



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

NATÁLIA THAÍS JORGE MENDES

**DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO: O DEVER DE CUIDAR E A
OBRIGAÇÃO DE REPARAR NAS RELAÇÕES DE FILIAÇÃO**

FORTALEZA
2013

NATÁLIA THAÍIS JORGE MENDES

DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO: O DEVER DE CUIDAR E A
OBRIGAÇÃO DE REPARAR NAS RELAÇÕES DE FILIAÇÃO

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial para
a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. William Paiva Marques
Júnior.

FORTALEZA

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- M538d Mendes, Natália Thaís Jorge.
Dano moral por abandono afetivo: o dever de cuidar e a obrigação de reparar nas relações de filiação / Natália Thaís Jorge Mendes. – 2013.
81 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.
Área de Concentração: Direito de Família e Responsabilidade Civil.
Orientação: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior.
1. Dano moral - Brasil. 2. Responsabilidade (Direito) - Brasil. 3. Relações familiares. 4. Pais e filhos - Brasil. I. Marques Júnior, William Paiva (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

NATÁLIA THAÍIS JORGE MENDES

DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO: O DEVER DE CUIDAR E A
OBRIGAÇÃO DE REPARAR NAS RELAÇÕES DE FILIAÇÃO

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial para
a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. William Paiva Marques
Júnior.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Msc. William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Msc. Yuri Cavalcante Magalhães
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Ana Cecília Bezerra de Aguiar
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus, por todas as graças alcançadas.
Aos meus pais, Ângela e Vilamar, pelo amor,
cuidado e dedicação.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho somente foi possível em razão do apoio que venho recebendo ao longo de minha vida.

Agradeço a Deus, por sempre iluminar os meus pensamentos e guiar os meus passos, permitindo-me chegar até aqui.

Aos meus pais, Ângela e Vilamar, por todo o esforço e amor dedicados ao meu crescimento pessoal e profissional.

Às minhas irmãs, Laís e Isadora, pela cumplicidade e pelo carinho desmedido, que se mantêm mesmo com a distância.

Ao meu namorado, Nathan, por ter sido, nestes últimos meses, um dos meus maiores incentivadores. Pelo seu amor, cuidado e paciência.

Aos meus avós, padrinhos, tios, primos e demais familiares pelas orações e pela torcida constante.

Aos meus amigos, colegas de sala e companheiros de estágio, em especial à Alana, à Dandara, ao André e ao Moisés, por tornarem o fardo do cotidiano mais leve, oferecendo-me a sua ajuda e compreensão.

Ao professor William Marques, pela sua presteza e pela sua valorosa orientação neste trabalho. Sem ele não teria conseguido concluí-lo.

Ao professor Yuri Cavalvante e à mestrandia Cecília Aguiar pela disponibilidade em participar da banca examinadora, bem como pelas críticas e sugestões que contribuíram ainda mais para o aperfeiçoamento deste trabalho.

“... amar é faculdade, cuidar é dever.”

(Nancy Andrichi)

RESUMO

O objetivo deste trabalho consiste em analisar a possibilidade de reparação do dano moral decorrente do abandono afetivo sofrido pelos filhos, sobretudo diante do processo de constitucionalização do Direito Civil e da conseqüente repersonalização do Direito das Famílias. Como resultado da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira, também as relações familiares passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada um de seus membros e, principalmente, da pessoa dos filhos. Perquire-se, nesse contexto, se a eventual violação do direito da personalidade destes, causada por aqueles que deveriam lhes conferir maior proteção – os próprios pais –, estaria imune à aplicação dos institutos da responsabilidade civil, devido ao caráter especial dessa relação. Questão esta há pouco levada ao conhecimento e à apreciação do Superior Tribunal de Justiça. Através do estudo doutrinário e jurisprudencial relativo à matéria, tratou-se, inicialmente, de delinear o conceito do dano moral em si, reportando-se, ainda, às suas diferentes classificações e à sua reparabilidade. Em seguida, buscou-se definir o que seria o abandono afetivo, destacando-se as transformações ocorridas nas instituições familiares e nas relações de filiação, bem como alguns dos princípios considerados mais relevantes para resolução da controvérsia. Por fim, procedeu-se a qualificação do abandono afetivo como categoria de dano moral, empreendendo-se a análise dos argumentos favoráveis e contrários à sua reparação, além dos pressupostos que poderiam ser exigidos para tanto. A pesquisa revelou clara divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca do assunto, entendendo-se, todavia, pela possibilidade da reparação.

