

O ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL, VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL

Sanny Lara Lima Veríssimo Araújo*

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo subsidiar os operadores do Direito nas questões indenizatórias por abandono afetivo paterno-filial, uma vez que a ausência dos elementos imateriais, como amor, zelo e dever de cuidado dos pais em relação aos filhos menores podem violar o Princípio da Dignidade Humana. O tema é atual, haja vista que, a todo momento, pululam em nossos Tribunais demandas desta natureza. O estudo contribui diretamente com a ciência do Direito, principalmente no que tange aos ramos do Direito Civil, em especial, ao Direito de Família, ao Direito da Responsabilidade Civil e ao Constitucional. O assunto, apesar de já investigado por parte de estudiosos do Direito, será abordado, nesta ocasião, sob um novo prisma, o afeto como valor jurídico, propondo um novo direcionamento ao entendimento da responsabilidade civil no âmbito da relação paterno-filial, em decorrência do abandono afetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono afetivo paterno-filial. Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Dano moral.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo possui como objetivo demonstrar a relação direta existente entre o abandono afetivo paterno-filial e a violação do Princípio da Dignidade Humana, caracterizando o ilícito civil indenizável.

A temática será abordada sob o novo prisma do Direito Civil e, em especial do Direito de Família, pautada numa nova dimensão dos Direitos Fundamentais e da Personalidade sob o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, atribuindo-se ao afeto um valor jurídico fundado numa nova ordem pública instaurada pela

* Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes. Pós-Graduanda da Estácio – Fase.

Constituição Federal de 1988, ultrapassando a concepção estritamente positivista.

Nesse cenário, propõe-se analisar a estrutura familiar moderna e a afetação do Princípio da Dignidade Humana pelo abandono afetivo paterno-filial, não só correlacionando a legislação vigente sobre o tema, como também a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1159241/SP sobre a possibilidade de responsabilização civil pelo abandono afetivo dos pais em relação aos filhos em fase de desenvolvimento.

2. O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO COROLÁRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Explicitada a importância dos Direitos da Personalidade como expressão dos Direitos Fundamentais, sob a égide do Princípio da Dignidade Humana, impõe-se apresentar uma nova vertente do referido princípio, consentânea com o novo conceito de família, calcada em princípios éticos, dentre os quais, sobrelevam-se, no momento, aqueles atrelados à solidariedade, cuja expressão maior é o princípio da afetividade.

As mudanças estruturais pelas quais passou a família ao largo da história, remontando aquelas do século XIX, estruturadas num modelo hierarquizado e patriarcal, em que o afeto não possuía qualquer relevância às uniões, já que eram fundadas tão somente em interesses patrimoniais, ruíram diante dos novos conceitos de família. Pode-se afirmar que a família, desde a sua concepção, passou por um processo de mutação, cujo resultado é a autenticação de uma nova funcionalidade familiar, fundada, sobretudo, no desenvolvimento da personalidade e potencialidade do indivíduo, razão pela qual não é mais permitida a subjugação deste apenas aos interesses do grupo familiar, senão aos interesses pessoais.

Rodrigo da Cunha Pereira, com propriedade, citando Paulo Lôbo, enfatiza que as famílias atuais passaram a se vincular por laços afetivos em detrimento das motivações econômicas:

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é função básica na família de nossa

época. Suas antigas funções econômica, política religiosa procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser finalidade precípua (CUNHA, 2005, p. 180).

A introdução de alguns conceitos da Psicanálise (sujeito, inconsciente, subjetividade, desejo e gozo) foram fundamentais à construção da afetividade como princípio jurídico. Nesta linha de intelecção, ainda com Rodrigo da Cunha Pereira, mostra-se pertinente trazer à baila compilação de sua obra:

A vontade é sempre consciente e revela a manifestação exterior do desejo. É o ato do querer, de consentir. Ela é o elemento determinante das relações jurídicas obrigacionais. Nas relações do Direito de Família, o elo determinante é o amor, o afeto, que está vinculado ao desejo, ao sujeito do inconsciente (...) (CUNHA, 2005, p. 55).

O afeto, como corolário do Princípio da Dignidade Humana, está fundado na pessoa, enquanto sujeito de direitos, não visualizada sob o prisma familiar, mas a partir da individualidade de cada um. Assim, define este novo paradigma, Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar:

A família sempre fora a referência do indivíduo, sendo mais sobressalente do que a figura pessoal de cada um dos seus membros; na atualidade, e pós Constituição de 1988, no Brasil, os indivíduos passam a gozar de função e importância destacadas do todo, de modo que da família passou a consubstanciar substancialmente o *locus* de realização dos indivíduos (...)” (2012, p. 269).

Impõe-se, contudo, ressaltar que a afetividade, não obstante fundada em fato sociológico e psicológico, como outrora mencionado, devido às transformações pelas quais passaram as famílias ao largo da história e,

ainda, do abarcamento do discurso psicanalista introduzido por Freud e Lacan, há de ser vista em seu aspecto objetivo, e não essencialmente sob a ótica dos elementos imateriais.

Pensar diferente seria tornar inócua a atividade jurisdicional. Não se pretende, lógico, esvaziar a afetividade dos sentimentos que a circundam, todavia, a abstração demasiada acabaria por inviabilizar o princípio constitucional em apreço.

Do ponto de vista prático, não é fácil pensar no afeto de modo objetivo, apartado do cunho sentimental. Entretanto, sob o prisma jurídico, somente será possível enfrentar a celeuma em torno da responsabilização pelo abandono afetivo por meio da maneira concreta da conduta, exteriorizada nas ações que vão torná-la presumível.

Percebe-se que a tendência hodierna de enxegar a afetividade como dever objetivo, mas não como mero sentimento, encontra sua razão de ser no próprio texto constitucional, ainda que de forma implícita com supedâneo nos Princípios da Dignidade Humana (art. 1º, III); no Princípio da Solidariedade (art. 3º, I); bem como no Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e da Convivência Familiar (art. 227).

Tornou-se voz corrente na doutrina que a família moderna somente traz sentido ao Direito quando veiculadora da promoção da dignidade de seus membros, isto em face da mudança estrutural pela qual passou a família ao longo do tempo, transmudando-se o caráter do afeto como valor jurídico de suma importância ao Direito de Família.

