

Abandono afetivo parental versus teoria do Estado

O abandono afetivo parental restringe-se à esfera da moral e não gera, portanto, sanções de ordem pública, aplicadas por autoridades legalmente constituídas. Seria uma intromissão indevida e ilegítima nas relações individuais e morais, bem como uma inaceitável moralização do Direito.

Resumo: A análise do tema justifica-se em face do crescente questionamento em nossos tribunais e, por outro lado, em virtude das complexas exigências de uma sociedade em contínuo processo de maturação democrática. Além disso, a matéria põe-nos um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, que é o de determinar quais danos extrapatrimoniais, dentre aqueles que ocorrem no comércio ordinário da vida humana, são passíveis de reparação pecuniária.

Palavras-chave: Abandono afetivo parental. Dano moral. Indenização. Impossibilidade. Estado-juiz.

Sumário: 1- Introdução. 2- Abandono afetivo parental: conceito. 3- Autonomia moral do indivíduo versus Estado. 3.1- O perigo e a ineficiência de um Estado total. 4- Liberdade afetiva parental. 5- As correntes de pensamento a respeito da matéria. 6- O abandono afetivo parental e a desastrosa abordagem pela dogmática jurídica. 7- A monetarização do amor e da moral. 8- Conclusão. Bibliografia.

1- Introdução

Há, na comunidade jurídica, muitas questões que suscitam polêmicas e estão longe de serem totalmente equacionadas à luz do conhecimento jurídico moderno. Dentre elas, eleva-se o abandono afetivo parental e a possibilidade de indenização, como medida determinada pelo Estado-juiz.

A matéria sub oculis põe-nos um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, que é o de determinar quais danos extrapatrimoniais, dentre aqueles que ocorrem no comércio ordinário da vida humana, são passíveis de reparação pecuniária. E, por outro lado, nos impele a invadir o campo da Teoria Política e investigar os limites de atuação do Estado nas relações individuais e familiares.

O abandono afetivo é um curioso exemplo desses conceitos que parecem certos quando vistos por um determinado prisma e errados por outro. Trata-se, na verdade, de uma questão que perde o seu veneno quando transplantada da pura dogmática jurídica para uma abordagem interdisciplinar, tendo como base a filosofia política e a teoria do Estado. A análise do tema justifica-se em face do crescente questionamento em nossos tribunais, do risco de um manejo irracional da tutela indenizatória e, por outro lado, em virtude das complexas exigências de uma sociedade em contínuo processo de maturação democrática. Esta conjunção de fatores cobra do intérprete e aplicador jurídico posicionamentos sólidos (com bom lastro teórico, fugindo, se necessário for, ao esquema limitado e estreito do dogmatismo jurídico), para uma maior efetividade da justiça em responder às demandas formuladas.

2- Abandono afetivo parental: conceito

O abandono afetivo parental é um claro reconhecimento de que a paternidade ou a maternidade não é apenas biológica, mas principalmente afetiva. Esse estado (abandono afetivo) configura-se na indiferença e na ausência de assistência afetiva (e amorosa) durante o desenvolvimento físico, psicológico e social do filho. Verifica-se, em regra, em famílias monoparentais. Podem praticar tal conduta omissiva tanto o pai quanto a mãe.

O fim de um relacionamento afetivo entre os pais acaba, algumas vezes, inconscientemente, por ser estendido aos filhos, acarretando um trauma pelo abandono. Esse trauma pode se manifestar em crises depressivas, instabilidade emocional, complexos de culpa e de inferioridade, orientação sexual etc.

3- Autonomia moral do indivíduo versus Estado

Pode o Estado, direta ou indiretamente, obrigar o indivíduo a ser bom ou mau, amoroso ou desamoroso, afeiçoado ou desafeiçoado? Pode o Estado dizer por qual escala moral deve o indivíduo medir seu comportamento? Pode o Estado, enfim, impor um padrão moral à sociedade, à família e ao indivíduo?

Definitivamente, como diz B. Russell (1957, p. 183), o Estado não deve considerar-se como o guardião da verdade na ciência, na metafísica ou na moral. O Estado não pode subvencionar com imposições a moral individual e social, assim como o fez, em tempos recuados, com a religião. Se lhe é atribuída a coordenação da atividade exterior das

diversas instituições sociais, para que não entrem em conflito, não pode, todavia, usurpar-lhes a autoridade e os objetivos (Azambuja, 1945, p. 60).

A propósito diz Saul K. Padover (1962, p. 68):

“En su búsqueda de la verdad la mente humana no debe estar trabada por ninguna organización gubernamental o cuerpo eclesiástico”.

O plano intangível da consciência é um dos poucos espaços onde o Estado moderno, concebido como um deus mortal, não pode penetrar (Yannuzzi, 2007, p. 114). O Estado há de ser neutro nas questões atinentes à moral. E essa neutralidade resultou em conquistas históricas e postulados constitucionais consagrados como a liberdade de consciência e a liberdade de cultos.

A religião e a moral são, reconhecidamente, assuntos em que não deve haver interferência do Estado. São forças sociais que têm de encontrar por si mesmas o seu próprio equilíbrio dentro da estrutura do Estado e da sociedade. Um indivíduo ser cristão, maometano ou budista, ou ainda ser altruísta, generoso ou egoísta, não constitui matéria de interesse público, desde que eles obedeçam às leis e não violem a convivência pacífica; e as leis devem ser obedecidas por indivíduos de todas as religiões ou perfis morais.

A lei civil faz possível a sociedade entre os homens, mas não define a qualidade afetiva ou espiritual mais profunda que une todos na família, no trabalho ou na sociedade política. De acordo com Vigo (2010, p. 264), o Direito não tem por sentido fazer bons aos homens, mas se conforma em modelar, simplesmente, bons cidadãos, ou seja, que ao final respeitem e confirmem aos outros o que lhes corresponde.

O Direito não exige heroísmo, nem santidade; é-lhe suficiente a honorabilidade, inclusive a fundada na mera conveniência. Por isso, o preceito bíblico que nos chama a amar ao vizinho, restringe-se, no Direito, a que não se deve lhe causar dano (Bourie, 2001). É fácil verificar esse atributo da ordem jurídica no princípio da dignidade da pessoa humana. É um princípio consagrado na maioria das Constituições modernas e que, entre os seus inúmeros desdobramentos, fixa para o Estado a qualidade de existir para o homem e não o homem para o Estado (vedação de fazer do homem um objeto da ação estatal). E o ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de protegê-la contra qualquer tipo de violação (Novelino, 2008, p. 211), assim como não pode obrigar ninguém a amar ou a odiar. Do direito, como diz Sunstein (2009, p. 417), não se espera o engajamento em nenhum tipo de rearranjo ou administração social.

No precioso ensinamento de B. Russell (1970, p. 118), não se alicerça um bom sistema social tornando as pessoas altruístas, e sim fazendo com que seus impulsos vitais se

harmonizem com os dos demais. Esse é o mínimo exeqüível, que razoavelmente se pode exigir do Direito e do Estado.

O Direito está para as nossas relações em sociedade como a gramática está para a linguagem: é a forma mais elementar de convivência, que permite, inclusive, estabelecer uma comunicação entre pessoas separadas física ou afetivamente. Dentro dos limites da justiça, o Direito não atende à qualidade intrínseca da relação que mantemos com os demais. Apenas estabelece um marco mínimo de moralidade, para que resulte possível a vida em sociedade.

Amparado nas lições de Bourie (2001), pode-se dizer que as tradições jurídicas mais fortes, em concordância com a natureza da justiça, reconhecem que a primeira função da lei não é transformar-nos em virtuosos. O Direito restringe-se a por um limite externo à nossa propensão ao abuso e à violência, favorecendo a cooperação entre indivíduos que medem seu próprio interesse por uma escala distinta do "outro". Por isso, sua tarefa não é realizar o melhor dos mundos, mas evitar o perigo latente do pior e, só então, servir de base para uma convivência frutífera. A dureza de seus meios coativos faz com que o Direito seja um instrumento ineficiente para atuar sobre as convicções ou para obter ideais de perfeição. Em definitivo, a força do Direito como ordem positiva das relações em sociedade é também a medida de suas limitações e riscos.