Palavras-chave: Dano moral. Abandono afetivo. Dever de cuidar. Reparação.

ABSTRACT

The objective of this study is to examine the possibility of repairing the moral damage caused by the affective abandonment suffered by children, particularly on the process of constitutionalization of Civil Law and the consequent repersonalization of Family Law. As a result of the consecration of the principle of human dignity in the Brazilian constitutional order also family relationships began to be functionalized by reason of the dignity of each of its members, and especially of the person of the children. Enquires, in this context, whether any infringement of personality rights of those children caused by those who should give them greater protection - their parents - would be immune to the application of the institutes of civil liability, due to the special nature of this relationship. This issue recently brought to the knowledge and appreciation of the Superior Court. Through the study of doctrine and jurisprudence on the matter, it was initially to outline the concept of moral damage itself, referring also to their different classifications and their reparability. Then it was defined what would be the affective abandonment, highlighting the changes occurring in family institutions and relations of affiliation, as well as some of the principles most relevant to resolution of the dispute. Finally, it was proceeded the qualification of emotional distance as a category of moral damages, undertaking the analysis of arguments for and against the repair, beyond the assumptions that would be required to do so. The survey revealed clear divergence both in doctrine and jurisprudence on the matter, it being understood, however, by the possibility of the repair.

Keywords: Moral damage. Affective abandonment. Duty of care. Repair.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	DANO MORAL.....	12
2.1	Conceito e caracterização.....	12
2.2	Classificação.....	17
2.2.1	<i>Dano moral objetivo e subjetivo.....</i>	18
2.2.2	<i>Dano moral direto e indireto.....</i>	18
2.2.3	<i>Dano moral direto e indireto (em ricochete).....</i>	19
2.2.4	<i>Dano moral individual e coletivo.....</i>	19
2.2.5	<i>Dano moral transitório e permanente.....</i>	20
2.2.6	<i>Dano moral atual e futuro.....</i>	21
2.3	Reparabilidade.....	21
2.3.1	<i>Precedentes históricos da reparação do dano moral.....</i>	22
2.3.2	<i>Evolução no direito brasileiro.....</i>	24
2.3.3	<i>Natureza jurídica da reparação.....</i>	26
2.3.4	<i>Arbitramento do valor reparatório.....</i>	27
3	ABANDONO AFETIVO: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL, CARACTERES, CONTEXTUALIZAÇÃO E PRINCIPIOLOGIA.....	30
3.1	Conceito e caracterização.....	30
3.2	Origem e transformações das instituições familiares e das relações de filiação.....	36
3.3	Princípios constitucionais relevantes.....	42
3.3.1	<i>Princípio da dignidade da pessoa humana.....</i>	42
3.3.2	<i>Princípio da afetividade.....</i>	44
3.3.3	<i>Princípio da paternidade responsável.....</i>	47
4	DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO.....	50
4.1	Abandono afetivo como categoria de dano moral.....	50
4.2	Correntes favoráveis e contrárias à sua reparação: análise de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.....	53
4.2.1	<i>Impossibilidade da reparação.....</i>	53
4.2.2	<i>Possibilidade da reparação.....</i>	56
4.3	Obrigações de reparar.....	60

5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67
	ANEXO – RECURSO ESPECIAL N. 1.159.242/SP.....	70

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar a possibilidade de reparação do dano moral decorrente do abandono afetivo sofrido pelos filhos, sobretudo diante do processo de constitucionalização do Direito Civil e da conseqüente repersonalização do Direito das Famílias¹.

O tema se insere não só na área do conhecimento do Direito Civil e do Direito das Famílias, com também do Direito Constitucional, do Direito da Criança e do Adolescente e da Responsabilidade Civil. Refletindo essa sobreposição de direitos, diretamente, no modo como foi conduzida a questão.