A par do dissenso ainda existente na doutrina, não se pode olvidar que a afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito, sobretudo, a partir da visão civil-constitucional, isto porque a concepção eudemonista da família não mais permite vê-la enclausurada em seu antigo caráter matrimonial, patrimonial e hierarquizado. Hoje, é impossível dissociar as famílias da liberdade, dos laços de afeto e da solidariedade.

A afetividade, antes relegada ao seio familiar, por meio da proteção conferida ao indivíduo, pós CF de 1988, tornou-se o principal fundamento das relações familiares, ainda que inexista a expressão afeto no Texto Maior como sendo um direito fundamental, indene de dúvidas que dele decorre a constante valorização da dignidade humana.

A legislação infraconstitucional começa timidamente a adotar o afeto como elemento da norma, fruto da sucessiva edição de julgados

sobre a matéria de Direito de Família, estabelecendo-o, quase sempre, como elemento de solução de controvérsias, sustentando, inclusive, a desnecessidade de formação ou manutenção familiar pautada em vínculos biológico-sanguíneo ou formal em detrimento de mera afetividade.

Em verdade, a justificativa para a adoção do afeto como valor jurídico reside no fato de que este valor, de uma forma ou de outra, sempre existiu no seio familiar, todavia sua externalização somente foi sentida após a revolução social, sobretudo nos últimos anos por meio da liberdade de expressão, não podendo, portanto, os estudiosos do Direito de Família negar esta realidade estabelecida.

Outrossim, o afeto é elemento indispensável ao novo Direito de Família. A dignidade da pessoa humana proporciona sua valorização, passando a ser a base de sustentação dos indivíduos contra os problemas externos.

A afetividade tornou-se um fato e, como tal, passou a ser valorada na sociedade e incorporada nas normas, materializada no exercício de valores humanitários consubstanciados no mútuo dever de pais e filhos assistirem uns aos outros, conforme se depreende do artigo 229, da CF: *“Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”*.

2.1 A PATERNIDADE RESPONSÁVEL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O termo paternidade responsável, erigido a princípio constitucional no artigo 226, § 7º da CF/88, possui diferentes conotações, podendo ser entendido desde o planejamento familiar, ou seja, na livre decisão do casal ter ou não ter filhos, bem como na responsabilidade dos pais para com os filhos, fulcrada no poder parental, independente dos laços biológicos, uma vez que a afetividade, base de sustentação à efetivação dos direitos dos filhos, aliada ao tratamento isonômico conferido nos art. 227, § 6º, da CF, e art. 1.596 do Código Civil, vedaram todo e qualquer tratamento discriminatório entre filhos, restando despicienda à origem destes.

A discussão da paternidade responsável, na perspectiva deste

trabalho, é encará-la sob a ótica da responsabilidade dos pais para com os filhos, fulcrada no poder familiar, enquanto expressão do princípio da dignidade humana, tendo por corolário a solidariedade e a afetividade enquanto valores jurídicos, cujo escopo reside na efetivação dos Direitos da Criança e do Adolescente.

A Constituição Federal de 1988 concedeu tratamento igualitário ao homem e à mulher, assegurando a ambos os mesmos direitos e deveres no desempenho do poder familiar. Entende-se poder familiar como encargo imposto por lei aos pais, configurado, sobretudo, no poder-função exercido pelos genitores, servindo, precipuamente, aos interesses dos filhos, posto superada aquela ideia de exercício de autoridade dos genitores.

O poder familiar, autoridade parental, para boa parte da doutrina, é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível, decorrendo tanto da paternidade natural, como da paternidade legal (adoção) e socioafetiva, constituindo-se, inclusive, em obrigação personalíssima, cujo inadimplemento enseja a aplicação da pena de multa estabelecida no artigo 249 do ECA. Convém frisar que não somente o Código Civil (art. 1.630 a 1.639), mas também o ECA (art. 21 a 24) tratam do instituto em apreço, inexistindo qualquer contradição cronológica ou de especialidade entre referidas normas.

Há de se alvitrar que, rompido o relacionamento dos pais, seja por meio do divórcio, ou dissolvida a sociedade conjugal, mantém-se inalterado o poder familiar em relação aos filhos (art. 1.632 do CC), haja vista não ser o mesmo inerente à convivência dos cônjuges ou companheiros, restando, assim, mantidas todas as prerrogativas de referido poder-dever, consoante estabelece o artigo 1.579 do CC. A ausência de coabitação sob o mesmo teto entre pais e filhos não restringe nem exclui o poder-dever, que permanece intacto, exceto quanto ao direito dos pais terem os filhos em sua companhia, o que, decerto, restou, minimizado com a regulamentação da guarda compartilhada.

Ancorada no paradigma da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, a Carta de 1988, notadamente nos artigos 226, 227, 228 e 229, conferiu nova configuração ao poder familiar, particularizou, dentre os Direitos Fundamentais, aqueles que são indispensáveis à formação do indivíduo ainda em desenvolvimento, justificando seu intento na vulnerabilidade dos infantes.

Sobre a doutrina de Proteção Integral da Criança, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que:

Justifica-se a doutrina da proteção integral, principalmente, na razão de se acharem em peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento, isto é, encontram-se em situação especial de maior fragilidade e vulnerabilidade, que autoriza atribuir-lhes um regime especial de proteção, para que consigam se estruturar enquanto pessoa humana e se autogovernar (...)” (CUNHA, 2005, p. 132).

A Lei 8.069/90, ou seja, o ECA, pormenorizou os direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes, dispondo, ainda, dos instrumentos para a efetivação de referidos direitos, expressamente positivados nos artigos 226, 227 e 228 da CF, servindo, ainda, como princípio de conformação e interpretação de outras leis ordinárias, dada a sua especialidade em relação às demais leis do ordenamento jurídico.

Muito pertinente, dentro dessa abordagem doutrinária, a aplicação do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, que visa colocá-los a salvo de qualquer forma de negligência, garantindo a convivência, ainda que separadas dos seus pais.

Elucidativa a abordagem de Maria Berenice Dias:

Não se podendo mais ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida (...) (2010, p. 452).