O Estado é uma criação jurídica e moral da sociedade, uma simples delegação do país (um subordinado pouco confiável e que tem de ser controlado e atrelado a limites precisos), encarregada da manutenção das leis e do custeio dos encargos gerais da comunidade (Ortigão, 1887:194; Schmitt, 2009:66). O Estado e o governo têm, sobretudo, a função de satisfazer os bens públicos, ou seja, aqueles que não podem ser realizados mediante a interação espontânea das pessoas e entidades privadas (contribuições individuais), porque o esforço individual para satisfazê-los não seria significativo (do ponto de vista de concerto e convergência) para a consecução do objetivo.

Após o reconhecimento dos direitos do homem e do cidadão, primeiro no plano doutrinário e depois também no plano prático e político através das Declarações de direitos, configura-se uma revolução na relação entre governantes e governados: o Estado não é mais considerado a ex parte principis mas ex parte populi. O indivíduo vem antes do Estado (Bobbio, 2001, p. 117). O indivíduo não é pelo Estado mas o Estado pelo indivíduo. As partes são anteriores ao todo e não o todo anterior às partes.

A direção moral do indivíduo e da sociedade (bens privados em contraposição aos bens públicos) não pode, por conta dessa evolução política, caber ao Estado (por qualquer das suas formas de expressão de poder: Estado-administrador, Estado-juiz ou Estado-

legislador). O Estado não está em condições de decidir o que moralmente é prejudicial e o que não é, pois isso não é questão para “peritos” ou “técnicos”, as pessoas devem resolver por si mesmas (Mabbott, 1968, p. 76). É unicamente à família e à sociedade, e por óbvio, ao próprio indivíduo, que ela compete. O dever ético não se incute como a gramática na aula ou o exercício militar na caserna.

O fato é que, como diz Maritain (1966, p. 20-28), o Estado tem habilidade e competência em assuntos de ordem administrativa, legal e política, mas é inevitavelmente imperfeito e incompetente em todos os outros terrenos e, por consequência, neles se manifesta facilmente opressor e inepto. Tornar-se um patrão ou um gerente no setor comercial ou industrial, um patrono em arte ou um espírito dirigente em matéria de pintura, ciência ou filosofia, é contra a natureza de uma suprema instituição tão impessoal, por assim dizer, tão abstrata e separada das circunstâncias mutáveis, das tensões mútuas, das vicissitudes e do dinamismo da existência social concreta.

Há uma sociedade política ou um corpo político que constitui um todo formado por uma realidade humana total e concreta (com múltiplas instituições nascidas e esculpidas sob o signo da liberdade), tendendo a um bem humano concreto e total – o bem comum. No contexto do todo político, o Estado é uma parte, uma parte principal, é certo, mas não o todo. E, além disso, ele é superior aos outros órgãos desse corpo, mas não superior ao próprio corpo político. E a sua autoridade deriva de uma estrutura pluralística (constituída pela vida familiar, econômica, cultural, educativa, moral, religiosa etc.) que através do povo, vai em ondas sucessivas e sobrepostas, de baixo para cima.

Desse todo político (sociedade política), o Estado é uma parte que se especializa no interesse do todo. É um conjunto de instituições combinadas numa máquina burocrática altamente aperfeiçoada. Tal obra de arte foi construída pelo homem e serve-se dos cérebros e das energias humanas e nada é sem o homem. Embora seja uma encarnação superior da razão, não é a suprema encarnação, como acreditava Hegel (profeta e teólogo do Estado totalitário e divinizado). O Estado não é uma espécie de super-homem coletivo. É apenas uma instituição autorizada a usar do poder e da coação, e constituída por técnicos e especialistas em questões de ordem e bem-estar público; em suma, um instrumento a serviço do homem. Colocar o homem a serviço desse instrumento é uma perversão política. A pessoa humana como indivíduo existe para o corpo político. Mas o homem, de maneira alguma, existe para o Estado. O Estado é que existe para o homem.

Dado o princípio pluralístico, tudo aquilo que, no corpo político, puder ser feito por órgãos particulares ou sociedades de grau inferior ao Estado e nascidas da livre iniciativa do povo, deveria ser realizado por esses órgãos ou sociedades particulares (Maritain, 1966, p. 71).

Esse indicado propósito de restringir as atribuições do Estado – que se torna inquietante e perigoso quando acompanhado por qualquer espécie de hostilidade relativa à supremacia temporal do Estado – torna-se pura e simplesmente salutar quando se estabelece a justa noção do Estado e da sua supremacia. Essa tendência restritiva exprime, então, apenas a ideia fundamental de toda filosofia da autonomia, a saber, em um todo hierárquico, qualquer função que possa ser assegurada pelo inferior deve ser exercida por ele sob pena de prejuízo para o todo em sua integralidade. Pois há mais perfeição em um todo, cujas partes sejam todas elas cheias de vida e de iniciativa, do que em um todo cujas partes sejam apenas instrumentos que transmitam a iniciativa dos órgãos superiores da comunidade^[1].

Diante de tudo isso, admitir a interferência direta do Estado na esfera moral individual seria aceitar o totalitarismo estatal^[2], o domínio total da esfera pública sobre a esfera privada e renegar a democracia que tem na autonomia, na liberdade e na dignidade humana, sua pedra angular. Retirar a autonomia moral do homem equivale a privar-lhe de liberdade, a torná-lo um autômato. Sabemos que a liberdade de escolher entre o certo ou o errado (o poder de autolegislação moral), é o que torna o homem um agente moral (livre, portanto). Todo homem livre, como diz G. Murray (1941, p. 100), sente a necessidade imperiosa de julgar suas próprias ações; de eleger e fazer aquilo que crê justo e verdadeiro, sem que o Estado possa lhe ditar os parâmetros pelos quais o indivíduo se guie. Reconhece-se a cada um a faculdade de viver e de desenvolver-se em conformidade com as aspirações do seu ser.

O único propósito que legitima o exercício justo do poder sobre qualquer membro da uma comunidade civilizada contra sua vontade é a prevenção do dano aos demais. Não compete a ninguém tornar os outros melhores, diz C. Friedrich (1970, p. 33). O que compete a todos e ao Governo é evitar que um homem cause dano a outro. O aperfeiçoamento próprio é responsabilidade única de cada um.

Se os homens, livres e iguais em direitos, no estado pré-político, renunciaram a uma parcela da sua liberdade e da sua igualdade para que pudesse surgir o poder político, os limites deste, como produto da vontade, são os daquela própria renúncia. De sorte que a sua autoridade jamais pode ser compreendida extensivamente, sim, ao contrário, sempre restritivamente (Souza, 1979, p. 109/110). E isso corresponde ao princípio que, modernamente, a doutrina denomina de “mínima intervenção estatal na vida privada” (Sundfeld, 2003, p. 67).

Estaria o Estado, desse modo, impedido de interferir nas relações familiares? Antes do Estado existem várias formas de associação que os indivíduos formam entre si para a

satisfação dos seus mais diversos interesses, associações às quais o Estado se superpõe para regulá-las, mas sem jamais vetar-lhes o ulterior desenvolvimento e sem jamais impedir-lhes a contínua renovação (Bobbio, 2001, p. 35). As relações familiares são reguladas, em primeiro lugar, pela moral e pelo costume (Lumia, 2003, p. 95), embora se reconheça ao Estado uma intervenção secundária na família para regular aspectos de relevante interesse público.

Os símbolos da democracia são os mesmos da liberdade, da vida livre, da livre escolha, da expansão da personalidade e da completa manifestação de cada um (Merriam, s/d, p.112). Quando o Estado, diz R. Ortigão (1888, p. 136) se constitui protetor torna-se objeto de uma superstição grosseira e perigosa. A fé posta na proteção do governo é uma derivação da fé no milagre. Essa fé dissolve todas as aptidões, todas as iniciativas, todas as forças de uma sociedade.

Há no mundo um núcleo intangível de liberdade atribuído a cada ser humano: a moral. E não se muda a moral por lei, por ato administrativo ou por sentença. Os costumes, de onde a moral tem origem^[3], são modificados lentamente por um trabalho igualmente paulatino de reforma social.

