

O AFETO NO DIREITO DE FAMILIA

Catarina Mariano ROSA¹
Sérgio Tibiriçá AMARAL²

RESUMO: O afeto é realmente algo que molda o caráter? A família e seu papel na sociedade? A família deve manter além de vínculos sociais, religiosos e econômicos, acima de tudo o afeto? Qual o poder da família? O dano na falta desse afeto? Para responder essas e outras questões é necessário, fazer uma pesquisa sobre o tema mais além do que fazer apenas uma reflexão sobre próprio sentimento do afeto, como, por exemplo, o afeto e sua importância, a evolução da família, a dignidade da pessoa humana, o porque da escolha da figura paterna, o dever de convivência, a valoração do dano. Esse trabalho vem mostrar que cada vez mais o afeto vem como resposta nas indenizações de pais para filhos e cada vez com mais importância nos tribunais, que o afeto vai além de um sentimento de escolha, mais sim como dever de seus familiares, a responsabilidade dos pais com o valor afetivo, o afeto como valor jurídico.

Palavra-chave: Afeto de família, Afeto e danos, valor da família.

1 INTRODUÇÃO

“Família é quem você escolhe pra viver
Família é quem você escolhe pra você
Não precisa ter conta sanguínea
É preciso ter sempre um pouco mais de sintonia”.
(O Rappa)

O este estudo destina-se a analisar a importância e as lacunas da falta do afeto, que é tão importante quando qualquer outro direito fundamental, é afeto quem molda relações sentimentais, caráter, políticos, econômicos entre outros, a família como base de qualquer indivíduo tem responsabilidade quanto à formação

¹ Discente da graduação do curso de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, e-mail: catarinarosa@unitoledo.br

² Professor e coordenador do Curso de Direito. Mestre em Direito pela ITE – Bauru e Dourando em Direito pela ITE -Bauru, e-mail: sergio@unitoledo.br

um direito fundamental cada vez mais levados aos tribunais nas sociedades, bem como enaltecer o princípio da dignidade da pessoa humana colocando como fonte relações jurídicas.

A sociedade brasileira consagrou nas últimas duas décadas um novo padrão familiar, e nem sempre a Justiça sabe como lidar com tantas novidades quando é chamada a intervir.

Deve-se, portanto, analisar até que ponto o Afeto interfere nas relações sociais, esclarecendo como poderá impor o afeto como direito fundamental.

2 CONCEITO DE FAMILIA

A Família de hoje que deixa de ser patriarcal e começa a ser uma nova classe de família moderna, nem sempre completa, com pai, mãe, irmãos, e outros familiares que se tornam importante para a formação social da pessoa. Hoje já podemos ver relações estáveis, união entre pessoas do mesmo sexo, assim talvez deixando uma lacuna de sentimentos por até mesmo por conta do contexto social que muitas famílias vivem hoje, pais que trabalham o dia todo, mães que nunca estão presentes, ou por ausência de ambos.

A Família patriarcal entrou em crise no começo do século XX, até por independência das mulheres cada vez se impondo mais diante da família.

Hoje podemos até afirmar que a família é um conceito único das referencias de princípios básicos de um homem hoje, religião, carinho, honestidade, fatores econômicos, respeito, valores que só uma lar pode dar hoje, Fundada em bases aparentemente tão frágeis, a família atual passou a ter a proteção do Estado, constituindo essa proteção um direito público. A proteção do Estado à família é, hoje, princípio universalmente aceito e adotado nas Constituições da maioria dos países, independentemente do sistema político ou ideológico. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, assegura às pessoas humanas o "direito de fundar uma família", estabelecendo o art. 16.3:

A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

O site de pesquisa Wikipédia família significa “a família é unidade básica da sociedade formada por indivíduos com ancestrais em comum ou ligados por laços afetivos.”

A família representa um grupo social de base que influencia e é influenciado por outras pessoas da própria família. É um grupo de pessoas ligados por descendência a partir de um ancestral comum, matrimônio ou adoção. Membros de uma família costumam compartilhar do mesmo sobrenome. A família é unida por múltiplos laços capazes de manter os membros moralmente, materialmente e reciprocamente durante uma vida e durante as gerações.

Podemos então, definir família como um conjunto invisível de exigências funcionais que organiza a interação dos membros da mesma, considerando-a, igualmente, podendo então ser formados pela geração, sexo, interesse e/ ou função, havendo diferentes níveis de poder, e onde os comportamentos de um membro afetam e influenciam os outros membros. A família como unidade social, enfrenta uma série de tarefas de desenvolvimento, diferindo a nível dos parâmetros culturais, mas possuindo as mesmas raízes universais (MINUCHIN,1990).

