*, op. cit.

⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Indenização por abandono afetivo e material. *Revista Brasileira de Direito das famílias e sucessões*. Ano XIII. N. 25, p. 115/116, dez/jan 212.

direito fundamental, trata-se de direito indisponível. Portanto “[...] o filho menor abandonado, mesmo que consinta com a omissão paterna, não apaga o seu direito de ser cuidado por este”.¹⁰

Maria Isabel Pereira da Costa afirma:

Deixar de conviver com o filho, negar o amparo afetivo, é violar direito fundamental do filho. Daí o direito-dever de visitar os filhos, quando, por não viverem sob o mesmo teto ambos os pais, apenas um deles detém a guarda. Assim, o outro tem o direito de visitar o filho, mas principalmente tem o dever, pois o filho menor, criança ou adolescente, tem prioridade em nosso ordenamento jurídico, conforme dispõe a Constituição Federal no art. 227.¹¹

Negar o afeto ao filho, entendido como o dever de cuidado, significa negar ao filho a educação para a vida. Aqueles ensinamentos que não se aprende em nenhum banco escolar. Em relação ao significado do termo educação se posicionou Rodrigo Santos Neves:

[...] educação não é apenas proporcionar uma educação formal (escolar). A educação dos pais é o processo pelo qual se transmitem conceitos, valores morais e familiares, regras de trato social e conhecimentos práticos para a vida. E são estes ensinamentos que ajudam a formação da personalidade da criança, o que torna o convívio familiar fundamental para o ser em formação de sua personalidade. E não só os pais, mas todos os familiares contribuem para este processo [...]¹²

No âmbito da legislação ordinária, o Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 3º dispõe que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana [...] assegurando-se-lhes [...] todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social [...]” No artigo 4º, o Estatuto da Criança e do Adolescente menciona, em consonância com a Constituição Federal, que “é dever da família [...] assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida [...] à educação [...] à dignidade, ao respeito [...] e à convivência familiar e comunitária”, já no artigo 19 o Estatuto menciona que compete às crianças e aos adolescentes o direito à convivência familiar e no artigo 22 consagra o dever dos pais de educar os filhos.

Piscianálise: Rumo a uma Nova Epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 227

¹⁰ JUNIOR, Antonio Dantas de Oliveira. A incidência do art. 186 do código civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível? *Revista Esmat*. Ano 3, n. 3, p. 40, jan/dez 2011.

¹¹ COSTA, Maria Isabel Pereira. Família: do autoritarismo ao afeto: como e a quem indenizar a omissão do afeto? *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.7, n. 32, p. 33, out/nov. 2005.

¹² NEVES, Rodrigo Santos. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. *Revista Síntese de Direito de Família*. Ano. XIV, n.73, p. 99/100, ago/set 2012.

A responsabilidade civil é possível de ser apurada no âmbito do Direito de Família, porque dispõe o art. 186 do CC/02 que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. E todo ato ilícito é passível de reparação.¹⁶

No mesmo sentido Antonio Dantas de Oliveira Junior aduz:

Na legislação brasileira hodierna não há nenhuma proibição de utilizar o instituto da responsabilidade civil nas relações familiares. O princípio da legalidade na seara privada é devidamente cumprido quando o indivíduo faz tudo aquilo que não está proibido por lei. Na presente questão, como já dito, o artigo 186, do Código Civil Brasileiro, prevê a possibilidade da reparação quando do surgimento de um dano moral.¹⁷

Portanto, configurada a hipótese de omissão do pai no dever de cuidado do filho, este pode ajuizar uma ação indenizatória em face do pai.

Conforme se extrai da apelação cível n. 70021427695 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

É perfeitamente possível o filho buscar reparação pecuniária do pai por danos morais, em casos onde há a efetiva comprovação de que houve negativa de amparo afetivo, moral e psicológico de que toda criança necessita. A violação dos direitos à personalidade do filho, como a honra, a imagem, dignidade e a reputação social, é passível de reparação no âmbito da responsabilização civil e assegurada pela Constituição Federal (art. 5, inc. X).¹⁸

361

Ao tratar da aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares Claudete Carvalho Canezin expõe:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade civil possui fundamento jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70021427695. Oitava Câmara Cível. Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em: 29 nov 2007. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70021427695&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3atribunal%2520de%2520justi%25c3%25a7a%2520do%2520rs.%28tipodecisao%3aac%25c3%25b3rd%25c3%25a3o|tipodecisao%3amonocr%25c3%25a1tica|tipodecisao%3anull%29&requiredfields=&cas_q= Acesso em: 15 out. 2013.

¹⁷ JUNIOR, op. cit., p. 41.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Op. cit.

