

REPARAÇÃO CIVIL ANTE O ABANDONO MORAL

Luciana Tiekko Hirata TABUSE¹Camila BORDONI²Heloisa Helena de Almeida PORTUGAL³

RESUMO: Este trabalho assenta suas raízes na idéia de dano moral ante a omissão do genitor, caracterizada pelo estado de abandono sofrido pela criança. Considera-se dano moral a seqüela de âmbito emocional na individualidade da pessoa. Enquanto que responsabilidade moral diz respeito ao que agride a integridade da pessoa, com foco na individualidade do ser humano. A Jurisprudência traz agora em seu bojo novas soluções ao impasse surgido no seio dos doutrinados e operadores do Direito, preenchendo uma lacuna que representa a ausência incontestável de afetividade e desejo de proteção, da qual a criança se sente rejeitada e repelida pela figura que, em circunstâncias naturais, seria a fonte de inesgotável afeto e amor.

Palavras-chave: Reparação Civil. Família. Abandono Afetivo.

1 INTRODUÇÃO

A individualidade é constituída de vivências, num conjunto identificador do sujeito.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 229, estabelece o dever dos pais em criar e educar seus filhos menores; enquanto que o art. 12 do Código Civil Brasileiro declara ser possível a exigência de que cesse tanto a ameaça quanto a lesão a direito da personalidade, bem como a possibilidade de reivindicar perdas e danos, sem que isso impeça outras sanções trazidas pela legislação vigente. Sendo esta a conflituosa discussão a respeito do prejuízo à integridade psicofísica e à honra.

Para Stoco (2005, 1663), a idéia de dano moral é, possivelmente, a construção jurídica que mais oposição tenha sofrido ao longo de sua história, que começou na Índia e Babilônia, com os Códigos de Hammurabi e Manu, alcançando posteriormente a Roma e encontrando solo fértil no direito francês. Gradualmente,

¹ Autora e Discente do 5º Ano de Direito do CESD, e-mail: lutabuse@hotmail.com

² Co-autora e Discente do 5º Ano de Direito do CESD, e-mail: camilabordoni@hotmail.com

³ Docente e Coordenadora do curso de Direito do CESD - Orientadora do trabalho

esta idéia se ampliou e fortaleceu, amadurecendo por meio da criatividade de alguns poucos estudiosos, contra a oposição de muitos outros.

Toda pessoa precisa de alguém, principalmente durante nos primeiros anos de vida, onde se constrói as bases da personalidade. Sendo que, nesse cenário, a figura paterna e a sua função afetivo-social, possui um papel muito importante, conforme demonstram as ciências da personalidade.

O amor e a afetividade são componentes primordiais para uma vida mais feliz e humanizada. A necessidade de compor um grupo familiar e ser por ele aceito e amado é inata.

Ser pai, sociologicamente, remete à idéia de convívio, associada a amor, obediência e tantos outros deveres, e também direitos, dentro da entidade família.

Não é difícil considerar que os grandes avanços no âmbito do Direito de Família, no território brasileiro, aconteceram em razão da Constituição Federal de 1988, com a equiparação da filiação. As denominações existentes, ligadas à palavra filho, a saber: bastardo, adotivo, adulterino e tantas outras mais, passaram a fazer parte da história, em consonância com a CF/88. Agora, todo e qualquer filho é considerado filho.

Art. 227 – [...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988)

O vocábulo *genitor*, que no passado substituíra a palavra *pai*, ficou à margem na atual teoria de família, dada a grande diferenciação trazida pela evolução técnica, sociológica e genética. Sendo assim, *genitor* é aquele que origina, determina biologicamente o começo da vida de outra pessoa, tanto por meios naturais quanto artificiais. Considerar-se *genitor* não é, obrigatoriamente, reconhecer-se como *pai*.

Dessa forma, a definição de pai é construída por meio de pesquisas sócio-psicológicas como a pessoa que dá educação, sustentação, instrução e direção, coabita e proporciona afetividade, bem como suporte material.

A questão do dano moral passou a ter, pouco a pouco, maior visibilidade e embasamento, jurídico e social, na seara do Direito de Família.

2 POSSE DE ESTADO DE FILHO

Segundo Gonçalves (2006, p. 292), os laços afetivos e sociais de parentesco têm características que distinguem a posse de estado de filho. Ainda que não exista lei específica, a maioria dos estudiosos os apresenta, a saber, a “*nominatio*”, a “*tractatio*” e a “*reputatio*”.