Observa-se que as relações familiares, como resultado da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira, também passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada um de seus membros e, principalmente, da pessoa dos filhos. Questiona-se, nesse contexto, se a eventual violação do direito da personalidade destes, causada por aqueles que deveriam lhes conferir maior proteção – os próprios pais –, estaria imune à aplicação dos institutos da responsabilidade civil, por conta do caráter especial dessa relação.

A importância desse instituto advém da sua utilização como forma de conferir proteção à dignidade e à personalidade dos filhos, enquanto seres em fase especial de desenvolvimento humano e social, vulneráveis e dependentes dos cuidados parentais. Assim, considera-se que a reparação do abandono poderia funcionar como uma sanção para os ofensores, sobressaindo-se os seus efeitos educativo e preventivo, e não somente a sua repercussão na esfera patrimonial, entendida por alguns estudiosos como monetarização do afeto.

Quanto à metodologia, menciona-se que a pesquisa foi feita sobre bases bibliográficas, documentais e jurisprudenciais, sendo ainda pura, com abordagem qualitativa e quantitativa e de objetivos descritivos e exploratórios. Fomentando-se as discussões a respeito do tema, mediante o cotejo dos princípios e regras vigentes no nosso ordenamento jurídico, bem como dos posicionamentos doutrinários e jurisprudências já exarados a esse respeito, com enfoque no entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça.

No primeiro capítulo de desenvolvimento, buscou-se delimitar o conceito do dano moral em si, optando-se pela sua identificação com a lesão de um bem ou direito da

¹ Utilizando-se da expressão mais atual, adotada, dentre outros, por Dias (2007) e Lôbo (2011).

personalidade, dentre as diferentes conotações que lhe foram dadas no cenário nacional. Reportou-se, também, às diversas classificações que o dano moral pode receber, conforme a natureza do bem atingido diretamente, o número de pessoas lesadas, a duração dos efeitos lesão, entre outros quesitos. Tratou-se, ademais, da reparabilidade do dano moral, resumindo-se o trajeto percorrido até a aceitação, pela doutrina e pelo direito positivo, de que tal dano deve ser reparado, podendo, inclusive, ser cumulado com o dano material.

No segundo capítulo, procurou-se definir o que seria o abandono afetivo, quais seriam os seus principais caracteres e em que hipóteses costuma ser verificada a sua ocorrência. Destacando-se, por oportuno, as transformações experimentadas pelas instituições familiares e pelas relações de filiação, ao longo dos últimos séculos, que colocaram os pais como responsáveis pelo cumprimento de obrigações não só de cunho material, mas, também, moral, em favor da prole. Teceram-se, ainda, comentários sobre alguns dos princípios constitucionais considerados mais preponderantes na relação paterno-filial, como o da dignidade da pessoa humana, o da afetividade e o da paternidade responsável.

No terceiro capítulo, procedeu-se a qualificação do abandono afetivo como categoria de dano moral, fundada também na violação dos direitos da personalidade dos filhos. Empreendendo-se, em seguida, a análise dos argumentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis e contrários à sua reparação, e, por fim, dos pressupostos que poderiam ser exigidos para tanto, de acordo com as regras da teoria clássica e subjetiva da responsabilidade civil.

2 DANO MORAL

O dano não é apenas o fato constitutivo, mas, também, determinante da obrigação de reparar. Sem ele não há indenização devida, porquanto o dever de reparar pressupõe a existência de um prejuízo. Assim, antes de se falar sobre o cabimento da reparação por danos morais nos casos de abandono afetivo, cumpre, inicialmente, proceder-se a identificação e caracterização do dano moral em si, para melhor compreensão desse fenômeno.

Neste capítulo, busca-se definir o que vem a ser o dano moral, resumindo o trajeto percorrido até a aceitação, pela doutrina e pelo direito positivo, de que tal dano deve ser reparado, podendo, inclusive, ser cumulado com o dano material.

2.1 Conceito e caracterização

A legislação brasileira não apresenta um conceito exposto para o dano moral, não havendo, também, na doutrina, nem na jurisprudência, um consenso a respeito dessa questão, o que dificulta bastante o reconhecimento e a reparação desse tipo de dano, que, até hoje, é marcado por tanto subjetivismo.