2.1 A Constituição brasileira e a família

A Constituição Imperial de 1824 não fez nenhuma referência à família ou ao casamento. Tratou apenas da família imperial e seu aspecto de dotação (Capítulo III, arts. 105 a 115)

A segunda Constituição brasileira 1891 também não trouxe dispositivos a respeito da família. Apenas o § 4º do artigo 72 dizia: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.” O conteúdo desse dispositivo afirmou a separação dos poderes Igreja/Estado, quando o catolicismo deixou de ser a religião oficial e o casamento civil tornou-se o vínculo constituinte da família brasileira.

Foi a partir da Constituição de 1934 que o legislador constituinte passou a dar tratamento especial à família, dedicando-lhe o Título V, com a denominação: DA FAMÍLIA, DA EDUCAÇÃO E DA CULTURA, inserido no Capítulo I, Da Família, onde em quatro artigos (144 a 147) estabeleceu as regras do casamento indissolúvel e permitiu o reconhecimento de filhos naturais (não-adulterinos).

Foi a partir da Constituição de 1934 que o legislador constituinte passou a dar tratamento especial à família, dedicando-lhe o Título V, com a denominação: DA FAMÍLIA, DA EDUCAÇÃO E DA CULTURA, inserido no Capítulo I, Da Família, onde em quatro artigos (144 a 147) estabeleceu as regras do casamento indissolúvel e permitiu o reconhecimento de filhos naturais (não-adulterinos).

Assuntos relativos à família também foram tratados no Título III, Capítulo II, DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, no art. 113 n°34, assegurando a todos o direito de prover a própria subsistência e à da própria família, mediante trabalho honesto e no título IV, DA ORDEM ECONOMICA E SOCIAL, no art. 134, estabelecendo regra de vocação para suceder em bens de estrangeiros residentes no Brasil mais favoráveis ao cônjuge brasileiro e a seus filhos e no art. 138, alíneas “b” a “f”, atribuindo deveres aos entes federais de amparo à família e seus membros individualmente considerados.

A Carta Magna de 1937, que tratou do tema DA FAMÍLIA, nos arts. 124 a 127, manteve o que havia sido garantido ao povo brasileiro e trouxe, pela primeira vez, o dever paterno de conferir tratamento igual entre os filhos naturais e os legítimos e, ainda, previu que deveriam ser objeto de cuidados e garantias adolescentes uma vida digna. Dispôs também sobre a responsabilização dos pais pelo abandono dos filhos:

A única inovação trazida pela Constituição da República de 1946 foi a possibilidade de estender os efeitos civis ao casamento religioso celebrado em nosso país, restabelecendo um direito constitucional previsto na constituição de 1934 que fora suprimido na carta de 1937.

No que se refere à família, a Constituição de 1967 também não introduziu novas normas. Cuidou apenas de manter os direitos já conferidos pela Constituição anterior. Com efeito, a família reconhecida pelo ordenamento

continuava a ser somente aquela constituída pelo casamento celebrado de acordo com a lei.

Em 17/10/1969 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, com origem na Emenda Constitucional n°1, que assim como as Constituições anteriores omitiu o que seria uma família para o direito constitucional. Foi a vigência dessa lei Maior que foi promulgada a Lei do Divórcio (Lei n° 6.515, de 26/12/1977), que tinha previsão legal na Emenda Constitucional n° 09/77(4)³.

O Título IV, DA FAMÍLIA, DA EDUCAÇÃO E DA CULTURA, limitou-se a repetir o que constava da constituição anterior.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988, em capítulo destacado (Capítulo VII do Título VIII), ampliou as formas de constituição de família, dando proteção àquelas que não se originassem do casamento. Assim, reconhece como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, bem como a família monoparental, estabelece a igualdade do homem e da mulher nos exercicios dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (derrogando assim, os artigos 233/235 do Código Civil de 1916, que sustentavam a desigualdade conjugal, declarando o marido como seu chefe), proíbe discriminações relativas à filiação entre filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, entre outras inovações

3 O Afeto e sua importância

Segundo o dicionário Michaelis afeto (lat affectu) 1 Sentimento de afeição ou inclinação para alguém. 2 Amizade, paixão, simpatia

Mas não necessário um dicionário nem grandes estudos psicológicos para reconhecermos que o afeto faz parte de uma grande parcela do caráter de qualquer individuo é só olharmos pra dentro de nós mesmo que encontraremos vários traços que sem o afeto ou a falta de afeto não existiriam.