A “*nominatio*” deriva da inscrição do nome do *genitor* na certidão de nascimento do perfilho. A “*tractatio*” implica no *pai* tratar o perfilho como filho, cuidando do seu desenvolvimento, instrução e assistência. A “*reputatio*” decorre da reputação do perfilho em meio a coletividade. É quando se externa publicamente, dando a conhecer a todos, que o sujeito é perfilho de certa pessoa.

Sob a ótica sociológica, trata-se a intensidade da posse de estado de filho dentro do grupo familiar; mais que base psicológica e fática tanto para pais quanto para a prole, num conjunto de elementos que induzem à idéia de aceitação da filiação pelos membros do grupo familiar. É a troca bilateral de amor e reverência, formando indivíduos sociabilizados, detentores de vínculos jurídicos.

Deve-se atribuir valor, também, às questões sociológicas e da psique, restando ao operador do direito, honrosamente o Defensor, direcionar adequadamente seus clientes. O ramo do Direito de Família abraça a seara mais valiosa e sentimental da pessoa, fazendo jus a profissionais capacitados na condução de suas lides e (quicá) fantasias, independente de serem Magistrados, Defensores, Ministério Público, Psicanalistas ou quaisquer outros especialistas que se apresentarem úteis, através da interdisciplinaridade de serviços.

O amparo legal à filiação figura não somente nas balizas constitucionais, mas igualmente no ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente nos arts. 19-52, que versam sobre os aspectos do convívio em família; do mesmo modo acontece na Lei n.º 8560, de 29 de dezembro de 1992, que dá tratamento à investigação sobre paternidade; e também no Código Civil, arts. 1596-1617, que abordam os filhos e seu reconhecimento.

Há motivos para elevação da prole a um status diferenciado e melhor de direitos. Antigamente os filhos mal falavam, nos dias de hoje eles são resgatados do esquecimento jurídico, adquirindo prioridade e garantias do Governo e do Direito.

Os vínculos do grupo familiar são abundantes em personalidade e variedade de comportamentos. Esta personalidade reporta às qualidades individuais, à moral, ao social e tudo aquilo capaz de apontar o quanto as pessoas são humanas em seu conjunto geral. Disso, extrai-se, a variedade de comportamentos morais, espiritualistas, éticos, educativos e de coexistência mútua.

Tomando por base tais diferenciações e focalizando a questão da paternidade, surgem, no mínimo, 3 categorias: a jurídica, a genética e a emocional. Estas podem aparecer imbricadas em apenas uma, sendo esta versão a mais desejada; embora ficando esta perspectiva apenas na concepção idealista. Contudo, num número não muito reduzido, as paternidades são desagregadas.

A paternidade genética mantém relação com os laços de sangue, podendo ser, diante da incerteza, comprovada pelas ciências biológicas por meio, mais exatamente, do exame de DNA, o que permite atingir a certeza técnica. Sendo o começo da vida humana através da junção de gametas, que dará origem a uma nova sequência genética.

A paternidade conhecida como jurídica é atestada através da documentação pública pertinente, isto é, a Certidão de Nascimento, atingindo a certeza legal: fé pública. Dessa forma, tal paternidade é o modelo primordial para a geração de direitos/deveres.

A paternidade emocional se realiza no afeto e na reverência que existem nas relações familiares, cujo vínculo se experimenta no binômio pai-filho. Entretanto, torna-se aceitável e almejavél somente uma forma de paternidade, a chamada paternidade responsável, cercada pelos demais elementos citados acima, atingindo, *de per si*, o direcionamento constitucional rumo ao que melhor para os filhos.

2 A RELAÇÃO DE AFETO ENTRE PAI E FILHOS

A figura paterna é importantíssima no desenvolvimento de todo ser humano. Não sendo aconselhável que a criança seja criada sem a influência do pai (aos que tenham tido a possibilidade de contato com o pai).

Por esta razão, a CF/88 assegura, como base da dignidade do ser humano, a investigação da paternidade, por meio de todos os recursos disponíveis, também aos carentes, de maneira gratuita.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Porém, quando se possui um pai, cuja paternidade consta na Certidão de Nascimento, amoroso, afetuoso e presente, tanto no âmbito das relações sociais quanto do grupo familiar, não existe o que dizer de omissão do pai. É esse o convívio que precisa existir e a alegria de qualquer pai: biológico, legal e emocional. Todavia, a experiência demonstra que há pai biológico que renega ao abandono e à humilhação seu(s) filho(s) de diversas formas, passando, neste instante, a não ser mais pai. E também há pai que não é biológico, mas que protege e educa filho de terceiros, passando, neste instante, a ser pai. Motivo existe, por conseguinte, que os vínculos emocionais preponderem em prejuízo de qualquer outra motivação, quer seja biológica ou de outra ordem.