Como ensina Recasens Siches (1943, p. 163-164) em valioso estudo sobre Leopoldo Wiese, em todos os processos que têm caráter estatal pretende-se o estabelecimento e conservação de uma ordem externa em que se objetivam relações inter-humanas de poder. Essa ordem, estabelecida pelo Estado, pretende tão-somente uma regulação meramente externa, que toma em conta o visível e ignora – quase por completo – a vida interior do homem^[4]. Por isso, a esfera estatal da vida se caracteriza por uma especial rigidez, por uma certa dureza e rigor, numa espécie de “ausência de alma”. Nessa esfera domina frieza e objetividade. Do homem interessa ao Estado apenas a função que desempenha neste; e, portanto, é tomado em conta unicamente na medida e grau em que a cumpre ou a infringe. Para o Estado, o homem é sempre considerado como membro servidor; não interessa como homem autêntico, como personalidade individual entranhável, apenas na sua qualidade de súdito ou de funcionário (no sentido em que desempenha uma função: trabalhador, contribuinte, cidadão, conscrito, etc.).

Em verdade, o Estado não existe para, com sua estrutura de poder (no domínio legislativo, administrativo ou judiciário), obrigar o homem a ser melhor, mais generoso, mais temente a Deus, mais carinhoso, afetuoso, altruísta, amoroso etc. Ele pode proporcionar meios^[5] para que o indivíduo alcance ou aprimore esses bens morais, mas não pode substituir-se ao eu individual, traçando parâmetros morais por onde o ser humano deve se guiar. O Estado é mais direção e menos dominação (Souza, 1979, p. 164). Seria, ademais,

um atentado contra a diversidade e a diferença, aspectos responsáveis pelo progresso vital da humanidade. Essa questão nos remete aos seguintes esclarecimentos de B. Russell (2001, p. 10):

“Não há um ideal único para todos os homens sob a égide do Estado ou qualquer outra instituição humana, mas um ideal diferente para cada homem. Todo indivíduo o possui em seu ser para desenvolver como coisa boa ou má: para ele, existe um melhor e um pior possíveis. As circunstâncias irão determinar se suas aptidões para o bem serão desenvolvidas ou esmagadas, e se os seus impulsos serão reforçados ou, pouco a pouco, canalizados para o bem”.

A democracia aceita a diversidade da civilização moderna sem procurar amoldá-la ao padrão de qualquer determinado credo em particular (MacIver, 1965, p. 78), mesmo que o impositor seja o Estado.

Também Michael Walzer (2003, p. 388), em retrospectiva histórica, é enfático ao referir que os direitos feudais de tutela e casamento, dos quais os reis absolutistas se apoderaram por algum tempo, não são da competência jurídica e moral do Estado. Suas autoridades não podem controlar o casamento dos súditos nem interferir em suas relações pessoais ou familiares, nem regular a criação de seus filhos.

Escapa, portanto, ao arbítrio do Estado(-juiz) “obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo”, mesmo que indiretamente, ao condenar alguém a indenizar outrem por não adotar determinada postura moral. Admitir que o Estado possa obrigar o pai ou a mãe a amar os filhos é comparável, guardadas as devidas proporções, a mover o Poder Judiciário para exigir que determinado indivíduo conceda uma esmola a um mendigo (obrigando-o, em consequência, a ser generoso ou altruísta).

Qual a diferença entre o abandono afetivo parental e o fato de alguém ser caluniado ou difamado do ponto de vista da intervenção do Estado? Na calúnia/difamação pode o caluniado/difamado cobrar responsabilidade no âmbito cível (reparação pecuniária) e no criminal (imputação de um crime), provocando o Estado-juiz. Não estaria o Estado(-juiz), na calúnia/difamação, ao prolatar a condenação, obrigando, indiretamente, o indivíduo caluniador ou difamador a respeitar a honra do outro, sendo generoso e justo? E essa intervenção estatal não representa, também, uma intromissão no âmbito da moral individual?

Há uma diferença nítida entre as duas situações: no abandono afetivo parental ao aceitar a possibilidade de reparação pecuniária pelo dano (que pode, eventualmente, existir), o Estado, indiretamente, obriga o indivíduo a ser generoso, altruísta, prestimoso e presente na vida do filho; ao punir a calúnia ou a difamação, nas esferas cível e criminal, o Estado

não obriga o indivíduo (o possível caluniador/difamador) a ser bom, altruísta ou generoso, mas simplesmente o inibe de prejudicar a outrem (não o obriga a cantar as virtudes do outro, a tornar-se amigo ou presente na vida do outro). Assim, enquanto no abandono parental o Estado age positivamente no campo da moral (o que, definitivamente, não lhe compete), na calúnia/difamação age negativamente, impedindo que um indivíduo seja prejudicado por outro (garantindo uma harmoniosa convivência em sociedade).

Como advertia H. Spencer (1977, p. 24), em fins do século XIX, as limitações ou restrições por parte do Estado devem ser negativamente coercitivas e não positivamente coercitivas:

“La libertad que disfruta el ciudadano debe medirse, no por el mecanismo gubernamental bajo el cual viva, sea o no representativo, sino por él número relativamente escaso de restricciones que se impongan a los individuos, y que este mecanismo haya sido creado con o sin el concurso del pueblo, funcionará despóticamente si aumenta dichas restricciones más allá de lo necesario para impedir las agresiones directas o indirectas de unos individuos hacia otros; por consiguiente, las limitaciones establecidas deberán ser negativamente coercitivas más bien que positivamente coercitivas”.

Spencer compreendeu, na essência, o que significa absolutismo ou “totalitarismo”, pois se o conjunto de leis é prejudicial à liberdade do cidadão, sua procedência (seja ou não democrática) não faz diferença.

3.1- O perigo e a ineficiência de um Estado total

Há poucas, pouquíssimas áreas da sociedade de hoje não sujeitas a alguma forma de regulação estatal (Bugaric, 2004, p. 484). Todavia, a experiência histórica recente tem como prova provada que o domínio do Estado em aspectos, primariamente, deixados à autorregulação social tem se revelado um absoluto desastre^[6]. Os exemplos não faltam:

Ao cada vez mais Estado penal, policial e penitenciário tem-se uma escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países (Wacquant, 2001, p. 07).

Ao Estado mecenas e financiador de pesquisas científicas tem-se a desumanização e o monopólio do conhecimento e a utilização do mesmo como mecanismo de acumulação de poder político, resultando, quase sempre, num Estado ideológico ou cultural.

E por que o Estado hipertrofiado, totalizador, todo-poderoso, todo-absorvente, oniomaniaco (all-embracing state – MacIver, 1965, p. 304) tem-se revelado além de perigoso (pelas experiências nazi-fascistas e comunistas), visceralmente ineficiente na solução de determinados problemas sociais? A resposta é simples: porque contraria a natureza humana tanto ser totalmente assistida como ser universalmente tutelada. Ou

como disse Abraham Lincoln (Zippelius, 1997, p. 474), não se ajudarão as pessoas a longo prazo, fazendo por elas o que elas deveriam e poderiam fazer por elas próprias.

O Estado, através do governo, é uma forma superior de regulamentação social, mas não é de maneira alguma a única. O poder manejado pelo Estado constitui apenas um dos diversos focos e espécies de poder dentro de uma sociedade (MacIver, 1965, p. 66). E guarda, por isso mesmo, um caráter de subsidiariedade consistente em ser sempre o último regulador da ordem social, atuando apenas quando todas as outras formas falham ou se mostram insuficientes para manter a comunhão social.

O supremo desafio de uma democracia é, em primeiro lugar, deixar bem clara a diferença entre sociedade (comunidade) e Estado, e por conta disso, limitar o poder do Estado à sua natureza real^[7], de tal forma que ele (através de suas expressões de poder – funções legislativas, administrativas e judiciárias) não presuma ser, em qualquer sentido ou extensão, uma autoridade em assuntos de fé ou de moral, de maneira de pensar ou de viver, permitindo que as diversidades que compõem um ambiente democrático coexistam com iguais direitos dentro da mesma comunidade.

Na verdade, como diz R. MacIver (1965, p. 306):

"If we do not distinguish society, with its countless uncentralized relationships and activities, from the state, with its specific centrally co-ordinated activities, we are on the dangerous road to totalitarianism. Then we shall demand that men surrender themselves, their all, to the state-which means that government becomes the complete master of men"^[8].