A complexidade começa pela própria denominação do dano como “moral”, que remete, imediatamente, às boas ações e ao caráter da pessoa, sob o ponto de vista ético. Inserido nesse contexto, o adjetivo moral, no entanto, “[...] aponta e define o dano causado a alguém, nada tendo que ver com a conduta [ética ou antiética] de quem praticou o mal” (SANTOS, 2003, p. 87).

Há quem prefira, por causa disso, adotar outras nomenclaturas, tais como: dano extrapatrimonial, dano imaterial ou, ainda, dano à pessoa. Utiliza-se, todavia, a expressão dano moral, por ser a empregada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, entre outros diplomas legais vigentes, afastando, deste modo, o possível inconveniente semântico e atentando sobretudo para o sentido desse preceito jurídico.

Assim, em meio às diversas teorias que visam à apreensão e delimitação do conceito de dano moral, destacam-se três: a que traz um conceito negativo de dano moral, considerando-o como todo dano não patrimonial; a que, assumindo um conceito positivo, identifica este com a dor ou com alguma alteração desfavorável do estado anímico, psicológico ou espiritual da vítima; e a que reputa o dano moral como a ofensa a uma determinada categoria de interesses ou direitos do indivíduo.

De acordo com a acepção negativa, dano moral é aquele desprovido de caráter patrimonial, verificando-se, pois, quando não forem atingidos bens dotados de valoração pecuniária. Nas palavras de José Aguiar Dias (1983, p. 812, grifo do autor): “Quando ao dano não correspondem as características do *dano patrimonial*, dizemos que estamos em presença do dano moral”.

Conforme salientado pelo referido autor (1983, p. 812), todas as dificuldades se acumulam com danos deste tipo, “[...] dada a diversidade de prejuízos que envolvem e que de comum só têm a característica negativa de não serem patrimoniais”. Por esse motivo, os danos morais são comumente definidos por exclusão, aproveitando-se, para tanto, da noção de dano material, cuja dogmática sempre foi bem mais estruturada que a do próprio dano moral.

Wilson Melo da Silva (1999, p. 13, grifo nosso) também parte dessa ideia, ao asseverar, com vigor, que danos morais “[...] são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, *em contraposição ao patrimônio material*, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.

Afirmar que o dano moral consiste apenas em um prejuízo imaterial, não se mostra, todavia, suficiente para correta assimilação do instituto. Na verdade, ao se tentar definir o dano moral por exclusão, mediante o uso de vocábulos em sentido contrário, acaba-se fugindo do aspecto moral do dano, deixando-se de explicá-lo. Prova disso é que nem todo dano que não é patrimonial pode ser considerado como dano moral, exigindo-se, para configuração deste dano, a presença de outros atributos.

A segunda teoria mencionada, porquanto busque adentrar no conteúdo moral do dano, incorre, por sua vez, no equívoco de confundi-lo com os seus efeitos. Para os adeptos dessa tese, o dano moral é a dor da alma. É a inquietação, a vergonha, a humilhação, o desgosto, enfim, qualquer sofrimento físico e moral experimentado pela pessoa lesada, que interfira na sua possibilidade de querer, pensar ou sentir. (GONZALEZ, 1996, p. 223, *apud* SANTOS, 2003, p. 96).

Neste sentido, defende Antonio Jeová Santos (2003, p. 94) que, se o ilícito não repercutir de forma detrimetosa na tranquilidade, no bem-estar, ou causar a mortificação espiritual da vítima, não existirá dano moral. Isto porque a razão de ser do dano moral seria, justamente, compensar a perda dessa tranquilidade, não bastando a lesão de um interesse, em abstrato, tão somente.

Em outra passagem de sua obra, Aguiar Dias (1983, p. 821) faz coro a esse

entendimento, sustentando que o “[...] dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada”. Articula, ainda, que seria possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a bem não patrimonial, assim como dano moral por efeito da ofensa a bem material, vez que a distinção entre o dano patrimonial e dano moral não seria decorrente da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do caráter de sua repercussão sobre a vítima. (DIAS, 1983, p. 812).