O rol dos deveres inerentes ao poder familiar, elencados no Código Civil, nos artigos 1.634 a 1.729, não contempla o dever de afeto, todavia a missão dos pais, pautada no dever de assistência, criação, educação não deve ficar limitada a vertentes patrimoniais, porquanto incontestes

é a responsabilidade destes no tocante às estruturas física, psíquica dos filhos, por meio do adequado desenvolvimento de suas personalidades. Este é o sentido que se deve dar aos artigos 229 da CF e 1.634, inciso I, do Código Civil.

No flanco aberto por essa discussão, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, ainda que timidamente, têm convergido pela afirmação de que o dever de cuidado vai além do que a simples obrigação do dever de sustento. O ser humano precisa, além do básico para a sua sobrevivência (alimento, saúde, abrigo), de outros elementos, igualmente, importantes e necessários ao pleno desenvolvimento.

A propósito, o voto da Ministra Nancy Andrigh, no REsp 1159241/SP, afirma:

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

Vê-se hoje, nas normas constitucionais, a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.

Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: ‘(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)’ (Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicação/engin>. Acesso em: 03 jan. 2014).

É nesse cenário de mudanças significativas e conceituais sobre a paternidade responsável que emergem, nos tribunais, demandas de filhos em busca da responsabilização de pais omissos nesse dever de cuidado.

3. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NO ÂMBITO FAMILIAR: AUSÊNCIA DO CONVÍVIO PATERNO-FILIAL COMO ILÍCITO CIVIL INDENIZÁVEL

É oportuno registrar, neste momento, a importância de fazer-se, inicialmente, pequena digressão quanto ao instituto da responsabilidade civil e à possibilidade de sua aplicação no âmbito das relações intrafamiliares.

Para Sérgio Cavalieri Filho, a responsabilidade civil denota:

(...) Em sentido etimológico, a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 71).

É tema recorrente nos compêndios jurídicos a tríade que configura a responsabilidade civil: a) conduta humana: que pode ser comissiva ou omissiva sempre voltada a uma finalidade específica; b) o dano: violação a um interesse juridicamente tutelado, seja de natureza patrimonial, seja extrapatrimonial (violação a um direito da personalidade); c) nexos de causalidade: liame necessário entre a conduta humana e o dano.

Além dos três elementos acima descritos, configuradores da responsabilidade civil em qualquer de suas modalidades, é imprescindível, ainda, não se esquecer do elemento anímico, a culpa, de caráter eventual, compreendido como a violação de um dever jurídico preexistente.

A teoria clássica da responsabilidade civil aponta a culpa como o fundamento da obrigação de reparar o dano. Assim, inexistindo a culpa, não há obrigação de reparar o dano, logo, é imprescindível provar o nexos entre o dano e a culpa do agente. É a chamada teoria subjetiva que, inclusive, foi adotada pelo Código Civil no artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato

ilícito”.

Todavia, insatisfeitos com a chamada teoria subjetiva (que exige a prova da culpa), vista como insuficiente para cobrir todos os casos de reparação de dano, passou o Direito a desenvolver teorias que preveem o ressarcimento do dano em alguns casos, sem a necessidade de provar a culpa do agente, já que são pautadas numa atividade de risco, com escólio no artigo 927 do CC, a teoria objetiva da responsabilidade civil ou responsabilidade sem culpa.

Superadas as questões preliminares acerca da responsabilidade civil, indaga-se: é possível a aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares em decorrência da falta de convívio e afeto entre pais e filhos?

O tema é polêmico e suscita acalorados debates. Entretanto, antes de adentrar ao cerne da questão, convém trazer à tona a discussão acerca do órgão jurisdicional competente à apreciação das lides desta natureza, porquanto, por um lado, há quem entenda pela competência das Varas Cíveis comuns; por outro lado, outros militam a tese de que as Varas de Família atrairiam para a sua competência demandas da responsabilidade civil afeta às famílias, o que se mostra mais prudente em virtude das peculiaridades e características dos casos posto à tutela jurisdicional, máxime, possuem maior sensibilidade os magistrados que atuam nesta área do Direito.

Conforme narrado acima, para a configuração da responsabilidade civil, é necessária a existência de três elementos: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade que se encontram também presentes na responsabilidade civil intrafamiliares.

A ação, no caso do abandono afetivo, consiste numa conduta, via de regra omissiva, praticada por um dos genitores em face dos filhos menores, privando-os de sua convivência, deformando, voluntariamente, a personalidade destes, ou ainda, pela conduta comissiva, por meio de reiteradas atitudes de desprezo, rejeição, indiferença, gerando nas duas formas de conduta (omissiva/comissiva) desamparos afetivo, moral e psíquico. Ressalta-se que, além da cláusula geral de responsabilidade civil estampada no art. 186 c/c com o art. 927, caput, do Código Civil, os art. 229 da Constituição Federal e o art. 1.634, I, do Código Civil, determinam que os pais têm o dever de criar e educar os filhos. Portanto, a não observância deste dever, por meio da não prestação de condutas tendentes ao desenvolvimento da afetividade, configura ato

ilícito, porque fere esses preceitos legais.

O dano proveniente da conduta injurídica, *in casu*, do abandono afetivo, comumente, causa efeitos deletérios à personalidade dos filhos, resumidos em pequenos desajustes comportamentais quando em grau leve e, em escala superior, no surgimento de psicopatias diagnosticadas clinicamente, haja vista que é nesta fase que a criança necessita de paradigmas de comportamento e impressões de afeto, a fim de desenvolver plenamente sua personalidade.

É cediço, à luz da psicologia e da psicanálise, que o abandono afetivo causa danos às estruturas psíquica e emocional das pessoas, notadamente quando se trata de crianças em fase de desenvolvimento. Esses danos estão, intrinsecamente, ligados aos Direitos da Personalidade e à proteção do Princípio Fundamental da Dignidade Humana.

Há consenso doutrinário que, dentre os requisitos da responsabilidade civil, o nexu causal é o elemento mais difícil de ser aferido. Tal assertiva ganha maior proporção quando se trata de dano afetivo, isso porque o psiquismo recebe estímulos de toda parte, havendo, assim, uma dificuldade de se estabelecer que um determinado transtorno é decorrente de um fato específico.