O mesmo MacIver (1965, p. 317-318), em outra passagem de seu livro, diz que nem o Estado nem outra qualquer forma de organização pode abranger tudo (all-embracing). Todo estilo de vida e toda maneira de pensar recebe seu alento de dentro. O que conta é a convicção, o hábito mental, a devoção a uma causa, o impulso para a expressão artística, a congenialidade do grupo. Isso não pode ser controlado de fora, não pode ser dirigido por uma força indiferente ou estranha. A capacidade criadora de toda cultura jaz em sua espontaneidade: a coação mata-a, reduzindo-a a um mecanismo inanimado. Só a arrogância do tirano, do totalitário ou do dogmático contesta essa verdade.

A parcela de liberdade e de independência gozada pela civilização moderna foi fruto de um combate ininterrupto, muitas vezes sangrento, ao longo da história, levado a cabo pelo indivíduo e a sociedade, sem a ajuda do Estado. Esses valores foram arrancados das mãos de tiranos, imperadores, reis e governos (a ponta de lança do Estado).

Em relação às restrições da liberdade individual e intervenção nas relações familiares, há um argumento clássico a tentar justificar a postura do Estado: a de que as restrições da liberdade dos cidadãos emanam de um corpo representativo responsável (governo) criado

por eles (cidadãos) e que recebeu o poder deles. Mas a verdadeira questão consiste em verificar se a liberdade individual, se a moral individual foi violada, não em examinar a natureza do agente interventor.

Por que devo obediência ao Estado? Não basta dizer que lhe devo obedecer porque ele é o Estado. Por que as regras do Estado merecem obediência? E se essas regras ou ditames estiverem em desacordo com o que penso, espero e sinto? Se é assim, não resta outra alternativa, senão negar obediência exigida de mim. As ordens do Estado precisam justificar-se em outras bases que não apenas por sua origem. A lei ditada pelo Estado precisa ser acompanhada de um sentido teleológico, de modo a recomendá-la à aceitação dos homens. Ou como diz J. Maritain (1966, p. 126), nas origens do sentimento democrático existe o desejo de obedecer apenas porque é justo.

H. Spencer (1977, p. 23) agrega outros argumentos para rechaçar a invasão, mesmo que por um Estado democrático, de espaços, essencialmente, infensos a uma restrição exógena: Se um povo elege por meio de um plebiscito a um déspota, permanecerá livre porque esse despotismo é obra sua? As medidas coercitivas ditadas por este déspota serão consideradas pelo povo como legítimas, por ser consequência natural do seu voto? Se assim o fosse, conclui Spencer em 1884 (ano em que o referido livro foi publicado), um habitante da África Oriental, ao romper seu arco na presença de outro e declarar-se seu escravo, continuaria a ser livre por haver eleito seu senhor livremente.

Todas as coisas grandes e poderosas, diz Jacques Maritain (1966, p. 21), têm uma tendência instintiva e uma tentação especial a ultrapassar os seus próprios limites. O poder tende a aumentar o poder; a máquina do poder tende incessantemente a expandir-se; a máquina suprema legal e administrativa tende a uma autossuficiência burocrática e gostaria de considerar-se a si mesma como um fim e não como um meio.

O Estado democrático, compartilhando a natureza dessas “grandes coisas”, de que nos fala Maritain, é extremamente expansivo e com pouco senso de responsabilidade histórica, pois tende a exercer uma tutela sobre a sociedade e o indivíduo só comparável ao Estado totalitário. Até mesmo o antigo Estado absoluto, como diz Ortega y Gasset (1987, p. 130), respeitava instintivamente a sociedade. Busca-se fortalecer o Estado democrático à custa da sociedade e do indivíduo, e para isso, a estratégia é interferir (e restringir) em suas esferas próprias e autônomas. É a criatura nutrindo-se dos criadores.

Também há uma firme crença de que o Estado democrático ao corresponder ao desejo da maioria deve conceder remédio a todas as misérias humanas, de qualquer espécie que sejam. E nestas circunstâncias de aliviar todas as dores, não ocorre a ninguém em pensar se existem outros meios ou recursos para evitar algumas delas ou se aquelas tratadas em

cada caso concreto, efetivamente receberam o melhor tratamento (um tratamento compatível com a situação dada). E é claro que a intervenção do Estado a cada desvirtuamento ou miséria da sociedade ou do indivíduo gera uma espécie de círculo vicioso: à medida que aumenta a intervenção governamental, mais se fortalece o pensamento de sua necessidade e com mais insistência pede-se a sua extensão. Instala-se uma espécie de “estatolatria”.

E essa “estatolatria”, vertida no vício de acionar o Estado para solucionar todo e qualquer problema, acaba tornando a estrutura estatal pesada e ineficiente, pois como diz Spencer (1977, p. 38), a cada nova regulamentação (ou intervenção) implica a nomeação de novos servidores, aumento da burocracia e do poder dos órgãos administrativos.

Para Ortega y Gasset (1987, p. 131), o Estado de nosso tempo é uma máquina formidável, que funciona prodigiosamente, de uma maravilhosa eficiência pela qualidade e precisão de seus meios. Colocada no meio da sociedade, basta tocar numa mola para que suas enormes alavancas se ponham em ação e operem fulminantemente sobre qualquer parte do corpo social.

Posto diante do Estado, continua o filósofo espanhol, o homem-massa (usufrutuário privilegiado e passivo da democracia e da civilização) tende a vê no Estado uma coisa sua, uma espécie de faz-tudo, e diante de qualquer dificuldade, conflito ou problema na vida pública de um país, passa a exigir que o Estado o assuma imediatamente, que se encarregue diretamente de resolvê-lo com seus meios gigantescos e incomparáveis.

Este é o maior perigo que hoje ameaça a civilização: a estatização da vida, o intervencionismo do Estado, a absorção de toda espontaneidade social pelo Estado; isto é, a anulação da espontaneidade histórica, que definitivamente sustenta, nutre e impulsiona os destinos humanos. Quando a massa se sente insatisfeita, ou simplesmente tem algum forte desejo, é para ela uma grande tentação essa possibilidade permanente e segura de conseguir tudo – sem esforço, luta, dúvida ou risco -, sem precisar fazer nada além de apertar a mola e ligar a portentosa máquina.

Se o rei francês Luiz XIV disse que o Estado era ele, hoje quem o faz é o homem-massa. Como esse estereótipo da democracia entende, de fato, que ele é o Estado, tende cada vez mais a fazê-lo funcionar a qualquer pretexto, a esmagar com ele qualquer minoria criadora que o perturbe – que o perturbe em qualquer esfera: na política, nas ideias, na moral, na indústria etc.

O resultado dessa tendência, ainda na visão de Ortega y Gasset (1987, p. 132-133), será fatal. A espontaneidade social será frequentemente violentada pela intervenção do Estado; nenhuma semente nova poderá germinar. A sociedade terá de viver para o Estado; o

homem, para a máquina do Governo. E, como afinal não passa de uma máquina cuja existência e manutenção dependem da vitalidade circundante para sustentá-la, o Estado, depois de sugar o tutano da sociedade, acabará magro, esquelético, morrendo dessa morte ferrugenta da máquina, muito mais cadavérica que a do organismo vivo.

Aqui justamente o paradoxo do estatismo: a sociedade, para viver melhor, cria, como um utensílio, o Estado. A seguir, o Estado se sobrepõe, e a sociedade tem que começar a viver para o Estado, a seu serviço e sob sua tutela. É a burocratização da vida, a supremacia antivital do Estado sobre a sociedade, a “estatalização da sociedade” (Bobbio, 2001, p. 51). O intervencionismo estatal leva a isso: o povo converte-se em carne e pasta que alimenta o mero artefato e máquina que é o Estado. O esqueleto como a carne de seus ossos. O andaime torna-se proprietário e inquilino da casa.

O Estado, alfa e ômega de si mesmo, existente por si próprio e a si próprio suficiente (Barbosa, s/d, p. 283), superior a todos os valores humanos, é fenômeno incompatível e inaceitável em ambiente democrático.

É importante repetir que o Estado não tem como função ou dever guardar a justiça nem sustentar a moral, mas aumentar seu próprio poder. A ideia do direito, diz Lima (1955, p. 126), é a ideia da vida social tal qual ela é; a ideia de justiça é a ideia da vida social tal como deveria ser. É o Estado, o poder que determina o que é lícito e o que é ilícito, e, portanto, é ele a fonte imediata do direito. É, porém, a consciência que determina o que é justo e o que é injusto; e ela é, portanto, a fonte inexaurível da justiça.