Muitas doutrinas da psicologia abordam o afeto com a designação de carícia, apontando que esta é essencial para o desenvolvimento de todo ser humano

³) A emenda constitucional n°09/77 deu nova redação ao paragrafo 1° do art.175,suprimindo o principio da indissolubilidade de vinculo matrimonial e estavelece parametros para sua dissolução,que seria obeto de regulamentação por lei ordinaria.Assim foi editada a Lei n°6.515/77

Hoje podemos ver na nossa sociedade que cada vez a mais valor aos valores econômicos do que as pessoas.

Em sua pesquisa o autor Rafael Cano diz " Afeto,carícia,amor,várias são as maneiras de sua representação.seria impossível tentar enumera-las,mas é inegável que podem trazer inúmeros benefícios no dia a dia das pessoas.Sendo um simples olhar,um abraço,um beijo,um sorriso,uma carta,um telefonema,um afago,um gesto,um ombro amigo,uma companhia,ver uma criança brincar sozinha,uma lagrima o suficiente para transformar qualquer transtorno em um sentimento bom,sentimento de afeto,de carícia,de amor,de alegria"

"Somente podem ser dignas e iguais as pessoas que respeitam as outras, e isto acontece de forma voluntária quando se unem em virtude do afeto".⁴¹

3.1 AFETO COMO VALOR JURÍDICO

Falar sobre afeto nas relações familiares pode parecer, desnecessário, devido ao afeto ser considerado um elemento fundamental nas relações envolvidas entre família, e de interesse da própria pessoa envolvida, sem grande valor jurídico

O afeto, no entanto, deixa de ser de interesse exclusivo para aqueles que o sentiam a partir do momento que entram na seara jurídica, confirmando a importância do afeto como relevante valor jurídico. Maria Berenice Dias escreve: "[...] amplo é o espectro do afeto, mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar conseqüências que necessitam se integrar ao sistema normativo legal".⁵³

Vale dizer que a relevância do afeto em relação ao seu valor jurídico variou no decorrer do tempo, havendo dois momentos básicos distintos, em um primeiro momento, quando a presença do afeto nas relações de família era considerada como inerente ao organismo familiar, isto é, presumida, e, em outro momento, a sua presença se tornou essencial para dar visibilidade jurídica às relações das famílias.

Pode-se dizer que quando a presença do afeto era presumida, esta era juridicamente irrelevante. Quando esta presença era o diferencial para que fosse ou

⁴ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 296.

⁵ DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. Repertorio IOB de Jurisprudência, 15/ 97, caderno 3, p. 301.

não considerado família, a afetividade passou a ter um maior espaço no âmbito do Direito de Família.

Entenda-se eudemonista como uma “doutrina que considera a busca de uma vida feliz, seja em âmbito individual seja coletivo, o princípio e fundamento dos valores morais, julgando eticamente positivas todas as ações que conduzam o homem à felicidade”.⁶

4 DECISÕES DA JUSTIÇA

A primeira decisão sobre a matéria vem do Rio Grande do Sul, e foi proferida na Comarca de Capão de Canoas, pelo juiz Mario Romano Maggioni, que condenou um pai, por abandono moral e afetivo de sua filha, hoje com nove anos, a pagar uma indenização por danos morais, correspondente a duzentos salários mínimos, em sentença datada de agosto de 2003, transitada em julgado e, atualmente, em fase de execução. Ao fundamentar sua decisão o magistrado considerou que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança”. Concluindo que “a ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem.

Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos” (Espaço Vital, acesso em 11.01.2005, disponível em: <http://www.espacovital.com.br/colunaespacovital18062004a.htm>).

De destacar que o Ministério Público, tendo intervindo no feito por haver interesse de menor, manifestou-se contrário à concessão da indenização, conforme parecer da promotora De Carli dos Santos, cujo entendimento foi o de que a questão não poderia ser resolvida com base na reparação financeira tendo em vista que “não cabe ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização

⁶ HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. São Paulo: Objetiva, 2005.

por desamor”. A ilustre promotora alertou ainda para os risco do precedente: “senão, os foros e tribunais estariam abarrotados de processos se, ao término de qualquer relacionamento amoroso ou mesmo se, diante de um amor platônico, a pessoa que se sentisse abalada psicologicamente e moralmente pelo desamor da outra, viesse a pleitear ação com o intuito de compensar-se, monetariamente, porque o seu parceiro ou seu amor platônico não a correspondesse” (Ibidem).