Quanto ao elemento anímico, ou seja, a culpa, considerando que, nas relações familiares, os protagonistas (pais e filhos) não estão no exercício de qualquer atividade que demande risco a outrem, pela própria natureza da relação, tem-se que, na imensa maioria das situações fáticas trazidas ao crivo do Estado Juiz, a prova da “culpa” é *conditio sine qua non* para a responsabilização civil.

Os danos afetivos são essencialmente de ordem moral, não obstante possa englobar os danos patrimoniais, como medicamentos (antidepressivos e ansiolíticos), o custeio de tratamento psicológico e terapêutico da criança e do adolescente.

A legislação brasileira usa indistintamente a expressão dano moral para toda a espécie de danos não patrimoniais, a teor do que preconiza os artigos 5º, incs. V e X da Constituição Federal e art. 186 do Código Civil. Igualmente, a doutrina e a jurisprudência não fazem qualquer distinção entre o dano extrapatrimonial e o dano moral.

Carlos Fernández Sessarego *apud* Aline Biasuz Suarez diferencia o “dano moral” de “projeto de vida”: o primeiro é uma forma sintética de lesão e de caráter transitório que afeta predominantemente a esfera

sentimental do sujeito, enquanto que o segundo é algo muito mais profundo, pois tende a ser permanente.

Trazendo a distinção citada acima, certamente o abandono afetivo está mais próximo de atingir um projeto de vida. Nas palavras de Aline Biasuz Suarez:

(...) A vítima, a criança ou adolescente, por maior que seja a excelência dos tratamentos psicológicos e terapêuticos e ainda caso lhe seja ministrada medicações, no caso de patologias, jamais poderá suprir completamente as lacunas emocionais em face da omissão de seu genitor(a). Realmente é um sentimento que lhe acompanhará pelo resto de seus dias, muitas vezes frustrando em parte seu projeto de vida (...) (2012, p. 237)

A fixação do *quantum* indenizatório deverá ser procedida por meio de arbitramento judicial, com escólio nos artigos 944 a 954 do Código Civil, devendo o magistrado observar: a) lesividade da agressão que, em regra, é evidenciada pela modalidade de conduta (omissiva/comissiva), bem como pelo ânimo do agressor (genitor/genitora). Existem alguns danos que são causados por negligência ou por imprudência, ou seja, não há a intenção de lesionar; enquanto em outros, há o firme propósito de causar danos à vítima de forma deliberada; b) impacto sofrido pela vítima, ressaltando, neste particular, que cada indivíduo tem uma figura psíquica distinta, reagindo de forma diversa aos estímulos do meio ambiente; c) repercussão social do fato, ou seja, alguns fatos atingem tão somente a esfera íntima da vítima, ao passo que outros fogem do âmbito individual, repercutindo na esfera pública.

Não há dúvida de que, no abandono afetivo, o bem jurídico tutelado é a integridade psíquica e emocional do menor, bem como o pleno desenvolvimento de sua personalidade, livre de traumas e memórias inefáveis. A par da necessidade da constatação dos danos na personalidade, houve um progressivo desapego ao pensamento insular, já que as transformações ocorridas no seio da sociedade têm exigido soluções que já não podem ser dadas exclusivamente na dogmática jurídica. Não é por outra razão que, hodiernamente, a ciência e a prática jurídica têm se socorrido da interdisciplinaridade em sua esfera

de atuação por meio de estudos da psiquiatria e da psicologia, sendo essas as ferramentas mais plausíveis e disponíveis para aferir as sequelas advindas do abandono paterno-filial.

A família é, por excelência, o *locus* da afetividade, já que é em seu seio que os indivíduos se sentem seguros para expressar seus sentimentos, anseios, medos e desejos. É, portanto, o local onde as pessoas desenvolvem suas potencialidades, notadamente nos primeiros anos de vida, daí porque são imprescindíveis a formação e a manutenção de vínculos familiares. Conforme já discorrido, o poder familiar engloba o dever de assistência, de criação e de educação dos filhos, alinhado com a preservação da dignidade humana e com o adequado desenvolvimento das estruturas física e psíquica dos filhos em sua preparação para vida em sociedade.

Estudos na área da psiquiatria e da psicologia comprovam que a “concretização do dano sofrido” pela criança e pelo adolescente, vítimas de abandono afetivo, proporciona neles não só a autoestima baixa desencadeadora de diversos sintomas depressivos e doenças psicossomáticas, mas também distúrbios de aprendizagem, de relacionamento, fobias e mecanismos obsessivo-compulsivo, dentre outros.

Os suportes familiares são os alicerces ao desenvolvimento pleno da personalidade dos indivíduos, mantendo-os infensos a perturbações mentais e a conflitos neuróticos que possam sugerir de atitudes prejudiciais dos pais para com os filhos (indecisão, rejeição, abandono, indiferença). Todavia, opondo-se a referidas atitudes consideradas maléficas, têm-se o afeto e o amor como formas de garantir um desenvolvimento pleno e digno às crianças e aos adolescentes.

Na verdade, é incontroverso que o pleno desenvolvimento da personalidade como expressão da dignidade humana não pode deixar de ser protegido pelo Direito, mostrando-se oportuno o manejo do instrumento jurídico da tutela inibitória, pouco utilizado, como forma de impedir os atos reiterados de omissão, humilhação e desprezo por parte do genitor, quando ainda não configurada a lesão à personalidade da criança e do adolescente.

Cabe enfatizar que o caráter de tutela integral à pessoa não está adstrito, exclusivamente, à reparação de danos, facultando-se à parte lesada a interposição da tutela inibitória de danos à personalidade,

com fundamento jurídico no artigo 12 do Código Civil, evitando-se a consumação de um dano ou, ainda, já tendo sido produzido o efeito danoso, obtendo-se a cessação imediata ou a ampliação de referido dano à personalidade das crianças.

4. QUESTÕES CONTROVERSAS SOBRE A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO PELO ABANDONO PATERNO-FILIAL

Como alhures mencionado, é grande a celeuma jurídica instaurada em torno da responsabilidade pelo abandono afetivo paterno-filial. As vozes estão divididas num verdadeiro cisma doutrinário.