Em determinadas circunstâncias, a faixa etária do filho é peça importante à reflexão, apontando o tempo de convivência e a constituição familiar, como elemento primordial. Mesmo que se chegue à conclusão de que a pessoa não detém a paternidade genética, deve-se ter muito tato com o contexto fático e a idéia de felicidade do “filho”, trazida pelo ECA. Caso os vínculos emocionais sejam intensos e consistentes, não cabe rompê-los em nome da técnica científica ou do rigorismo jurídico.

O intercâmbio afetivo, emocional e afetuoso existente no binômio pai-filho não se destrói com apenas uma negativa, seja ela vinda do Direito ou nascida da autoridade de quem quer que seja.

As emoções e afinidades elevadas não estão condicionadas a meras informações da técnica biológica. Os dados científicos são elementos complementares do processo, longe de ser um valor inestimável e/ou intocável.

O assunto é controvertido e não é possível persuadir sobre a existência de um resultado perfeito e suficiente para a totalidade de situações que se liguem à idéia de paternidade ideal. O dever de avaliar o “caso concreto” é o que prevalece.

As aflições e amarguras pelas quais o ser humano passa é parte dos obstáculos que garantem a evolução e o desenvolvimento dos vínculos entre as pessoas. Quiçá aquilo que, inicialmente, se mostre como a pior das emoções, possa funcionar de guia e melhor comportamento a todos os imbuídos na complicada empreita de viver bem.

O contentamento e a intercâmbio de emoções (e práticas) valiosas, enriquecem a pessoa cingida de confiança de que a afetividade deve prevalecer.

No entanto, o foco desta pesquisa é o desgosto da lacuna, da falta de interesse daquele que desempenharia uma função única no interior da família, para a qual não se empenhou em ser presente, pela exclusiva falta de vontade e interesse. É a procura por reparação afetiva em prejuízo daquilo que não se consegue medir ou valorar com precisão.

Para Dias (2010, p. 82), as particularidades envolvidas nas pendências de família requerem que os juízes, promotores e defensores se tornem mais compassíveis, apresentando um perfil diferenciado. Precisam observar o contexto onde estão imersos, que exercem suas funções jurídicas muito perto dos valores mais importantes do ser humano, suas emoções, duas dores e amarguras.

O convívio e afetividade como valores familiares protegidos pela CF/88, assegurados pelos doutrinadores e julgados, resguardam o afeto nas relações, num exame mais abrangente, do próprio conjunto dos Direitos Humanos, que possuem como base fundamental a dignidade da pessoa humana.

Tal dignidade que é protegida pela Constituição Federal como um meta-valor, gerador de todos os outros valores. Por isso é tão difícil abordar sobre a responsabilidade moral e o abandono daquele a quem se deu a vida.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL E ABANDONO AFETIVO

Há genitoras que não revelam aos pais (parceiros) que se encontram grávidas e, assim querendo, se lançam em tentar suprir o papel de pais. Há também genitoras que escondem dos filhos a identidade de seus genitores.

Contudo, há ainda muito mais genitoras lançadas à própria sorte junto aos filhos também abandonados. Sendo sobre tais filhos e suas prováveis perturbações psicológicas – que acarretam, além do mais, vários outros efeitos negativos – tratadas nesta pesquisa. Não apenas da criança que cresceu longe do pai, mas que intimamente carregou e carrega grandes frustrações em razão do abandono sofrido.

Considera-se dano moral a seqüela de âmbito emocional na individualidade da pessoa. Enquanto que responsabilidade moral diz respeito ao que agride a integridade da pessoa, com foco na individualidade do ser humano.

A intensidade do dano moral, pela agressão aos princípios objetivos e subjetivos, ultrapassa os aspectos afetivos e imateriais, dando origem a traumas na psique.

A nomenclatura *dano moral* é igualmente argüida por certos estudiosos, que afirmam ser mais correta a utilização dos termos dano meta-patrimonial, em razão de seu maior alcance de significação, incidindo sobre todo efeito danoso mesmo sem consequências sobre o patrimônio do ofendido.

Todavia, apesar das diferenças na nomenclatura, a finalidade é a mesma. Aquilo que se procura através da indenização ao dano meta-patrimonial é uma contrapartida pelo sofrimento do ser. Não se trata de uma prestação em dinheiro, mas de uma forma de suavizar uma dor infringida, oferecendo não a alegria, mas meios para conseguir procurá-la.

A prole que sofre o abandono pelo pai, mesmo que seja muito amada e protegida por sua genitora e os outros integrantes do grupo familiar, pode demonstrar desvios de conduta moral e social, capazes de marcá-la pelo resto da vida.