Tais modificações do estado psicológico, conforme já adiantado, não devem ser confundidas com o dano moral em si. A dor, a angústia, o vexame, a aflição, e os demais padecimentos que podem vir a atingir a vítima de um evento danoso consistem apenas no resultado (não necessário) desse tipo de dano. São, quando muito, consequências, e não causas. Da mesma forma que a febre é apenas um dos sintomas de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima é somente um dos efeitos do agravo moral. (CAVALIERI, 2012, p. 89).

Não se quer, com isso, refutar que o dano moral comumente produza ou que seja apto a produzir perturbações psíquicas ou espirituais, ou mesmo negar que a dor, a vergonha, a tristeza ou qualquer outra reação psicológica negativa provocada pela lesão estejam dentre as principais motivações para a busca de reparação. Ocorre que essas sensações não são essenciais ao dano moral.

Ensina Eduardo Zannoni (1982, p. 234-235, *apud* GONÇALVES, 2012a, p. 379) que o direito “[...] não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas apenas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente”. De modo mais apropriado, pode-se dizer, portanto, que não são os sentimentos que são reparados, mas sim a violação do bem jurídico tutelado.

Destarte, chega-se à última teoria relacionada, aquela que, à luz da atual Constituição, conceitua o dano moral como a ofensa a uma determinada categoria de interesses ou direitos do indivíduo, quais sejam estes, os direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana.

Como cediço, os indivíduos são titulares de direitos personalíssimos, que, embora sejam despidos de conotação econômica intrínseca, representam para o seu titular um valor maior, por serem atinentes à intangibilidade da pessoa humana. Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 88), são “[...] direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, atributos inerentes à personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade”.

É a partir da violação desses direitos que se origina o dano moral.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, logo no seu artigo 1º, inciso III², erigiu a dignidade da pessoa humana à categoria de fundamento do Estado Democrático, fazendo no seu artigo 5º, incisos V e X³, expressa referência a alguns dos direitos da personalidade, quando, então, assegura o “direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, e declara invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”.

Leciona José Afonso da Silva (2000, p. 201), a respeito dessa previsão, que:

A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais. A Constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (artigo 221, IV). Ela, mais que as outras, realçou o valor da moral individual, tornando-a mesmo um bem indenizável (artigo 5º, incisos V e X). A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. Daí por que o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental.

A Carta Magna estabeleceu, dessa maneira, os novos contornos e a extensão do dano moral, que passou a envolver os mais diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrangendo, também, todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social. (CAVALIERI, 2012, p. 90).

Encerrando tal entendimento, Cavalieri (2012, p. 90) nos presta o seguinte conceito:

[...] o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos - os complexos de ordem ética -, razão pela qual podemos defini-lo, de forma abrangente, como sendo uma agressão a um bem ou atributo da personalidade.

Sob essa perspectiva, o dano moral não está mais vinculado a uma reação interna ou psicológica da vítima, impondo-se a sua reparação ainda que a vítima não seja passível de detrimento anímico ou que não tenha conhecimento do caráter axiológico que reveste o ilícito, como se dá com os amentais, as pessoas em estado vegetativo ou comatoso, as crianças de

² Art. 1º, III, CF/88: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

³ Art. 5º, V e X, CF/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

tenra idade, entre outros.

Toda pessoa é sujeito de direito. Pelo só fato de existir, orbita em torno dela um grande plexo de direitos e obrigações. Não é porque alguém seja criança, demente ou está em coma que perdeu os direitos da personalidade, ou que abriu mão do que há de mais importante no ser humano, que é a própria dignidade. Qualquer um tem direito à vida e à integridade física. Todos possuem uma honra que necessita ser preservada. A lesão inferida a esses bens dará origem a agravo que fará surgir o direito à indenização. (SANTOS, 2003, p. 127).

Em consonância com o que afirmam Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 201), tem-se que todo dano moral será decorrente da violação a direito da personalidade, estando caracterizado o prejuízo pelo simples atentado aos interesses jurídicos personalíssimos, independente da dor e sofrimento causados ao titular, que poderão servir (quando presentes) para fins de fixação do valor indenizatório.