Um dos argumentos daqueles que se opõem à tese defendida neste trabalho é o de que os afetos independem da vontade humana, sustentando, ainda, que sua adoção importaria numa indevida monetarização do afeto, já que, dada as peculiaridades dos vínculos familiares, é impossível a incidência pura e simples das regras da responsabilidade civil, notadamente por ser o afeto um elemento externo ao sistema jurídico. São contrários ao pagamento de indenização pelo abandono afetivo doutrinadores de escol, como: Cristiano Chaves Farias, Nelson Rosenvald, Luiz Diez-Picazo, Regina Beatriz Tavares e Judite Martins Costa.

A despeito do antagonismo acima relatado, diz Cristiano Chaves Farias:

(...) afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais do que o ser (...) (2010, p. 89).

Favoravelmente à linha de intelecção adotada neste trabalho, ou seja, pela indenizabilidade do abandono afetivo nas relações interfamiliares, há parcela, não menos significativa, de doutrinadores: Rodrigo da

Cunha Pereira, Maria Berenice Dias, Maria Celina Bodin, Giselda Maria Fernandes Hironaka, Rolf Madaleno, Paulo Lôbo e Pablo Stolze, que sustentam a aplicação da responsabilização civil no Direito de Família, fundada na ideia da paternidade/maternidade responsável, na qual a ausência do convívio e a negativa do afeto, causadoras de traumas e sequelas psicológicas, ensejam um ato contrário ao ordenamento jurídico, com previsão genérica nos artigos 186 e 187 do CC.

Rebatendo especificamente o primeiro argumento dos opositores da responsabilidade afetiva, o de que os afetos independem da vontade humana, impõe-se, inicialmente, a análise dos conceitos de afeto, amor e comportamento.

Aline Biasuz menciona, em sua obra, o estudo realizado por Maria de Lourdes Borges, sobre o amor, a partir da visão filosófica kantiana, sintetizando que o amor é gênero do qual o afeto é espécie, diferenciando-os quanto aos efeitos e resultados, conforme se segue:

(...) o afeto engloba todos os tipos de sentimentos familiares, independente dos membros que o cultivem e de sua origem, vertical ou horizontal. A filosofia grega já subdividia o amor em espécies como amor *eros* (de conotação sexual), *ágape* (amor de nível espiritual e universal) e *philos* (amor psicamental) (SUAREZ, 212, p. 129 a 131).

Por sua vez, Romualdo Batista do Santos, em artigo intitulado “Responsabilidade Civil na Parentalidade”, discorrendo sobre afeto e comportamento, cita Pierre Debray-Ritzen (Giselda Maria Fernandes Novaes, TÁRTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009, pág 200): “(...) os afetos são processos internos que independem de nossa vontade, ao passo que os comportamentos são manifestações exteriores da personalidade, que podem corresponder a algum estado afetivo, mas que podem não guardar essa correspondência (...)”.

Nessa ordem de ideias, sobreleva-se a ausência de equivalência semântica dos termos amor e afeto, restando inadequada a utilização genérica do termo amor, já que é impossível mensurá-lo dada à sua robustez. De fato, não compete ao Direito compelir as pessoas amarem umas as outras. Todavia, lidando a ciência jurídica com a prestação de

comportamentos adequados à vida em sociedade, incontestemente seu poder no tocante à exigência de condutas que estabeleçam os laços afetivos entre pais e filhos, materializados no dever de cuidado.

Lastreado neste entendimento, Romualdo Baptista dos Santos afirma:

(...) o Direito não pode exigir que o pai ou a mãe ame seus filhos, mas pode perfeitamente exigir a prestação de condutas tendentes ao desenvolvimento dos afetos. A atenção, o carinho, a convivência são comportamentos que possibilitam o nascimento e o desenvolvimento dos laços afetivos, ainda que não correspondam ao estado afetivo do pai ou da mãe no momento em que são prestados. Diremos que se trata de comportamentos pró-afetivos (...) (2009, p. 201).

Não se trata de uma imposição jurídica de amar, mas de um imperativo judicial da possibilidade da construção do afeto entre pais e filhos, por meio da convivência, da proximidade do ato de educar, na qual é instalada a referência paterna como garantidora da integridade psicofísica que faz parte da dignidade dos filhos ainda crianças e adolescentes.

Outro fundamento suscitado pelos não adeptos à tese da reparação civil por abandono afetivo reside na destituição do poder familiar como pena ao genitor relapso nas suas funções paternas.

Conforme já asseverado, o poder familiar consiste num encargo imposto por lei aos pais, configurado no poder-função exercido pelos genitores, servindo, precipuamente, aos interesses dos filhos, posto ultrapassada aquela ideia de exercício de autoridade dos genitores.

Não obstante estejam as decisões jurídicas de procedência ou improcedência da reparação civil por abandono afetivo paralelamente associadas ao conteúdo do poder familiar, não é certo equiparar referidos institutos jurídicos. Os critérios para a decretação da perda do poder familiar diferem dos critérios da reparação civil. É bem verdade que ambos podem se originar do mesmo fato, ou seja, da situação de abandono vivenciada pela criança ou pelo adolescente. Entretanto, é preciso ter em mente que a causa de pedir na demanda por indenização pelo abandono afetivo não é a destituição do poder familiar.

Ademais, o caráter da pena de destituição do poder familiar é de cunho punitivo, ao passo que a pena decorrente da indenização por abandono afetivo é compensatório e no máximo dissuasório, razão pela qual institutos jurídicos diversos não podem ser confundidos, mormente por um não ser consecutório do outro.

Assim, comprovado que a ausência de convívio entre pais e filhos pode gerar danos quanto ao pleno desenvolvimento da personalidade das crianças e dos adolescentes, ainda em fase de formação, torna-se susceptível a indenização causada por tal omissão. A negligência, na forma de omissão do pai quanto ao dever de cuidado dos filhos, justifica a perda do poder familiar (art. 1.638, II, CC). Porém, a decretação da perda do poder familiar, de forma isolada, poderá acabar servindo ao intento do genitor relapso, constituindo-se, certamente, numa premiação pelo abandono.

