

## Indenização por abandono afetivo

LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS

1. Recente acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (AC nº 408.550-5, de 01.04.2004), por sua Sétima Câmara Cível, reconheceu ao filho o direito a ter reparados os danos morais decorrentes do abandono paterno, fixando indenização correspondente a 200 salários mínimos. A decisão ficou assim ementada:

*“INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.*

*A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.”*

Tratava-se de caso em que o genitor, após a separação judicial do casal, embora continuasse a prestar regularmente alimentos ao filho – que, então com seis anos de idade, permaneceu sob a guarda materna –, abandonou-o afetivamente, deixando de ter com ele qualquer contato e não atendendo aos seus clamores. Reconhecido o dano psíquico sofrido pelo filho, foi fixada em seu favor uma indenização correspondente a 200 salários mínimos.

Apesar do aparente ineditismo dessa decisão, tais situações são bastante corriqueiras no dia-a-dia: pais incapazes de distinguir com nitidez a relação conjugal da relação parental. Em conseqüência, quando se separam do cônjuge, rompem também com os filhos. Por vezes, o abandono é material, representado pela sonegação dos alimentos. Em outras, é afetivo, manifestando-se pelo afastamento, desinteresse e completa ausência de contato com o filho.

O acórdão em comento encontra um precedente, de idêntico teor, em sentença datada de 16 de setembro de 2003, da Comarca de Capão da Canoa-RS (Processo nº 141/1030012032-0), de lavra do Juiz de Direito Mário Romano Maggioni, que, por significativa coincidência, fixou a indenização em igual montante (200 s.m.). Nesse caso, tendo sido o réu revel, não houve recurso, ficando restrita a repercussão, que só agora se deu, ironicamente em razão do decisório posterior.

2. Essa incipiente jurisprudência põe em debate o instigante tema relativo à extensão da indenizabilidade dos danos extrapatrimoniais, a mais desafiadora questão no âmbito da responsabilidade civil, com importante repercussão no Direito de Família.

Conforme refere Eugênio Facchini Neto<sup>[1]</sup>, citando Konrad Zweigert & Hein Kötz, “o principal objetivo da disciplina da responsabilidade civil consiste em definir, entre os inúmeros eventos danosos que se verificam quotidianamente, quais deles devam ser transferidos do lesado ao autor do dano, em conformidade com as idéias de justiça e equidade dominantes na sociedade”.

A dificuldade em alcançar-se consenso sobre o tema decorre exatamente do fato de que a noção do que seja dano ressarcível é dinâmica, evoluindo e sofisticando-se ao longo da história, na exata proporção em que se amplia também a tutela dos direitos da pessoa.

A propósito, alerta Judith Martins-Costa<sup>[2]</sup> que “o conceito de ‘dano’ não é dado, mas sim ‘construído’ e, mais ainda, é, para usar uma expressão cara aos existencialistas, um ‘conceito situado’. (...) Antes de a psicanálise instaurar o seu reinado, pondo a nu a relevância da saúde psíquica e da vida sexual e afetiva, poder-se-ia cogitar da hipótese de ‘dano psíquico’, ‘dano à vida afetiva’, ‘dano à vida conjugal’, ou de ‘dano à realização sexual?’”

Nessa linha, desempenhando os princípios constitucionais no direito civil relevante papel na asseguuração dos direitos e garantias individuais, por meio das cláusulas gerais – conforme a mesma autora – “permite-se o desenvolvimento jurisprudencial de novas hipóteses, mediante o emprego do raciocínio tópico, podendo-se, assim, falar na elaboração de um direito geral da personalidade que não se esgota nos tradicionais atributos, tais como a honra, o nome, a imagem, a intimidade e a vida privada, mas tem alargada possibilidade de expansão”.

3. No ordenamento jurídico brasileiro, são vários os dispositivos que evidenciam a existência do direito-dever paterno de cuidar e proteger o filho, não apenas em seu aspecto físico, mas também psíquico.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, proclama, em seu artigo 7.1, o direito da criança “a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles”.

Nossa Constituição Federal, no “caput” do artigo 227, dispõe que é dever, em primeiro lugar, da família assegurar, dentre outros, o direito da criança e do adolescente à “convivência familiar”, além de “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, (...)”.

Já no plano da legislação ordinária, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) reafirma o direito da criança e do adolescente “a ser criado e educado no seio da sua família” (art. 19), incumbindo aos pais “o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores”

(art. 22).

O Código Civil, por igual, alinha entre os deveres conjugais (art. 1.566) o de “sustento, guarda e educação dos filhos” (inc. IV), dispondo em capítulo especial sobre a “proteção da pessoa dos filhos” (arts. 1.583 a 1.590), em caso de separação ou divórcio dos pais, sempre tendo como princípio norteador o melhor interesse das crianças (em especial nos arts. 1.584 e 1586).

4. Assim, vê-se como a legislação civil põe em relevo a notória importância da função parental na formação da pessoa. Falando especificamente sobre a figura paterna, noticia Rodrigo da Cunha Pereira[3] que, “em 1989, a jurista belga Bernadete Bawin Legros, refletindo sobre essas mudanças no Direito de Família, a partir da década de 70, publicou um artigo, sob o título de A função paterna: sua história e sociologia, onde considera que essa função, menos evidente que a materna, comporta três aspectos: a reprodução (função biológica), a relação educativa (função psicopedagógica) e a transmissão de um nome e de um patrimônio (função social)”.