Configurado o abandono, há o dano. Logo, em razão da proteção integral do menor, inclusive os atos dos próprios pais, contrários ao sadio desenvolvimento da criança e do adolescente, devem ser aptos a ensejar a condenação em danos morais. “Portanto pode-se verificar que se os pais não [cumprirem] [...] com seus deveres para com seus filhos, e isto causar dano, o que ocorre na maioria das vezes, principalmente moral, cometerá então um ato ilícito, que deve ser reparado [...]”²² A conduta omissiva do pai pode não causar dano ao filho, se o papel do pai for suprido por um terceiro.

O abandono afetivo estará caracterizado para Laura Maciel Freire de Azevedo ainda que não haja sofrimento por parte do filho. A posição isolada da autora se explica em razão da reprovabilidade da conduta do pai de se ausentar da vida do filho, que, portanto, deve ser reprimida pelo direito em qualquer hipótese. Para a autora:

[...] o abandono afetivo, para o direito, não tem por pressuposto qualquer sentimento (de dor, angústia, humilhação etc) por parte do filho. É possível que haja vexame, aflição, dentre outras sensações incômodas, em decorrência da atitude negligente dos pais. Porém, deve-se ter cautela e não confundir a causa com o efeito. É deveras importante entender que o abandono afetivo se refere à conduta dos pais e não às consequências desta nos filhos. A atitude paterna tem grande probabilidade de refletir nos filhos e este reflexo pode traduzir-se ou não nos sentimentos mencionados. Como o direito não possui meios capazes de avaliar sentimentos, estes são presumidos. Portanto, ainda que o filho não sofra com a ausência do pai, há de configurar-se o abandono afetivo, pois que é defeso ao pai ausentar-se. É esta ausência, e não o sofrimento do filho, que constitui abandono afetivo.²³

Em síntese, deve-se provar a omissão do pai no dever de cuidado do filho; verificada a omissão do pai e o dano acarretado ao filho em razão da conduta omissiva do pai, bem como o nexos causal entre a conduta omissiva e o dano, não restam dúvidas quanto ao dever de indenizar. A indenização é uma forma de compensar o dano causado pelo pai ao filho.

Na fixação da indenização o juiz deverá levar em consideração a maior ou menor reprovabilidade da conduta do pai; para esse fim um dos parâmetros, por exemplo, será o tratamento distinto conferido aos filhos. Esse entendimento se extrai do voto da Ministra Nancy Andrighi:

[...] Assim, em princípio, é possível a indenização por dano moral, decorrente do abandono de filho, agravado por tratamento discriminatório em comparação com outros filhos, não importando seja, o filho lesado, havido em virtude de relacionamento genésico fora do casamento, antes ou depois deste, nem importando seja o reconhecimento voluntário ou

²² CASSETTARI, Cristian. *Responsabilidade Civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos – Dos deveres constitucionais*. Revista de Direito de Família. N. 50, p. 96, out/nov 2008.

²³ AZEVEDO, op. cit., p. 252.

É unânime o entendimento de que “[...] a ausência de um dos pais resulta em tristeza, insatisfação, angústia, sentimento de falta, insegurança, e mesmo complexo de inferioridade em relação aos conhecidos e amigos. Quase sempre se fazem sentir efeitos de ordem psíquica, como a depressão, a ansiedade, traumas de medo e outras afecções.”²⁹

Portanto, em razão do irreparável dano gerado ao filho pela omissão do pai, atrelado ao sentimento de reprovabilidade social dessa postura do pai, o filho deve ser compensado pecuniariamente. A indenização servirá como conforto ao filho e ensinamento ao pai. Além de possibilitar aos demais pais, a percepção da importância deles na vida dos filhos.

Indenização como compensação pelo abandono

No artigo 1º, III da Constituição Federal há previsão expressa do princípio da dignidade da pessoa humana, que orienta a interpretação de todo o ordenamento jurídico. No que tange às crianças e aos adolescentes, a Constituição Federal os elevou “[...] à categoria de sujeitos de direito e, incorporando a doutrina da proteção integral, assegurou-lhes uma série de garantias, visando proporcionar-lhes um crescimento sadio e harmonioso, condizente com a sua condição de pessoas em processo de desenvolvimento.”³⁰

O Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê no artigo 15, em consonância com a Constituição Federal, que a criança e o adolescente têm direito “ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis”. Como a presença paterna é imprescindível para o sadio desenvolvimento da criança e do adolescente, a ausência do pai “[...] constitui ato atentatório à dignidade da pessoa humana em processo de desenvolvimento e hábil a gerar dano moral.”³¹

O dano moral, ao contrário do que se possa pensar, não é a dor ou o sofrimento espiritual que a vítima experimenta, posto que tais sentimentos já são conseqüências do próprio dano moral. O dano moral se configura quando há a privação de um bem jurídico relevante para o direito e de interesse da vítima. Certamente, que bem lesado, neste caso, é um bem imaterial, ou melhor dizendo, um bem de valor imenso que não é passível de avaliação patrimonial.³²

numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=dor%20sofrida%20pelo%20filho,%20virtude%20abandono%20paterno&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&figu-uiaPalavras=Pesquisar&> Acesso em: 15 out. 2013

²⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 693.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Op. cit.