É por isso, inclusive, que os doutrinadores costumam dizer que o dano moral, em regra, dispensa prova em concreto. O dano existe *in re ipsa*, isto é, na própria coisa; “[...] deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis ou facti*, que decorre das regras da experiência comum.” (CAVALIERI, 2012, p. 97).

A jurisprudência, entretanto, não tem mais considerado este um caráter absoluto. De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁴, o dano moral só pode ser presumido em dadas situações: inserção de nome de forma indevida em cadastro de inadimplentes; atrasos de voos, inclusive nos casos em que o passageiro não pode viajar no horário programado por causa de *overbooking*; entrega de diploma de conclusão de curso sem reconhecimento pelo Ministério da Educação; equívocos administrativos; e inclusão indevida e equivocada de nomes de médicos em guia orientador de plano de saúde.

Observe-se, ademais, que os direitos da personalidade não se encontram submetidos a um rol taxativo, estando aberta a sua previsão, a partir da cláusula geral protetiva da dignidade da pessoa humana. A própria Constituição Federal, no seu artigo 5º, §2º⁵, já resolveu este celeuma ao dispor que os direitos e garantias ali expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte”.

⁴ Conforme notícia publicada no *site* oficial do STJ em 01/07/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106255>. Acesso em: 22 out. 2013.

⁵ Art. 5º, §2º, CF/88: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”.

Da mesma forma, entende-se que o Código Civil de 2002, no capítulo destinado aos “Direitos da Personalidade” (artigos 12 a 21), não esgotou tais direitos, apenas situou e deu maior ênfase àqueles valores já reconhecidos nos artigos 1º e 5º da Constituição da República. (SANTOS, 2003, p. 58).

Assim, a despeito da proteção específica dispensada ao nome, à imagem, à privacidade, dentre outros direitos, existe, de acordo com Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 213), “[...] uma cláusula geral de proteção da personalidade, com o propósito de ampliar significativamente a tutela, impedindo o exaurimento das espécies de direitos da personalidade, que não podem ser esgotados, nem limitados.”.

Nessa linha de ideias, desponta o posicionamento adotado por Maria Celina Bodin de Moraes, para quem:

[...] o dano moral não pode ser reduzido a “lesão a um direito da personalidade”, nem tampouco ao “efeito extra patrimonial da lesão a um direito subjetivo, patrimonial ou extrapatrimonial”. Tratar-se-á sempre de *violação da cláusula geral da tutela da pessoa humana*, seja causando-lhe um prejuízo material, seja violando direito (extra patrimonial) seu, seja, enfim, praticando, em relação, à sua dignidade, qualquer “mal-evidente” ou “perturbação”, mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica. (MORAES, 2003, p. 183-184, grifo nosso).

Do exposto, depreende-se que o dano moral é todo aquele que fere os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., e que é capaz de provocar sensações e emoções negativas na vítima. Nada obsta, contudo, a caracterização de ofensa à pessoa mesmo sem dor, vexame e sofrimento, visto que o dano moral está ínsito na própria ofensa e decorre da gravidade do ilícito em si. Assim, sempre que um indivíduo tiver sua condição humana violada, haverá dano moral a ser reparado, independentemente de qualquer reação psicológica ou, ainda, da percepção desta.

2.2 Classificação

A doutrina costuma classificar os danos morais de diversas formas. Muitas dessas classificações não são sequer próprias do dano moral, aplicando-se também ao dano material. Por questões práticas, relega-se a plano secundário as divergências doutrinárias existentes e apresentam-se aquelas consideradas mais relevantes.

2.2.1 *Dano moral objetivo e subjetivo*

Alguns doutrinadores, buscando interligar as duas últimas teorias citadas anteriormente, quanto à conceituação do dano moral, dividem-no em dano moral objetivo e subjetivo. Dano moral subjetivo seria aquele que, sem repercutir na órbita do patrimônio material da vítima, causa-lhe angústia, dor, sofrimento. Enquanto que o dano moral objetivo seria aquele que afronta, propriamente, os direitos da personalidade.