Superadas as duas vigas de sustentação da antítese da reparabilidade por abandono afetivo, convém adentrar no caso que é considerado um *leading case* no Brasil, assim sintetizado:

A.F manteve contato com seu genitor, réu na demanda indenizatória por abandono afetivo, até os seis anos de idade de maneira regular, muito embora estivessem seus pais separados desde seus três anos de vida. Ocorre que, após o nascimento de sua irmã, fruto de um novo relacionamento do demandado, teria havido uma ruptura na relação entre pai e filho. Ao concluir o ensino médio, A.F pediu ajuda ao seu avô paterno para que o convite de sua formatura chegasse às mãos de seu pai, nutrindo a esperança, frustrada, de encontrá-lo no dia da missa de sua formatura, já que não o via há 11 anos, embora durante todo este tempo tivesse tentado se aproximar do seu genitor, pretendendo, apenas, o reconhecimento e o amor como filho. Em primeira instância, o juízo *a quo* rejeitou o pedido de indenização de reparação civil por abandono afetivo, entendendo que não restaram comprovados os danos supostamente alegados. O acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em sede de apelação, reconheceu a possibilidade de reparação pelo abandono afetivo paterno-filial, posto indubitável o dano moral e psíquico sofrido pelo filho, fixando a indenização no montante de 200 salários mínimos.

EMENTA: Indenização danos morais. Relação

paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. “A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Súmula: Deram provimento. Produziu sustentação oral pelo do apelado o Dr. João Bosco Kumaira e assistiu ao julgamento pelo apelante Dra. Thais Câmara Maia”. BRASIL – Tribunal de Justiça de MG- Número do processo: 2.0000.00.408550-5/000(1) – Rel. Unias Silva – j. Em 01.04.2004 – Data da Publicação: 29.04.2004. (Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 03 jan. 2014).

Em sede de recurso especial, o apelante sustentou que a ação indenizatória é, em verdade, fruto do inconformismo da mãe do autor, já que o pai, ora apelante, intentara uma ação revisional de alimentos pretendendo a diminuição da pensão alimentícia. A Quarta Turma do STJ deu provimento ao recurso do pai, afastando a condenação da reparação civil por abandono afetivo arbitrada pelo Tribunal de Justiça mineiro, cuja ementa restou assim consignada:

Ementa: “Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 1. A indenização por abandono moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916, o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, Recurso Especial 757, 411/MG(2005/0085464-3), rel. Min. Fernando Gonçalves). (Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicação/engine>. Acesso em 03 jan. 2014).

Inconformado com o acórdão do STJ, o autor interpôs perante o STF Recurso Extraordinário que não foi apreciado no mérito, tendo em

vista o seu não conhecimento, sob a alegação de inexistência de violação direta à norma constitucional. A Ministra Ellen Gracie, em decisão monocrática, arquivou o RE(567164), nos seguintes termos:

(...) 5. o apelo extremo é inviável, pois esta Corte fixou o entendimento segundo o qual a análise sobre a indenização por danos morais (art. 5º, V e X da Carta Magna) limita-se ao âmbito de interpretação de matéria infraconstitucional, inatacável por recurso extraordinário. Ademais, o acórdão recorrido asseverou que a legislação pertinente prevê a punição específica – perda do poder familiar – nos casos de abandono do dever de guarda e educação dos filhos. Assim, afastou a possibilidade de reparação pecuniária por abandono moral, a partir da análise dos fatos e das provas constantes dos autos e da legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente), cujo reexame não tem lugar nesta via recursal, considerados, respectivamente, o óbice da Súmula do Supremo Tribunal Federal 279 e a natureza reflexa ou indireta de eventual ofensa ao texto constitucional. 6. Neste sentido, a Subprocuradoria-Geral da República asseverou que a “fundando-se a conclusão nas normas de regência – Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente – a eventual lesão ao Texto Magno, se existente, ocorreria de forma reflexa e demandaria a reavaliação do contexto fático, o que, também, é incompatível com a via eleita” (fl. 295). 7. Do exposto, nego provimento ao recurso extraordinário (CPC 557, caput). Publique-se. Brasília, 14.05.2009. Ministra Ellen Gracie Relatora. Brasil. Supremo Tribunal Federal. (Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jan. 2014).

Feitos todos os esclarecimentos do retrocitado caso que, inclusive, serviu de paradigma aos demais que pululam nos Tribunais espalhados

em nosso país, incontestemente que não poderiam subsistir, por muito tempo, os fundamentos do voto do Ministro Relator Fernando Gonçalves do STJ que, em síntese, à época, embasou a negativa da reparabilidade por abandono afetivo nos termos a seguir delineados, os quais recebem, logo em seguida, as pertinentes críticas, dada à ausência de fundamentação jurídica plausível:

a) O primeiro fundamento do voto do ministro relator pautou-se na imposição da pena civil, por meio da destituição do poder familiar como meio idôneo e suficiente a demonstrar que a sociedade e o Direito não se compadecem com o abandono ou descumprimento injustificado do poder de sustento, guarda e educação dos filhos perpetrado pelos pais.

b) Argumentou em seu voto que, geralmente, o genitor que detém a guarda isolada da criança ou do adolescente transfere a ela ou a ele os ressentimentos e mágoas nutridos contra o ex-companheiro.

c) Sustentou, também, a provável dificuldade do genitor no tocante à reconstrução dos laços afetivos em virtude do desgaste natural sofrido durante a contenda judicial, acaso condenado ao pagamento da indenização, fulminando, decerto, qualquer possibilidade de reaproximação.

d) Rechaçou o pedido de indenização tendo em vista que seu deferimento não atenderia ao escopo da reparação financeira, já que a pensão alimentícia serviria a tal intento.

e) Asseverou que não é tarefa do Poder Judiciário impor o amor ou obrigar alguém a manter um relacionamento afetivo.

f) Por fim, reconheceu a impossibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, tornando-se, pois, impossível reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização.

A seguir, as críticas aos fundamentos jurídicos do voto do Ministro Relator Fernando Gonçalves do STJ, suso mencionados:

Como já comentado, a despeito da própria legislação brasileira, não foi atribuída à reparação civil a função punitiva. A responsabilidade civil tem função satisfatória, compensatória e até dissuasória, razão pela qual inconcebível a justificativa no sentido de que a destituição do poder familiar é medida punitiva ao genitor relapso. Frise-se que a decretação da perda do poder familiar é sanção de cunho administrativo, não civil, cujo objetivo é reparar a vítima ao *status quo*.