Esta não é a única decisão tratando da matéria. Em recente julgado, o juiz da 31a. Vara Cível de São Paulo - Dr. Luis Fernando Cirillo, condenou um pai, por danos morais, a indenizar sua filha, no importe de 190 salários mínimos, aproximadamente, reconhecendo que a “paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia”. Apesar de considerar não ser razoável que um filho “pleiteie em Juízo indenização do dano moral porque não teria recebido afeto de seu pai”, o ilustre magistrado sentenciante, ponderou de outro norte que “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, porque também não tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra e a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito à obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens” (31a. Vara Cível Central de São Paulo – Processo nº 000.01.036747-0 – j. 07.06.2004).

Outra decisão que merece ser trazida à lume foi proferida pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, pelo voto do relator Unias Silva, que reformou sentença de primeiro grau, acolhendo o pedido de uma rapaz contra seu pai, por abandono moral, cuja condenação também foi fixada em duzentos salários mínimos, cuja fundamentação principal foi a de que “ser pai não é só dar o dinheiro para as despesas, mas suprir as necessidades dos filhos”, considerando ainda que “a responsabilidade não se pauta tão-somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana”. O ilustre magistrado, justificando o dever indenizatório afirmou ser “legítimo o direito de se buscar indenização por força de uma conduta imprópria, especialmente quando ao filho é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna, magoando seus

mais sublimes valores” (TAMG – Ap.Civ. n° 0408550-5-B.Horizonte – 7a. Câm.Cív. – Rel. Juiz Unias Silva – j. 01.04.2004).

Há também, uma decisão abordando questão similar, proferida pela 10a. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na qual foi reconhecido o direito à indenização por danos morais, no importe de oitenta salários mínimos, a um rapaz em face de que seu padrasto lhe moveu uma ação negatória de paternidade para desconstituição do registro de nascimento, o que, lhe teria gerado constrangimentos.

Para uma melhor compreensão do ocorrido, explicitemos: O padrasto mantinha lar convivencial com a mãe da criança, relação esta que se iniciou quando a mulher ainda estava grávida. Quando a criança nasceu o padrasto assumiu, espontaneamente, a paternidade, registrando-a em seu nome, mesmo sabendo não ser o pai biológico. Ocorre que, anos depois, ao romper a relação convivencial com a mãe do agora rapaz, o padrasto ingressou com ação negativa de paternidade com o fim de alterar o registro de nascimento. O “enteado”, argumentando ter sofrido violento abalo psicológico, por ter sido exposto a situação vexatória, além de ter se submetido à realização de exame de DNA, em face da ação negatória de paternidade, ingressou com ação pedindo indenização por danos morais, julgada improcedente em primeiro grau.

A sentença foi reformada pelo tribunal de justiça que, acolhendo voto da relatora, juíza-convocada ao tj Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, condenou o padrasto ao pagamento de uma indenização equivalente a oitenta salários mínimos. Em seu voto a ilustre relatora reconheceu que a matéria guardava contornos de dramaticidade, porquanto “não é difícil imaginar a tortura psicológica por que passou o apelante, premido pelas sucessivas negativas de paternidade daquele a quem conheceu como pai”. Apesar de ressaltar que o padrasto tinha o direito de perquirir sobre a paternidade, a magistrada considerou sua atitude “contrária aos princípios mais mezesinhos da ética” na exata medida em que o mesmo deveria ter melhor avaliado a questão pois, de outro lado, o enteado tinha, constitucionalmente assegurado, o direito à dignidade e à privacidade, que restaram violados, pela propositura da indigitada ação negatória de paternidade. “Sem hesitar, digo desnecessária a situação pela qual passou o apelante. No mínimo, o apelado deveria ter sopesado as conseqüências de seus atos”, afirmou a magistrada. Disse mais: “a atitude afoita, quiçá prenhe de contornos pessoais, redundou em prejuízos

desmedidos ao rapaz, que perdeu o nome, a filiação, o referencial e, quem sabe, a segurança para interagir no seu convívio social” (TJRS – ap.civ. nº 70007104326-B.Gonçalves – rel Juíza Conv. Ana Lucia Carvalho Pinto Vieira – j. 17.06.2004).