³¹ Ibid.

³² FRAGOSO, Ana Karina Ciriaco. Abandono afetivo: uma questão de personalidade. *Revista da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco*. V. 14, n.30, p. 25, jan/jul 2009.

[...] o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas um fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania [...] Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado [art. 227, CF]: “(...) **além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)**”. [...] **Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.** O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.**³⁶

No mesmo sentido da decisão do Superior Tribunal de Justiça supracitada foi a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Nenhuma criança pediu para vir ao mundo. Trata-se, portanto, de responsabilidade de seus genitores proporcionar-lhes as condições mínimas de convivência e sobrevivência que lhes assegurem o devido respeito à dignidade da pessoa humana. Se um pai não pode ser culpado pelo fato de não amar o filho – o que, por si, já não seria natural-, de outro lado, pode ser por negligenciá-lo – e, a nosso sentir, insisto, tanto nos aspectos morais.³⁷

Não restam divergências de que a convivência é dever do pai e direito do filho. Poderia haver alguma indagação sobre a quem incumbe o dever de aproximação se a criança já não for de tenra idade. Contudo, como as crianças não pedem para vir ao mundo, é dever dos pais envidar esforços para se aproximar delas.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Op. cit.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2007.001.45918, Décima Segunda Câmara Civil. Rel. Des. Werson Rêgo. D.J. 22 nov. 2007. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000306FDCCD80C08C21C3DD65EDB170ACCCD76CC402016346> Acesso em: 15 out. 2013

Pode mesmo levar homens e mulheres a avaliarem bem quanto à decisão de se tornarem pais. Se eles estão realmente dispostos a despendem tempo, energia e atenção às crianças que desejam gerar ou mesmo adotar.⁴¹

O fato de os pais terem a consciência de que o direito, em resposta aos anseios da sociedade, pune o pai inadimplente em seus deveres paternos, por si só, é suficiente para que alguns desses se conscientizem da importância do papel dos pais no sadio desenvolvimento dos filhos. A estes, enquanto essa mudança de pensamento tão esperada por eles não ocorre, só lhes cabe, como “último grito”, de forma a mostrar para aos pais que eles existem e sofrem com a postura adotada por eles, recorrer ao judiciário e pleitear indenização por dano moral, em razão de todo o sofrimento experimentado por eles. A indenização, por maior que seja, jamais será capaz de reparar todo o dano psicológico acarretado aos filhos, em razão da postura do pai perante eles.

Conclusão

Ao tratar do tema, deve-se diferenciar o abandono que causa dano, do abandono que não gera dano. Se a função do pai for suprida por um terceiro, ainda que haja abandono do pai biológico, não haverá abandono capaz de ensejar indenização por dano moral. Logo, se há paternidade socioafetiva não há que se falar em dano moral por abandono afetivo. Portanto, configurada a relação pai-filho através de um pai que não o biológico, não caracteriza-se o dano moral. Caso contrário, teria que ser admitido o pedido de dano moral em face do pai biológico, mesmo quando a criança ou o adolescente fosse adotado.

Como o dever de cuidado é fundamental para o sadio desenvolvimento da criança e do adolescente, o direito deve coibir o abandono da prole. Como foi observado, não se trata de obrigar que o genitor ame o filho. Contudo, o genitor deve educá-lo, no sentido de transmitir-lhe os ensinamentos fundamentais para a vida: aqueles ensinamentos que se aprende com exemplos e no cotidiano, para diferenciá-los dos ensinamentos acadêmicos.

Como o único meio de compensar um dano moral é através de uma indenização, o genitor que desampara o filho e causa-lhe dano, deve ser condenado a indenizá-lo. A indenização, por maior que seja, não vai suprir a seqüela na criança ou no adolescente de ter crescido sem a figura do pai.

Referências bibliográficas

AZEVEDO, Laura Maciel Freire de. Abandono afetivo: do foco do problema a uma terceira solução. *Revista da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco*. V. 14, n.30, p. 252, jul/ dez 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1159242. Terceira Turma. Min. Rel Nancy Andrighi. D.J. 24 de abr. de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>

⁴¹ FRAGOSO, op. cit., p.30/31.