Neste contexto, a ausência injustificada do pai origina evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade (como no caso em comento, em que o filho foi abandonado aos seis anos de idade). E, além da inquestionável concretização do dano, também se configura, na conduta omissiva do pai, a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar.

Na expressão de Giselda Hironaka[4] “tem me sensibilizado, nesta vertente da relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade, este viés naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar indenização compensatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave”.

5. Em conferência proferida ao ensejo do I CONGRESSO DE DIREITO DE FAMÍLIA DO MERCOSUL, promovido pela seccional gaúcha do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM-RS), em parceria com a Faculdade de Direito da PUCRS, sob o título “Filiación y Dano Moral Resarcible”, o jurista argentino Eduardo Ignacio Fanzolato assinalou, com precisão, que

“en ningún orden de la vida social, puede admitirse la impunidad de quien viola las leyes o los eternos principios del derecho. Desde las primeras décadas del Siglo XX se fue instalando en la conciencia jurídica la idea de que la patria potestad implica, para los progenitores, más deberes que derechos. De ahí se deduce que cuando no se satisface la obligación –como en las otras ramas del Derecho – el incumplimiento genera reparaciones punitivas y resarcitorias. (...) en todos los ámbitos del derecho de familia (en el orden matrimonial y en la esfera de la filiación) son de aplicabilidad los principios universales que están en la base de toda responsabilidad civil, en especial el alterum non laedere (no dañar a los demás).”

6. As críticas mais acerbas aos julgados em exame trazem como argumento o fato de que a concessão de indenização em casos como esses representa excessivo alargamento do conceito de danos indenizáveis, e acabam por incentivar a monetarização do afeto. Além disso, não faria com que o pai, arrependido, buscasse a reaproximação com o filho.

Embora respeitando tal entendimento, não posso com ele assentir.

Primeiro, porque, como já salientei em voto vencido proferido nos Embargos Infringentes nº 70000271379 (4º Grupo Cível, julgado em 11 de agosto de 2000 – RJTJRS 202), quando se discutia o cabimento dos danos morais decorrentes da negativa ao reconhecimento da paternidade: “Nós aqui cansamos de dar indenização por dano moral por negativações, apontes, etc., situações que ninguém vai ter coragem de afirmar que são equiparáveis à negativa do reconhecimento de uma paternidade.” Com efeito, idêntico raciocínio se aplica à situação do pai que, mesmo tendo reconhecido o filho, o abandona afetivamente, negando-lhe a assistência não apenas material a que está ética e juridicamente obrigado, mas igualmente negando-lhe a sustentação emocional que é essencial à sua formação como pessoa, pelo simples fato de que é responsável pelo ser que gerou.

Segundo, porque a indenização deferida 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.

A responsabilidade civil, como lembra Facchini[5], tem como função básica a reparação dos danos materiais ou a compensação dos danos extrapatrimoniais. Entretanto, conforme o mesmo autor, "outras funções podem ser desempenhadas pelo instituto. Dentre essas, avultam as chamadas funções punitiva e dissuasória". Pela primeira, busca-se "punir alguém por alguma conduta praticada, que ofenda gravemente o sentimento ético-jurídico prevalente em determinada comunidade". Com a segunda, procura-se "sinalizar a todos os cidadãos sobre quais condutas a evitar, por serem reprováveis do ponto de vista ético-jurídico".

No mesmo sentido, dissertando sobre a indenização dos danos morais na investigatória de paternidade, assinala Rolf Madaleno[6] que "a punição pecuniária pelo dano imaterial tem um caráter nitidamente propedêutico e, portanto, não objetiva propriamente satisfazer a vítima da ofensa, mas, sim, castigar o culpado pelo agravo moral e, inclusive, estimular aos demais integrantes da comunidade (...) a cumprirem os deveres éticos impostos pelas relações familiares".

7. Em conclusão, o receio acerca da excessiva ampliação do conceito de danos indenizáveis não pode conduzir o jurista a negar indenização quando, como na espécie, se evidencia o dano. No ponto, apropriadamente alerta Fanzolato[7] que "muchos han advertido sobre los riesgos que aparejan esta apertura, pronosticando cataratas de pretensiones resarcitorias; pero ello no debe amilanar al intérprete en la medida que la justicia aconseje o exija ese tipo de sanciones convalidadas por una sociedad madura".

O papel dos pais não se limita ao dever de sustento, de prover materialmente o filho com os meios necessários à subsistência orgânica. Vai muito além, para abranger a subsistência emocional, e a função psicopedagógica, de educação e assistência em geral. Na medida em que não é cumprido esse irrenunciável papel, por injustificável ausência paterna, exsurge o dano que há de ser reparado.

Nessa perspectiva, sobressai a atuação da jurisprudência na aplicação integrativa dos princípios constitucionais – em especial o da dignidade da pessoa humana – como forma de não deixar recair exclusivamente sobre a vítima as conseqüências do dano.

[1] Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O novo código civil e a constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 151 e segs.

2 Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). A reconstrução do direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 408 e segs.

[3] Direito de família: uma abordagem psicanalítica. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 131.

[4] Palestra proferida no III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e Cidadania: o novo Código Civil Brasileiro e a 'vacatio legis', em 26.10.2001, promovido pelo IBDFAM e pela OAB/MG, na cidade de Ouro Preto(MG)

[5] ob. cit. – p. 163/164

[6] O Dano Moral na Investigação de Paternidade – REVISTA AJURIS 71/270

[7] ob. cit.

**(in COAD/ADV, Seleções Jurídicas, fevereiro/2005, p. 25)**