No tocante à possível síndrome de alienação parental, esta não serve de justificativa para elidir a omissão quanto aos deveres do genitor não guardião, já que existem instrumentos aptos a coibir condutas deste jaez por parte do guardião que incute sentimentos de revolta na criança em virtude do rompimento da sua relação com o ex-companheiro.

A crítica que se tece ao argumento da possível dificuldade de reconstrução dos laços afetivos, após o litígio jurídico, centra-se no fato da impossibilidade da reparação, *in natura*, da vítima do abandono afetivo, ou seja, da recomposição dos sentimentos usurpados como atenção, desvelo, dever de cuidado, tal impedimento não enseja a negativa da reparabilidade à vítima em virtude do dano injusto.

Não subsiste a argumentação de que pensão alimentícia é suficiente para reparar financeiramente a vítima do abandono afetivo, pois referida obrigação é decorrente do dever de sustento, que nada tem de comum com a obrigação de compensar a vítima de abandono afetivo, fundado por um dano injusto.

É indubitável que o direito não pode obrigar as pessoas a se amarem, todavia, conforme já discorrido, o direito pode e deve exigir condutas que estabeleçam os laços afetivos entre pais e filhos, materializados no dever de cuidado, tornando-se dispensáveis maiores comentários por tudo que fora exposto até o momento, sob pena de tornar-se repetitivo.

A impossibilidade de reparação civil, à luz do antigo art. 159 do CC de 1916, restou superada com o princípio geral de proteção à pessoa, sobretudo com o advento da Constituição de 1988, na qual o Princípio da Dignidade Humana ressoa e reverbera a toda legislação.

Felizmente, este não é mais o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, consoante se depreende do acórdão proferido pela 3ª Turma no REsp1159242/SP julgado em 24/04/2012, assim ementado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro, não com essa expressão, mas com locuções e

termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicação/engin>. Acesso em 03 jan. 2014.

Diante da importância histórica, bem como da abertura de precedentes favoráveis em relação à temática do abandono afetivo, é imprescindível a leitura, na íntegra, de toda a decisão, merecendo destaque o brilhante voto proferido pela Ministra Relatora Nancy Andrighi, cuja compilação, em parte, é obrigatória dada à cientificidade e à técnica adotadas:

1. Da existência do dano moral nas relações familiares. Faz-se salutar, inicialmente, antes de se

adentrar no mérito propriamente dito, realizar pequena digressão quanto à possibilidade de ser aplicada às relações intrafamiliares a normatização referente ao dano moral. Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais que estão sujeitos os genitores. Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família. Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5º, V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas. Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares. Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descumram do múnus a eles atribuídos, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC-02). Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos. 2. É das mais comezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa

do autor e o nexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral. No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas. Sendo esse elo fruto, sempre, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole (...). Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sociopsicológico da criança. E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não. À luz desses parâmetros, há muito se cristalizou a obrigação legal dos genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção impor-se a prisão civil para os que a descumprem, sem justa causa. Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – obrigação inescapável

–, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, àqueles que descumprem essa incumbência, é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso. 2.1. Da ilicitude e da culpa. A responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação, ou omissão, que redunde em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência. Assim, é necessário se refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie. Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto. Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*. A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc (...). Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. Vê-se hoje, nas normas constitucionais, a máxima amplitude possível e, em paralelo, a

cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”. Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal, supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tisonado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois, na hipótese, o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia

– de cuidado – importa em vulneração da imposição legal (...). 2.2 Do dano e do nexo causal. Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexo causal. Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais. Porém, não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a situações símeis aos exemplos, porquanto inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, como bem exemplificam os fatos declinados pelo Tribunal de origem. Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna. Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe. Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação. Dessa forma, está consolidado pelo Tribunal de origem

ter havido negligência do recorrente no tocante ao cuidado com a sua prole – recorrida. Ainda, é prudente sopesar da consciência do recorrente quanto as suas omissões, da existência de fatores que pudessem interferir, negativamente, no relacionamento pai-filha, bem como das nefastas decorrências para a recorrida dessas omissões – fatos que não podem ser reapreciados na estreita via do recurso especial. Dessarte, impende considerar existente o dano moral, pela concomitante existência da tróica que a ele conduz: negligência, dano e nexa (...).” (Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicação/engin>. Acesso em: 03 jan. 2014.)

Desprovido de discursos sensacionalistas, o acórdão dispensa delongas e inicia a análise do tema pela questão fulcral, qual seja:

se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável” (trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicação/engin>. Acesso em: 03 jan. 2014).

A decisão é firme no sentido de que, embora sejam as relações familiares permeadas de nobres sentimentos, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil no Direito de Família, visto que os textos legais que tratam da matéria (art. 5º, V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC de 2002) regulam o tema de forma abrangente, incluindo, portanto, as relações familiares.

O artigo 186 do CC é uma cláusula geral, alocado na parte geral do Código Civil é inconteste sua aplicação a todos os ramos do Direito, já que, como princípio geral de proteção à pessoa, deve ser aplicado aos demais institutos jurídicos.

No mesmo sentido, a decisão no tocante à destituição do poder familiar é irreprovável, ressaltando que referida destituição não se

constitui em óbice à indenização, já que o escopo de tal medida é a manutenção da integridade do menor diferindo, portanto, da finalidade compensatória da indenização.

Analisando os elementos da reponsabilidade civil frente à vulnerabilidade das intrincadas relações familiares, a linha de intelecção adotada mostra-se consentânea com os novos valores familiares, elencando o dever de cuidado por meio do convívio, da proteção, da criação e da educação dos filhos como condutas inerentes ao poder familiar.

Também com relação à ilicitude e à culpa, fundamenta-se a decisão não no desamor, tão alardeado pelos opositores da reparabilidade afetiva, mas na ausência do dever de cuidado, requisito mínimo a ser observado para que uma criança desenvolva plenamente sua personalidade.

Por fim, no tocante ao dano e ao nexu causal, houve entendimento no sentido de que os reiterados atos de omissão são passíveis de indenização independente da produção de provas dos danos alegados, já que inerentes à própria situação enfrentada pela vítima, classificando-os, assim, como *in re ipsa*.