Enquanto organização social de tipo especial, o Estado tem como objetivo delimitar e ordenar as forças volitivas socialmente eficazes. Animá-las, não dominá-las. Não tem, sequer potencialmente, todos os objetivos sociais da humanidade também como seu fim. Não lhe compete propor modelos de vida ou dirigir condutas (numa espécie de paternalismo moral). Podemos até admitir com K. Mannheim (1960, p. 40) que “la moral de una comunidad en una sociedad de masas no se desarrolla espontaneamente; necesita una guia consciente”. Mas este “guia consciente” não pode ser o Estado. Para este propósito existem os educadores, os moralistas e os reformadores sociais, além de instituições sociais integrativas milenares (família, igreja etc.).

4- Liberdade afetiva parental

O abandono afetivo parental põe frente a frente duas situações: de um lado a liberdade parental, de outro, a solidariedade familiar e a integridade psíquica dos filhos.

A liberdade parental divide-se em duas subespécies: I- uma de caráter objetivo, que engloba os direitos e deveres parentais, dos quais não se pode eximir sob pena de, no campo material, sofrer ação de alimentos, e no, extrapatrimonial, ser destituído do poder

familiar; b) outra de caráter subjetivo, que consiste na liberdade afetiva, isto é, no desejo inconsciente de dar afeto aos filhos.

Dado o enorme caráter subjetivo da liberdade afetiva parental ela não pode ser imposta, exigida ou obrigada, não se tratando, portanto, de dever, mas sim de uma opção, até mesmo inconsciente, do pai/mãe de sentir ou não carinho por seu filho, e, assim, lhe dar afeto^[9].

Os pais têm a obrigação natural (ou moral) de amar seus filhos. E como obrigação natural, seu adimplemento não pode ser exigido em juízo. Essa obrigação encaixa-se numa zona intermediária^[10] e, guardadas as proporções, assemelha-se, por exemplo, à obrigação natural pelo adimplemento de dívida de jogo, em que o credor não pode exigir, judicialmente, o pagamento do débito. Isso porque a obrigação jaz no campo da Moral e não do Direito.

De outro lado, a própria lei civil diz que “o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia” (CC, art. 1.589). Claramente, o legislador, respeitando os limites da autonomia da esfera privada humana, não obriga o pai ou a mãe (sem a guarda) a ser presente na vida dos filhos, embora em outros dispositivos obriguem-nos à manutenção material da prole (alimentos).

Os defensores do caráter ilícito e, portanto, ressarcível do abandono afetivo parental, trazem à baila a redação do art. 227 da Constituição Federal que diz:

“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”.

A Constituição Federal brasileira não regula a família dentro de moldes petrificados por antigas práticas, numa reprodução secular de estruturas familiares impostas pela tradição (família patriarcal e matrimonializada). O constituinte, como lhe competia, foi muito pragmático e auscultando a realidade social ao redor (costumes, anseios e práticas cotidianas) expandiu o raio de abrangência da família do determinismo biológico para o eixo afetivo.

E é sobre essa base axiológica que há o reconhecimento e a proteção estatais da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, § 4º - família monoparental). Ou seja, para termos uma família não é necessário casamento, filhos biológicos ou a presença conjunta do pai e da mãe. Portanto, o filho sob a guarda da mãe ou do pai, constitui uma família monoparental com todos os deveres, direitos e

proteção das outras formas de entidades familiares contempladas pela Constituição. Daí porque as disposições contidas no art. 227 da CF não servem, por si sós, para censurar eventual conduta omissiva, do ponto de vista afetivo, do pai ou da mãe sem a guarda do filho.

5- As correntes de pensamento a respeito da matéria

Os que advogam a tese favorável à indenização sustentam que certos traumas que se verificam na ruptura de um estado de vida, pela desestrutura do bom ambiente familiar, justificaria conceder uma indenização para que o filho se recuperasse totalmente das adversidades impostas pelo abandono afetivo sofrido. Essa indenização seria para aliviar a dor da rejeição ou da ausência. Os adeptos do não-ingresso da responsabilidade civil no âmbito do direito de família afirmam que as relações de parentesco e sentimentais são especialíssimas e provocam reações inflamadas, exageradas e explosivas, como o ciúme, o desamor, a vingança e outros valores passionais que são contidos, refreados ou perdoados pela recíproca afinidade. Não seria prudente catalogar de ilícito, na forma do artigo 186, do CC, determinadas atitudes que são essenciais do ser humano, sob pena de reprimir a naturalidade da aproximação e da coabitação^[11].

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em algumas decisões^[12], vem entendendo que o abandono afetivo é passível de indenização, assumindo um triplo caráter: de recuperação (do status quo, ou seja, obrigar o pai ou mãe a amar o filho), pedagógico e compensatório (amenização da dor do filho).

Também há decisões isoladas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro^[13] e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal^[14].

O Superior Tribunal de Justiça, em jurisprudência já firme^[15], afasta a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo, por entender que o dano não é passível de indenização. Entende que escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização. Um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que, tardiamente, pelo amor paterno ou materno. A indenização também não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo, nesse sentido, já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil (como a perda ou suspensão do poder familiar, por exemplo).

De uma forma ou de outra, o certo é que há uma tendência, liderada pela jurisprudência do STJ, em não **reconhecer o abandono afetivo parental como dano passível de**

reparação pecuniária. Mas há setores da sociedade e da própria comunidade jurídica que não compartilham esse entendimento.

No Congresso Nacional, por exemplo, existem dois projetos de lei (de duvidosa constitucionalidade, frise-se) sobre o tema.

No Senado Federal, o Projeto de Lei n. 700/2007, de autoria do Senador Marcelo Crivella (PRB-RJ) caracteriza o abandono moral dos filhos pelos pais como ilícito civil e penal. A proposição modifica o Estatuto da Criança e do Adolescente ao acrescentar na lei a obrigação parental de assistência moral que permita o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da criança. Em casos de negligência, o pai ou a mãe pode ser preso e ainda pagar indenizações.

A criminalização do abandono afetivo não se presta à proteção de um bem jurídico. Na lição de Roxin (2009:11/21), os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Sempre que eles não diminuam a liberdade e a segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico. É vedado ao legislador democrático penalizar algo simplesmente porque não gosta. A penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador.

Curiosamente, o autor do Projeto de Lei, Senador Marcelo Crivella, reconhece, em sua justificativa, que “amor e afeto não se impõem por lei!”^[16]. De fato, a moralidade, como assinala Roxin (2009, p. 13), não é protegida jurídico-penalmente porque não é um bem jurídico. Ou como diz Padover (1962:236), não se pode obrigar os homens a serem morais por meio da legislação.

Na Câmara dos Deputados há o Projeto de Lei n. 4.294/08, do deputado Carlos Bezerra (PMDB-MT), que sujeita os pais que abandonarem afetivamente seus filhos ao pagamento de indenização por dano moral. O projeto também sujeita os filhos a pagar indenização pelo abandono afetivo de pais idosos.

6- O abandono afetivo parental e a desastrada abordagem pela dogmática jurídica

A família foi, em todas as épocas, alvo da classe política, de reformadores sociais e de ideólogos, que sob o influxo da luta pelo poder sempre alimentaram o desejo de exercer alguma espécie de controle. Após a formação do Estado moderno essa relação já de si conceitual e politicamente problemática, tornou-se, por assim dizer, uma angustiante cruzada com o fim de configurar a forma ideal bem como os modos de funcionamento da estrutura familiar^[17]. Isso porque a família é um reino político em miniatura (um

“microcosmo político”) nascido sob o signo da liberdade, uma unidade privada de afetos em contraposição à sociedade política ou corpo político (“macrocosmo político” ou todo político), que, naturalmente, escapa ao controle governamental.

O Estado e seus mecanismos surgem e se desenvolvem como uma natural expansão da família, inclusive apresentando em todas as suas formas históricas os caracteres de autossuficiência e de independência próprios desta. Tanto que nas sociedades mais simples o lugar geométrico do governo é o círculo da família. E mesmo em sociedades mais complexas, do ponto de vista político, muitos comportamentos familiares persistem nos hábitos governamentais como nepotismo, apadrinhamento, familismo, delfinismo, favoritismo etc. Portanto, a relação estabelecida é a da criatura (Estado) – uma máquina de acumular poder - tentando devorar o modelo criador (família).