A ausência sem justificativa aceitável para a maioria das pessoas – onde se consiga compreender o motivo da omissão do pai – invade de maneira negativa o íntimo da criança abandonada.

O sofrimento psicológico por não ser amado e desejado por aquele que deveria expressar o amor, sem sombra de dúvidas, faz destruir a pessoa em desenvolvimento e a coerência que banha seus questionamentos mais pessoais.

Trata-se do desejo da criança em entender o porquê da maioria ter o genitor/pai próximo, e apenas ela não; passando para a generalização de que todos os colegas são queridos pelos pais e que, tais pais, possuem os maiores sonhos para suas vidas adultas. Mas, que a sua situação é de abandono intencional, em razão de não ser merecedor de amor paterno.

Os resultados disso são desvios de conduta, queda do amor-próprio, dificuldades de aprendizagem, de sociabilização e sentimento de ter perdido uma oportunidade, ainda que aparente, de ter felicidade e se sentir inteiro. Tal é assim, sem levar em conta o abandono material e demais omissões para a criação da criança, o que na maioria dos casos tem acontecido.

Segundo Dias (2010, p. 417), a legislação força e cobra dos pais atenção no trato com os filhos. A falta de tal atenção, característica do abandono afetivo, transgride a integridade física e psicológica das crianças, assim como o dever de ser solidário com a família, questões garantidas na CF/88.

As ações de indenização baseadas no abandono moral são postuladas devido a dor sentida, que embora não seja tangível, certamente existe e é real. Seus efeitos são comprovados por: perícias médicas feita por equipe multidisciplinar; testemunhos e audiências com Magistrado.

O Juiz, no momento de proferir sua sentença, precisa dar importância à equidade, prudência e sensatez, onde o nível de ofensa sofrido pela criança, de acordo com a medida de culpa, não deve levar ao excesso ou decisão abusiva.

Para Chauí (2000), as questões de valor e de fato devem claras e determinadas pelo Juiz no momento de estipular o valor da reparação por dano moral, pela melhor forma de Justiça e visando a economia processual, fixando a quantia e facilitando seu cumprimento.

A decisão sobre uma lide que deságua numa indenização por dano moral é, aos olhos de todos, difícil para o Magistrado, em razão de não ser fácil encontrar o meio-termo, onde o valor monetário se equipara à dor sofrida, seja em termos patrimoniais ou econômicos, denotando grande dúvida e indefinição, o que precisa, além do mais, estar condizente com a situação do ofendido e as posses do ofensor.

E, por fim, considera-se o valor punitivo pela ofensa causada, que possui por escopo coibir a reincidência da lesão.

As sentenças devem ser efetivas, tendo em seu teor a quantia a ser destinada ao ofendido (algo raro), livre de outras intercessões do Juiz. Demonstrando ser difícil precisar a terminologia, tanto jurídica quanto emocional, e sua aplicação no dia-a-dia e nas situações fáticas. Pergunta-se, inclusive, qual é a melhor valoração monetária, de proporcione equidade, ajustamento e harmonia.

Como afirmar que uma sentença é justa se não é possível definir seus critérios com exatidão e comprovar sua aplicabilidade?

De acordo com Hessen (1981, p. 25), apenas se aprecia o ser humano quando se identifica os critérios de mensuração aos quais ele é fiel; sendo desses que advém, finalmente, a sua moral e a sua conduta diante dos fatos surgidos.

A quantia monetária, portanto, é de difícil decisão, na qual interação elementos e valores são testados. Sendo que, diante das evidências, se pode afirmar que a indenização específica destinada ao dano moral é mais compensadora quando se fixa um valor único a ser pago, para efeito de reparação da ofensa sofrida. Não sendo vantagem o modelo de pensão vitalícia ou outro, o que caracterizaria uma sanção, não pelo sofrimento da criança, mas pelo lucro cessante destinado ao ofendido.

O Direito precisa ser zeloso, objetivando não somente à economia processual, mas principalmente o objetivo de dar valor ao ser humano e suas dores.

A procura por justiça, sem descanso, seja onde for ou circunstância, demanda um desejo inato de felicidade, nascido do próprio ser humano.

4 A FACE DO ABANDONO AFETIVO

A teoria da indenização em razão do abandono do filho pelo pai, ainda não se pacificou e fomenta debates entre estudiosos do Direito de Família.

O que precisa predominar é a procura de um instrumento, que possua como objetivo a certificação de que existe conduta ilícita quando o pai infringe efetivo abandono no filho, deixando de atuar como pai; ou então da criança, de desfrutar e desempenhar o papel de filho.