Esclareça-se por oportuno, que as decisões referenciadas ainda estão pendentes de recurso, o que forçará o Egrégio Superior Tribunal de Justiça a se manifestar, em breve, sobre a questão.

A guisa de registro, somente a decisão de Capão de Canoas/RS transitou em julgado, tendo em vista que o réu sequer contestou a ação, estando em fase de execução de sentença, via precatória, já que o executado reside em município do estado de Santa Catarina.

Abandono afetivo

Justiça não pode obrigar o pai a amar o filho

por Angelo Carbone

Novos parâmetros para o papel dos pais se transformaram em casos de Justiça. As obrigações se restringem ao sustento? Ou o desenvolvimento emocional também é obrigação legal dos genitores? A ausência de afeto pode ser motivo de indenização por dano moral? Essas questões vieram à tona com a discussão do tema no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que rejeitou a possibilidade de pagamento de indenização por dano moral a um filho, por abandono paterno.

Na verdade, não existe dano moral nem situação similar que permita uma penalidade indenizatória por abandono afetivo. O pai deve cumprir suas responsabilidades financeiras. O pagamento regular da pensão alimentícia supre outras lacunas, inclusive sentimentais. Para sustentar o filho, os pais têm que trabalhar, com o objetivo de manter um bom nível de vida até a maioridade ou a formatura na faculdade. Isso já é um ato de afeto e respeito.

O laço sentimental é algo mais profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências. O afastamento entre pai e filho é resultado de uma separação judicial. E essa separação decorre da vontade dos genitores. O pai que cumpre suas obrigações não deve ser penalizado por danos afetivos. De outro lado, o pai que dá amor durante toda a vida ao filho, mas não paga pensão alimentícia, vai preso.

O caso inédito discutido pelo STJ, segundo o processo, aconteceu com um estudante que até os seis anos (hoje com 24 anos) mantinha contato com seu pai de maneira regular. Após o nascimento de sua irmã, fruto de novo relacionamento conjugal do pai, este teria se afastado definitivamente e deixado de conviver com o filho. O estudante sempre recebeu pensão alimentícia, mas alegou que só queria do pai o amor e o reconhecimento como filho, tendo recebido apenas 'abandono, rejeição e frieza', inclusive em datas importantes, como aniversários, formatura no ensino médio e na aprovação do vestibular.

A apelação do filho foi aceita com base no artigo 227 da Constituição. Reza que "a responsabilidade pelo filho não se pauta somente no dever de alimentar, mas se insere no dever de possibilitar desenvolvimento humano aos filhos, com base no princípio da dignidade da pessoa humana". Esse entendimento foi contestado pelo pai. Ele argumentou que o pedido de indenização tem caráter abusivo, que a guarda do filho ficou com a mãe após a separação e que sua ausência se deu em razão de suas atividades

profissionais, inclusive fora do país. Assim, a 4ª Turma do STJ afastou o dever do pai de indenizar o filho por abandono afetivo.

Outro caso parecido, que deve provocar discussão em todo o mundo, é o do filho italiano do ex-jogador de futebol Diego Maradona. Ele está denunciando o pai por falta de atenção familiar, difamação e danos morais. Em uma edição de seu programa *A Noite do 10*, exibido pela televisão argentina, Maradona disse que um juiz o obrigou a dar dinheiro a seu filho. E enfatizou: "Mas não pode obrigar-me a sentir amor por ele".

A frase forte do ex-jogador resume o limite legal em casos como esse. Isso porque é por demais arbitrário e abusivo pretender que o pai seja penalizado por problemas causados ao filho pela falta de amor, pela falta de companheirismo e até, indiretamente, pela separação. O pagamento correto da pensão alimentícia ao filho, deixando-o em condições de se tornar um homem digno, deve ser considerado como uma forma de atenção.

Outros fatores precisam ser levados em conta antes de um julgamento como esse. Alguns deles, como o estabelecimento da guarda à mãe e a vida profissional do pai, já estabelecem, por si só, uma distância entre pai e filho. Assim, a determinação do STJ em afastar as pretensões de dano moral foi extremamente correta e deveria uniformizar as decisões nesses casos. Aliás, esse tipo de pedido é improcedente, não está previsto em lei e, portanto, é inconstitucional.

Revista **Consultor Jurídico**, 25 de dezembro de 2005

BIBLIOGRAFIA