No passado não muito distante, como diz R. M. MacIver (1965, p. 22-23), a família era a pedra de construção da sociedade em uma acepção bem mais acentuada do que agora. Nenhum poder externo limitava-lhe ou restringia-lhe a autoridade. Não havia mores conflitivos do mundo exterior para perturbar o processo de doutrinação, enfraquecer a firmeza dos pais, e afetar a criança por intermédio da escola, do parque de recreação e da rua. Não havia choque de doutrinas estranhas contra a verdade enunciada pelos mais velhos.

Atualmente, como reflexo dessa relação histórica conflituosa e dominadora, há uma claríssima e crescente invasão do Estado nos mais variados temas atinentes à família: relações conjugais, educação das crianças, graduação da afetividade, divórcio, violência doméstica, papel e funções da mulher etc. Ocorre, todavia, que alguns problemas de ordem familiar não são compatíveis com soluções “de cima para baixo”.

Em 24 de abril de 2012, o Superior Tribunal de Justiça apreciando o Recurso Especial n. 1.159.242-SP, discutiu um destes temas problemáticos envolvendo a regulação da família pelo Estado: o abandono afetivo parental e a possibilidade de compensação pecuniária.

A relatora do recurso Ministra Nancy Andrighi, fugindo à jurisprudência consolidada da Corte que entendia escapar ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, tentou engendrar uma nova espécie de obrigação legal: o dever de cuidar.

Para a relatora, no abandono afetivo “não se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico”. Para ela, 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”.

Justamente por se servir apenas da dogmática jurídica para abordar tema tão complexo, fazendo dela o guia infalível, a Ministra Andrigli não conseguiu apreender todo o fenômeno que lhe caiu às mãos. Tivesse ela recorrido ao menos à filosofia e à psicologia, numa abordagem interdisciplinar recomendável aos modernos padrões científicos, teria compreendido que seu contorcionismo linguístico e sofístico temperado com certo refinamento técnico não obteve êxito em distinguir conceitualmente “amor” de “cuidado”.

O cuidado ou desvelo é um ingrediente, um elemento constitutivo inseparável do amor, que não é aquele amor metafísico, etéreo, filosófico ou meta-jurídico referido pela Ministra. De acordo com o grande psicanalista alemão Erich Fromm (1990, p. 98-99), embora os objetos do amor difiram e, conseqüentemente, a intensidade e a qualidade do próprio amor, certos elementos básicos podem ser considerados característicos de todas as formas de amor produtivo. São eles cuidado (“care”), responsabilidade, respeito e conhecimento. Cuidado e responsabilidade, prossegue Fromm, revelam que o amor não é simplesmente uma paixão ou uma inapreensível criatura metafísica, mas uma atividade prática no comércio ordinário da vida.

Como compreender o amor dos pais pelos filhos se não for acompanhado com o cuidado em alimentá-los, banhá-los, dar-lhes conforto físico etc. Mesmo no amor às coisas, não compreenderíamos o amor de uma mulher às suas flores, se ela não tivesse o cuidado de regá-las e adubá-las. O desvelo, o cuidado, portanto, integra o conceito de amor, não é uma categoria à parte.

Ama-se aquilo por que se trabalha, e trabalha-se pelo que se ama. O amor autêntico, portanto, tem suas raízes na produtividade e pode chamar-se, apropriadamente, amor produtivo. Amar produtivamente (ou verdadeiramente) uma pessoa implica **cuidar de** e sentir-se responsável pela vida dela, não só por sua existência física como também pelo incremento e desenvolvimento de todos os seus poderes humanos. Amar produtivamente não se coaduna com passividade nem com a atitude de mero observador face à vida da pessoa amada: implica esforço, cuidado e responsabilidade por seu desenvolvimento.

De acordo com uma das características da natureza humana, ainda na análise de Fromm (1990, p. 14), o homem só pode realizar-se e ser feliz em ligação e solidariedade com seus semelhantes. Entretanto, amar o próximo não é um fenômeno transcendente ao homem; é algo de inerente a ele e que dele se irradia. O amor não é uma força superior que desça sobre o homem nem um dever que lhe seja imposto; é seu próprio poder pelo qual se relaciona com o mundo e torna este verdadeiramente seu.

Querer inserir o abandono afetivo parental como um capítulo da responsabilidade civil no intuito de obrigar, pelo exemplo de uma condenação judicial, os pais e mães a serem

presentes, afetuosos e amorosos, apontando-lhes uma espada de Dâmocles sobre suas cabeças (o olhar vigilante e implacável do Estado-juiz), revela uma abordagem estreita e ineficiente, pois os efeitos desejáveis (recomposição dos laços familiares) não são alcançados e, na prática, onde antes havia omissão e ausência, passa a existir ódio e ressentimento entre pais e filhos.

Admitir que o abandono afetivo seja desdobrado pelas cláusulas coativas da responsabilidade civil implica na aceitação de que os laços familiares e os valores que os prendem dependem de uma força que vem de cima: do Estado (all-embracing state); e de um vago e temeroso consentimento vindo de baixo: da sociedade. Calha aqui as palavras de Jacques Maritain (1966, p. 30), o Estado (especificamente, o Estado-juiz) tem um dever primacial com relação à justiça, que deveria ser exercida somente como uma supervisão última, em um corpo político fundamentalmente justo nas suas estruturas íntimas.

A jurisprudência consolidada do STJ, anterior à desastrosa abordagem positivo-legalista da ministra Nancy Andrighi, entendia, de forma muito razoável, que um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que, tardiamente, pelo amor paterno ou materno. A indenização também não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo, nesse sentido, já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil (como a perda ou suspensão do poder familiar, por exemplo).

A intervenção do Estado (juiz ou legislador), portanto, longe de harmonizar, elevar e enobrecer os valores familiares, só consegue pelos seus rudes meios coativos monetarizar, gerar ressentimento e envilecer as relações familiares, cavando um fosso intransponível na vida afetiva dos pais e dos filhos. Rompe mais um ponto na frágil costura que mantém íntegra a família moderna.

Os pais têm a obrigação natural (ou moral) de amar (e, portanto, de cuidar) seus filhos. E como obrigação natural, seu adimplemento não pode ser exigido em juízo. Essa obrigação encaixa-se numa zona intermediária^[18] e, guardadas as proporções, assemelha-se, por exemplo, à obrigação natural pelo adimplemento de dívida de jogo, em que o credor não pode exigir, judicialmente, o pagamento do débito. Isso porque a obrigação jaz no campo da Moral e não do Direito.

De outro lado, a própria lei civil diz que “o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, **poderá** visitá-los e tê-los em sua companhia” (CC, art. 1.589). Claramente, o legislador, respeitando os limites da autonomia da esfera privada humana, não obriga o pai

ou a mãe (sem a guarda) a ser presente na vida dos filhos, embora em outros dispositivos obriguem-nos à manutenção material da prole (alimentos).

A dureza de seus meios coativos faz com que o Direito seja um instrumento ineficiente para atuar sobre as convicções ou para obter ideais de perfeição. Uma decisão judicial ao impor uma condenação no objetivo de alertar (ou prevenir) aos pais ou mães sobre o dever de amar os filhos, além de suprimir os mecanismos sociais que deveriam dirigir a integração e mediação de valores familiares, também destrói esses valores que pretende preservar e controlar. E quando uma restrição na órbita da liberdade individual não proporciona bons resultados é evidentemente inútil. Não atende, portanto, nem à ética dos princípios nem a ética dos resultados ou das consequências.

7- A monetarização do amor e da moral

Desenvolve-se no Brasil, como diz Décio Antônio Erpen (1998), um instituto quasimodesco que instabiliza a aplicação do Direito nos tribunais: a indústria do dano moral.

Sem uma definição científica do que seja, realmente, o dano moral, sem uma norma estabelecendo as áreas de abrangência e, sem parâmetros legais para a sua quantificação, permite-se o perigoso e imprevisível subjetivismo do pleito, colocando o juiz numa posição pouco confortável. Ele que deve ser o executivo da norma, passa a personalizá-la, criando novos atos ilícitos e indiretamente impondo padrões morais aos indivíduos e à sociedade.