Apesar da coerência e da técnica da decisão apreciada, não se mostra adequado presumir-se sempre o dano na situação de abandono afetivo, já que poderá haver a substituição, em alguns casos, do genitor ausente, por meio de terceira pessoa (família mosaico), devendo, portanto, o dano e o nexu causal em referidas demandas serem aferidos casuisticamente, sobretudo, com auxílio da interdisciplinaridade dos ramos da psiquiatria e da psicologia, bem como de uma instrução complexa.

Conclui-se, portanto, que a reparação civil por abandono afetivo é causadora de dano moral porque fere o Princípio da Dignidade Humana, não se cuidando do restabelecimento do vínculo afetivo, mas de sua substituição por um valor de natureza pecuniária, típico da responsabilidade civil.

5. CONCLUSÕES

Como visto, a constitucionalização do Direito Civil, no Brasil, a partir da última década do século XX, e a sua adequação aos princípios consagrados na Constituição de 1988, dentre os quais o Princípio da Dignidade Humana, norteador do Estado Democrático de Direito, como

fundamento da ordem jurídica, erigido à categoria de macroprincípio e garantidor de tantos outros princípios éticos como liberdade, igualdade, solidariedade, aliado ao novo conceito de família eudemonista, na qual a valorização do afeto é corolário da dignidade humana, conferiram uma mudança paradigmática ao instituto da responsabilização civil nas relações intrafamiliares.

As profundas alterações ocorridas no seio familiar, promovidas após o advento da Revolução Industrial, desmantelaram seu anacrônico modelo hierarquizado e patriarcal. Esse fenômeno da modernidade ocasionou uma nova funcionalidade nas famílias, fundada no desenvolvimento da personalidade e potencialidade do indivíduo, razão pela qual não foi mais permitida sua subjugação aos interesses do grupo familiar, senão aos interesses pessoais, passando as relações a serem mais igualitárias e fundadas no afeto.

A partir da proteção conferida ao indivíduo, pós CF de 1988, a afetividade, antes relegada ao seio familiar passou, hodiernamente, a ser encarada como dever objetivo de cuidado, e não como mero sentimento. Assim, tornou-se elemento jurídico e passou a ser valorado na sociedade e incorporado nas normas, consubstanciado no mútuo dever de pais e filhos assistirem-se.

A par da atribuição de valor jurídico conferido à afetividade é que emerge a paternidade responsável, fulcrada no poder familiar, enquanto expressão do Princípio da Dignidade Humana, por meio da efetivação dos Direitos da Criança e do Adolescente, alicerçada no Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, visando colocá-las a salvo de qualquer forma de negligência.

O abandono afetivo-paterno filial, fenômeno típico da pós-modernidade, gerador de transtornos físicos e psicológicos às crianças e aos adolescentes, ainda em fase de formação de suas personalidades, em que pesem todas as polêmicas doutrinária e jurisprudencial suscitadas ao redor do tema, é reconhecido pela Corte Superior de Justiça deste país como passível de reparabilidade civil.

O dano afetivo representa uma agressão direta aos direitos da personalidade, porquanto atinge a estrutura psíquica dos menores, afetando a dignidade destes, ante à desídia do genitor que descurou do seu dever de cuidado, seja por meio de uma conduta omissiva ou comissiva.

A indenização civil por abandono afetivo tem por escopo a compensação daquela criança que viu frustrado seu projeto de vida, a qual passou por duras sequelas emocionais, quase sempre insuperáveis. A reparabilidade indenizatória por abandono afetivo paterno-filial tem função dissuasória e preventiva para que outros pais não cometam o mesmo ilícito.

THE PATERNAL AFFECTIVE ABBANDONMENT, THE VIOLATION OF THE HUMAN DIGNITY PRINCIPLE AND THE CHARACTERIZATION OF MORAL DAMAGE

ABSTRACT: The present work has the purpose to subsidize legal practitioners in indemnity issues for affective paternal-filial abandonment, since the absence of intangibles such as love, care and duty of care of parents toward their minor children may violate the principle of Human Dignity. The topic is current, given that, at all times, swarming in our courts of this nature demands. The study contributes directly to the science of law, especially in regard to the branches of civil law, in particular the Family Law, Constitutional Law and Civil Liability. The subject, despite already investigated by scholars of law, will be addressed on this occasion, in a new light, affection as legal value, proposing a new direction in understanding the liability under the paternal-filial relationship due to emotional abandonment.

KEYWORDS: Abandonment paternal-filial affection. Violation of the principle of human dignity. Moral damages.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos, EHRHARDT JUNIOR, Marcos, OLIVEIRA, Catarina Almeida de. *Famílias no direito contemporâneo- estudo em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: Juspodivm, 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rev., atual. ampl, São Paulo: ed., Atlas, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

- FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rev., atual. ampl. Rio de Janeiro: ed., Lumen Juris, 2010.
- FERRAZ, Ludmila Freitas. *Aplicabilidade da responsabilidade civil no abandono afetivo parental*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8516>. Acesso em jul 2014.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de direito civil*, volume 6: Direito de família- As famílias em perspectiva constitucional. 2 ed. Rev; atual. e ampliada. São Paulo: ed., Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. Ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, TÁRTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009.
- KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono Afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais*./Curitiba: ed., Juruá, 2012.
- LAGRASTA NETO, Caetano, TÁRTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando. *Direito de família - Novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. Rev., atual. ampl. São Paulo: ed., Saraiva, 2011.
- LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25364>>. Acesso em: 21 jul. 2014.
- _____. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 21 jul. 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rev., atual. São Paulo: ed., Saraiva, 2008.
- NUNES Júnior, Vidal Serrano. *Manual dos direitos difusos*. São Paulo: ed., Verbatim, 2009.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SILVA, Regina Beatris Tavares da. Cuidado de pai e mãe é dever de natureza objetiva. *Revista Consultor Jurídico*, 04 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-04/regina-beatriz-cuidado-pai-mae-dever-natureza-objetiva>>. Acesso em: Jul de

2014.

TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil contemporâneo – novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 5. ed., rev., atual. E ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

VENEZ, Hilma da Silva Costa. Possibilidade de indenização em face do abandono afetivo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3480, 10 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23326>>. Acesso em: 21 jul. 2014.