Deve-se estabelecer se cabe à afetividade ser conferida na relação pai-filho, na forma de um dever, não somente, mas também jurídico. E, finalmente, se o

conflito deve se r encerrado com apenas a perda do poder paterno ou não. Ou ainda se, num exame ainda mais desesperançoso, se tal fato não figuraria como uma vitória ao pai omissor. Diante disso, ser possível crer numa reparação civil à prole, por conduta abusiva e omissa daquele que deu a vida e sequer assumiu seu papel de maneira responsável.

E, dessa forma, no território brasileiro, há um aumento nas vitórias daqueles que procuram reparação material para seus sofrimentos oriundos da omissão e falta de afetividade, apontado como primordial e, por conseguinte, inato e preciso.

Se existe elementos incontestáveis do dano imaterial à criança acometida por abandono, deve-se debater sobre a merecida reparação, ante o externado dano à individualidade. A amargura e as aflições são o fruto da rejeição e para esta se deseja uma justificativa aceitável; algo que, em quase sua totalidade, não acontece.

Intensa foi a mudança que provocou, não somente no Judiciário, mas também nas relações pai-filho, o novo perfil jurisprudencial, que começou a estabelecer o dever ao genitor de reparar, em razão de dano moral, sua ausência e omissão para com a criança, ainda que o genitor pague pensão alimentícia à criança.

Aqueles que se opõem à reparação civil, para as situações de cuidado e proteção com os filhos, argumentam sua teoria no não cabimento em obrigar qualquer um que seja a gostar de outrem. Embora, tenha-se que atentar para o fato, da responsabilização pelos efeitos produzidos pela sua conduta, independentemente se no âmbito patrimonial ou meta-patrimonial.

5 CONCLUSÃO

A busca por Justiça e o instituto da paternidade responsável fazem jus a intensas análises, ainda mais quando se trata, principalmente, de vínculos baseados em particularidades e princípios emocionais apontados neste trabalho. É a busca pelo melhor para a prole, tendo como corolário inestimável o binômio pai/filho: o afeto e seus intrincados matizes.

O estudo é acerca do abandono moral da criança e sua responsabilização civil. Contudo, cabe refletir, além disso e até mesmo, a possibilidade de sanções ao se provocar erro e, por via de consequência, a reparação ao pai, nos casos em que a genitora escondeu do pai a notícia de sua paternidade. Todavia, esta não figura a finalidade última, ainda porque o número não é elevado nesses casos. Sendo apropriado que seja conteúdo para outros trabalhos.

As disputas a respeito de assunto tão complexo e conflituoso prosseguirão, em benefício da coletividade. As diferenças de entendimento pedem mais pesquisas, responsabilidade e consideração com as circunstâncias de vida das pessoas.

A idéia daquilo que é certo, ajustado e apropriado à dor físico-psíquica, não é exata, em razão da diferença de valores e princípios das partes envolvidas, tanto o pai quanto a criança e, mais, o Magistrado que deve proferir a sentença.

O dano moral é uma realidade, uma vez que o abandono também é uma realidade. Todavia, a ofensa possui uma singularidade latente. Desse modo, não são todas as crianças que sofrem com a falta do genitor, ou se esta figura é ou não declarada, omissa em sua valiosa e inata função diante da criança.

A diferença que existe entre as pessoas provoca a falsa idéia de que todos os casos devam ser tratados de uma mesma maneira. Disso, resultam sentenças a favor e contra. A estipulação abusiva da reparação até pode acontecer. Contudo, não existe a possibilidade de frear aquele que necessita de alívio reparatório, como uma maneira de anunciar a todos o seu descontentamento e a intensa dor em razão daquilo que lhe foi negado bruscamente, de cujos efeitos negativos tem a certeza de ter que conviver pelo resto da vida.

Resta, assim, a toda e qualquer pessoa que der importância ao seu ofício, sejam estes: Defensores, Magistrados, Ministério Público ou outros, que se especializem ininterruptamente na área filosófica, técnica, cultural e social, de forma a possuir subsídios suficientes para que, na procura por equilíbrio, promovam a Justiça Social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2009.

_____. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acessado em: 03 jan. 2011.

_____. **Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992**. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8560.htm>. Acessado em: 03 jan. 2011.

_____. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acessado em: 03 jan. 2011.

CHAUI, M. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

COMPARATO, F.K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, M.B. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, C.R. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v.4. São Paulo: Saraiva, 2006.

HESSEN, J. **Filosofia dos Valores**. Coimbra: Arménio Amado, 1981.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TRINDADE, J.D.L. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo, Petrópolis, 2008.