A prevalecer o instituto sem critérios legais definidos, corre-se o risco de gerar insegurança jurídica e uma sociedade intolerante, na qual se promoverá o ódio, a rivalidade, a busca de vantagens sobre outrem ou até a exaltação do narcisismo. A promissora indústria do dano moral levará a esse triste quadro.

Não é exagero vislumbrar no futuro, indenizações fundamentadas em casos em que um indivíduo pede indenização porque alguém o olhou “feio” na rua e se dirá abalado, ou ainda porque, em determinado dia, seu chefe deixou de cumprimentá-lo no início do expediente (Consul, 2002).

O amor deve ser a mais estimada de todas as coisas existentes. E assim como os outros valores, é uma coisa, mas não algo absolutamente concreto, palpável. Por sua própria natureza é inexaurível, jamais se esgota, sempre podemos amar mais e melhor (Almeida, 2011). Por esse caráter sublime e excelso, o amor não pode ser dimensionado ou quantificado em valores monetários.

No caso de abandono afetivo parental parece claro que não se pode recompensar amor, carinho e afeto com dinheiro, pois são sentimentos que devem surgir normalmente e espontaneamente entre os pais e os filhos. Como decidiu o TJSC^[19], “os sentimentos

compreendem a esfera mais íntima do ser humano e, para existirem, dependem de uma série de circunstâncias subjetivas. Portanto, o filho não pode obrigar o pai a nutrir amor e carinho por ele, e por este mesmo motivo, não há fundamento para reparação pecuniária por abandono afetivo”.

8- Conclusão

A questão subjacente ao abandono afetivo parental e sua indenização não é opor o indivíduo ao Estado, ambos órgãos da sociedade. É antes saber se essa necessidade social (desenvolvimento afetivo das crianças) é melhor atendida por um (família, indivíduo) ou por outro órgão (Estado).

Por que não é possível reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização? Porque o Estado, através de qualquer de suas formas de expressão de poder (executiva, legislativa ou judicial), não pode e nem está autorizado (pelo pacto social), direta ou indiretamente (no caso da indenização), a obrigar o indivíduo a adotar determinado padrão moral. Não é função do Estado determinar que as pessoas amem ou odeiem, que sejam religiosas ou irreligiosas, crentes ou descrentes. A moral evolui por um lento processo de baixo para cima, num ritmo próprio e espontâneo.

A direção moral do indivíduo e da sociedade não pode, de modo algum, caber ao Estado (por qualquer das suas formas de expressão de poder: Estado-administrador, Estado-juiz ou Estado-legislador). O Estado não está em condições de decidir o que moralmente é prejudicial e o que não é, pois isso não é questão para “peritos” ou “técnicos”, as pessoas devem resolver por si mesmas. É unicamente à família, à sociedade e ao próprio indivíduo, que ela compete.

A ideia subjacente a essa conclusão preliminar promana de um princípio básico que perpassa a teoria do Estado: de que o poder estatal de intervenção e a autonomia da esfera privada humana devem ser levados a um equilíbrio, apto a garantir ao indivíduo tanta proteção do Estado quanto seja necessária, bem como tanta liberdade individual quanto seja possível.

Por outro lado, o dano moral afetivo não é um ato ilícito indenizável, mas caducificante, ou seja, que gera a perda de direitos ou pretensões. O pai ou a mãe que abandona moralmente seu filho perde o poder familiar (ECA, art. 24; CC, art. 1.638, II), antes garantido, sem ter o dever de indenizar o abandonado, mas, por outro lado, é obrigado a prestar alimentos.

Ainda não há no ordenamento jurídico brasileiro obrigação legal de amar ou de dedicar amor^[20] (e, se tivesse, sua constitucionalidade seria contestável). A ausência do sentimento de amor e carinho não caracteriza ato ilícito que enseje reparação pecuniária. Escapa, portanto, ao arbítrio do Estado(-juiz) obrigar um indivíduo a amar ou a manter um relacionamento afetivo, mesmo que indiretamente, ao condenar alguém a indenizar outrem por não adotar determinada postura moral. Além disso, se houvesse tal possibilidade, a decisão judicial não atenderia à finalidade de afeto parental, pois, dada a dureza dos meios coativos, constituiria mais um obstáculo na renovação dos laços familiares^[21], sendo nociva, portanto, ao sistema social e ao interesse público. Ou seja, uma decisão judicial ao impor uma condenação no objetivo de alertar (ou preveni-los) aos pais ou mães sobre o dever de amar os filhos, antes destroi os valores que pretende preservar e controlar. E quando uma restrição na órbita da liberdade individual não proporciona bons resultados é evidentemente inútil.

Ao ter de dimensionar o quantum de afeto que a mãe ou o pai deveria ter dedicado ao filho, para efeito de indenização, o juiz se converte num censor, impondo um determinado comportamento moral. A par de uma intromissão indevida e ilegítima nas relações individuais e morais, há também uma inaceitável moralização do Direito.

O abandono afetivo parental restringe-se à esfera da moral e não gera, portanto, sanções de ordem pública, aplicadas por autoridades legalmente constituídas. Os valores morais encontram-se dentro da consciência de cada indivíduo, o que ressalta sua natureza eminentemente subjetiva, cabendo a este julgar o que considera certo ou errado, tolerável ou intolerável. E as sanções no campo moral (arrependimento, vergonha, censura pessoal ou social, desprezo, rompimento de relações sociais etc.), além de só comportarem sanções puramente internas (Lumia, 2003:30), também não possuem a força coerciva do Direito^[22]. Não se admite, na esfera moral, imposições externas, direta ou indiretamente.

Bibliografia:

ARENDT, Hannah. **Le système totalitaire. Les origines du totalitarisme.** Tradução do inglês por Jean-Loup Bourget, Robert Davreu e Patrick Lévy. Paris:Éditions du Seuil, 2005.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **O valor do amor.** Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/guilherme23.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2011.

AZAMBUJA, Darcy. **Decadência e grandeza da democracia.** Porto Alegre:Globo, 2ª. ed., 1945.

BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo:UNESP, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo:Paz e Terra, 9ª. ed., 2001.

BOURIE, Enrique Barros. **Lo público y lo privado en el Derecho**. Chiel, Estudios Públicos 81, 2001. <http://works.bepress.com/enrique_barros_bourie/3>. Acesso em: 06.11.2011.

BUGARIC, Bojan. **Openness and transparency in public administration: challenges for public law**. University of Wisconsin: Wisconsin International Law Journal, vol. 22, n. 3, 2004, pp. 483-521.

CONSUL, Ana Cristina Gularte. **A Indústria do Dano Moral - Banalização**. Informativo. a. 14, n. 136, dez. 2002. Disponível em: <http://www.obinoadvogados.com.br/info1202.htm>. Acesso em: 23 de abril de 2011.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Tradução de Gilda Maciel Correa Meyer Russomano. Rio de Janeiro:Forense, 2001.

ERPEN, Décio Antônio. **A Indústria do Dano Moral**. Jornal Zero Hora, 10.10.1998.

FRIEDRICH, Carl. J. **Uma introdução à teoria política**. Tradução de Leonidas Xausa e Luiz Corção. Rio de Janeiro:Zahar, 1970.

FROMM, Erich. **Man for himself. An inquiry into the psychology of ethics**. New York:Henry Holt and Company, 1990.

HORNEY, Karen. **Neurose e desenvolvimento humano**. Tradução de José Severo de C. Pereira. Rio de Janeiro:Civilização Brasileira, 1959.

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologie du Droit**. Paris:Presses Universitaires de France, 1964.

LIMA, Mário Franzen de. **Da interpretação jurídica**. Rio de Janeiro:Forense, 2ª. ed., 1955.

LIPSON, Leslie. **A Civilização Democrática**. Vol. I. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1966.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo:Martins Fontes, 2003.

MABBOTT, J. D. **O Estado e o Cidadão. Uma introdução à filosofia política**. Tradução de Jorge Natal da Costa. Rio de Janeiro:Zahar, 1968.

MACIVER, Robert Morrison. **The Web of Government**. New York:Macmillan Co., 1965.

MANNHEIM, Karl. **Libertad, poder y planificación democrática**. Tradução de Manuel Durán Gili. México:Fondo de Cultura Económica, 1960.

MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. Tradução de Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro:Agir, 1966.

MERRIAM, Charles E. **Que é democracia?** Tradução de Moacyr N. Vasconcelos. São Paulo:Assunção Limitada, s/d.

MURRAY, Gilbert. **El espíritu de libertad y la civilización.** Tradução de Juan Guixé. Buenos Aires:Editorial Losada, 1941.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional.** São Paulo:Método, 2008.

ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas.** Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo:Martins Fontes, 1987.

ORTIGÃO, Ramalho. **As farpas, tomo 2 (As epístolas).** Lisboa:David Corazzi Editor, 1887.

ORTIGÃO, Ramalho. **As farpas, tomo 6 (A sociedade).** Lisboa:David Corazzi Editor, 1888.

PADOVER, Saul K. **Forjadores de una nación.** Tradução de Alfredo G. Glade. Buenos Aires:Victor Leru, 1962.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2ª. ed., 2009.

RUSSELL, Bertrand. **O Poder - uma nova análise social.** Tradução de Brenno Silveira.São Paulo:Companhia Editora Nacional, 1957.

RUSSELL, Bertrand. **Ideais políticos.** Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro:Bertrand Brasil, 2001.

RUSSELL, Bertrand. **Autobiografia (1914-1944), vol. II.** Tradução de José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro:Civilização brasileira, 1970.

SCHMITT, Carl. **O conceito de político/Teoria do Partisan.** Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte:Del Rey, 2009.

SICHES, Recásens Luís. **Wiese.** México:Fondo de cultura económica, 1943.

SOUZA, Daniel Coelho de. **Interpretação e democracia.** São Paulo:RT, 2ª. ed., 1979.

SPENCER, Herbert. **El individuo contra el Estado.** Tradução de A. Gómez Pinilla. Madrid:Júcar, 1977.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador.** São Paulo:Malheiros, 1ª. ed., 3ª. tir., 2003.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição parcial.** Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte:Del Rey, 2009.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica.** Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo:RT, 2ª. ed., 2010.

WACQUANT, Loic. **As Prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro:Zahar, 2001.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça. Uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo:Martins Fontes, 2003.

YANNUZZI, Maria de los Ángeles. **Democracia y sociedad de masas. La transformación del pensamiento político moderno**. Rosário(Argentina):Homo Sapiens Ediciones, 1ª. ed., 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa:Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª. ed., 1997.

Notas

[1] Yves Simon, apud J. Maritain, 1966, p. 71-72.

[2] Carl Schmitt (2009, p. 24) define o Estado total como a identidade entre Estado e sociedade, Estado que não se desinteressa por nenhuma área e que abrange, potencialmente, qualquer área. Para o totalitarismo, o Estado constitui o começo e o fim de toda vida social, impedindo o desenvolvimento individual; aliás, a sua própria natureza o obriga a tal (Horney, 1959, p. 332).

[3] A palavra moral tem origem no latim morus, significando os usos e costumes.

[4] Tanto que, no direito penal, a cogitação, a intenção, o simples pensamento de praticar um crime é impunível - cogitationis poenam nemo patitur (Lévy-Bruhl, 1964, p. 36). Mentalmente, todo delito pode ser idealizado e o Direito Penal (é dizer, o Estado) não se interessa por isso.

[5] O Estado pode, por exemplo, fixar sanções premiais para estimular o indivíduo a ser genoroso ou altruísta, mas sempre dentro de um modelo aceito socialmente (pela moralidade positiva). Pode, por exemplo, oferecer incentivos fiscais para quem contribuir com a cultura, com a causa menorista etc. A função do Direito não é mais só protetora-repressiva, mas também, e sempre com maior frequência, promocional. É a passagem do Direito como forma de controle social para a concepção do Direito como forma de controle e de direção social (Bobbio, 2008, p. 119).

[6] O testemunho da História é um excepcional conselheiro na eleição de comportamentos que nos ajudam a atravessar o presente rumo ao futuro. Nas palavras de Lipson (1966, p. 115), um grama de História vale um quilo de previsões, pois o que está feito e é passado pode ser visto em perspectiva e julgado por aquilo que vale.

[7] A propósito diz J. Maritain (1966, p. 189): “Não esqueçamos, além disso, que essa tendência ao supremo domínio e à suprema amoralidade, que se desenvolveu de modo total e continua a exercer-se de modo integral nos Estados totalitários, não é, de maneira alguma, inerente ao Estado em sua natureza real e em suas funções verdadeiras e necessárias. Essa consequência deriva de noções erradas que se ligaram ao conceito do Estado moderno e das quais a democracia, se tiver de sobreviver, há de libertar-se”.

[8] Tradução livre: “Se não diferençarmos a sociedade, com suas incontáveis relações e atividades descentralizadas, do Estado, com suas atividades específicas centralizadas, estaremos na estrada perigosa do totalitarismo. Então, iremos pedir que os homens se entreguem, e a tudo que é seu, ao Estado – o que quer dizer que o governo se torna senhor absoluto dos homens”.

[9] TJMG, Apelação Cível nº 1.0499.07.006379-1/002, Rel. Des. Luciano Pinto, j. 27/11/2008, publ. 09.01.2009 (<http://www.tjmg.jus.br/juridico...>).

[10] A moral e o direito estão tão próximos um do outro, que não podem deixar de admitir uma zona intermediária (Lévy-Bruhl, 1964, p. 38), como as obrigações incompletas ou naturais.

[11] TJSP, Apel. Cív. 467.531-4/4.

[12] TJRS - 7ª Câm. Cível; ACi nº 70021592407-São Leopoldo-RS; Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel; j. 14/5/2008.

[13] TJRJ, Apel. Cív. 2007.001.45918 - Julg. em 22-11-2007.

[14] “A compensação por danos morais em razão de abandono afetivo é possível, em que pese exista considerável resistência da jurisprudência pátria, mas é hipótese excepcional” (TJDF, Apel. Cível 780843120098070001-DF, Relator J.J. COSTA CARVALHO, Julgamento: 13/04/2011, Órgão Julgador: 2ª Turma Cível, Publicação: 27/04/2011, DJ-e Pág. 75).

[15] STJ, REsp 757.411-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/2005, DJ 27/3/2006. No mesmo sentido: STJ, REsp 514.350-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 28/4/2009, in: Informativo 392, STJ.

[16] WEB, http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/PLS%20700_2007%20voto%20relator.pdf. Acesso em: 26.05.2011.

[17] Esse desejo alcança o ápice com o governo totalitário que chegou ao ponto de acabar com a existência autônoma de qualquer atividade, incluindo os laços de família (Arendt, 2005, p. 63), atomizando e uniformizando todos os elementos da sociedade.

[18] A moral e o direito estão tão próximos um do outro, que não podem deixar de admitir uma zona intermediária (Lévy-Bruhl, 1964, p. 38), como as obrigações incompletas ou naturais.

[19] Terceira Câmara de Direito Civil, Apelação Cível: AC 292381 SC 2010.029238-1, **Rel.** Marcus Tulio Sartorato, j. 30/06/2010, in: <http://www.jusbrasil.com.br>.

[20] “A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor” (TJMG, **Rel.** Nilo Lacerda, j. 29/10/2009, publ. 09/12/2009).

[21] “A reparação pecuniária além de não acalantar o sofrimento do filho ou suprir a falta de amor paterno poderá provocar um abismo entre pai e filho, na medida que o genitor, após a determinação judicial de reparar o filho por não lhe ter prestado auxílio afetivo, talvez não mais encontre ambiente para reconstruir o relacionamento” (**TJ - SC - Ap. Civ. 2008.057288-0 - Julg. em 8-1-2009**).

[22] A norma moral tem estrutura semelhante à norma jurídica, dado A deve ser B; e se não o for deve ser C (coerção). Este novo elemento C (coerção), já não é próprio da norma moral, que tem sanções, mas não tem formas materiais de realização coativa (Couture, 2001, p. 155).



João Gaspar Rodrigues

Promotor de Justiça. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica do Ministério Público do Amazonas. Autor dos livros: O Ministério Público e um novo modelo de Estado, Manaus:Valer, 1999; Tóxicos..., Campinas:Bookseller, 2001; O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro, Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2007; Segurança pública e comunidade: alternativas à crise, Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2009; Ministério Público Resolutivo, Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2012.