Miguel Reale (1992, p. 23, grifo do autor), ao classificar os danos morais, dispõe desta forma:

Sem excluir essa possibilidade de uma divisão tripartida do dano, penso que já podemos distinguir claramente entre o *dano moral objetivo* (aquele que atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo o de sua imagem) e o *dano moral subjetivo*, que se correlaciona com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis porque ligados a valores de seu ser subjetivo, que o ato ilícito veio penosamente subverter, exigindo inequívoca reparação.

Assim, entende-se que estaria configurado o dano moral tanto com o efeito não patrimonial de lesão a direito subjetivo patrimonial (hipótese de dano moral subjetivo), quanto com a violação dos direitos personalíssimos (dano moral objetivo). (MORAES, 2003, p. 157).

2.2.2 *Dano moral direto e indireto*

Fala-se em dano moral direto, ordinariamente, quando a lesão atinge de modo direto a algum dos bens integrantes da personalidade, tais como a vida, a integridade corporal, a intimidade, a honra, a imagem. Segundo Maria Helena Diniz (2008, p. 91):

O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Abrange, ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III).

Por outro lado, diz-se que há dano moral indireto quando é atacado bem patrimonial, mas com repercussão sobre bem personalíssimo. Nas palavras da autora (2008, p. 91-92): “[...] é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima”. É a hipótese, por exemplo, da perda de objeto de valor afetivo.

2.2.3 Dano moral direto e indireto (em ricochete)

A denominação do dano moral como direto ou indireto é utilizada, também, para fazer referência à outra classificação, que leva em conta o fato de a vítima ter sido, ou não, atingida diretamente pelo evento danoso.

Constitui dano moral direto o experimentado pela vítima em sua integridade corporal ou em sua existência. Configura dano moral indireto (em ricochete), por sua vez, o suportado por terceiro, como reflexo da lesão à vítima imediata. É que, embora o ato tenha sido diretamente contra determinada pessoa, seus efeitos podem acabar por atingir, indiretamente, a integridade moral de outrem.

A propósito, explica Carlos Alberto Bittar (1993, p. 148):

Baseado em elo jurídico afetivo mantido com o lesado direto, o direito do titular indireto traduz-se na defesa da respectiva moralidade, familiar, pessoal, ou outra. Trata-se, também, de *iure proprio*, que o interessado defende, na ação de reparação de danos denominada *par ricochet* ou *réfléchis*, a exemplo do que acontece em hipóteses como as de danos morais a empregados, por fatos que atingem o empregador; a sócio de uma sociedade, que alcança outro sócio; a mulher, que lesiona o marido [...], e assim por diante, como o tem apontado a doutrina e assentado a jurisprudência, delimitando as pessoas que a tanto se consideram legitimadas (em caso de parentesco, até o 4º grau, conforme o art. 1.612 [do Código Civil de 1916]).

Além da pessoa diretamente ofendida, podem reclamar a reparação do dano moral, portanto, os seus herdeiros, o cônjuge ou companheiro, os membros mais próximos de sua família, dentre outros, ligados afetivamente a ela. (GONÇALVES, 2012, p. 274)

2.2.4 Dano moral individual e coletivo

Considerando ainda a extensão subjetiva de seus efeitos, o dano moral é classificado em: individual, quando é ofendido o patrimônio ideal de uma pessoa; e coletivo (ou difuso), quando é atingido o patrimônio imaterial de toda a coletividade ou de uma categoria de pessoas.

Ressalte-se que não é todo dano que dá ensejo à indenização por dano moral coletivo, sendo necessário que o fato danoso seja grave e ultrapasse os limites toleráveis, gerando sofrimento e inquietude social. De acordo com o que versa Carlos Alberto Bittar Filho (2005, p. 55, grifo nosso):

Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido *de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico*: quer dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto material.

Há dano moral à coletividade, por exemplo, nos casos de propaganda enganosa; de ofensa aos valores e credos de determinada religião; de degradação ambiental⁶ etc. A sua maior incidência verifica-se, entretanto, em demandas trabalhistas⁷.

2.2.5. Dano moral transitório e permanente

Dano moral transitório, como se denota, é aquele cujos efeitos não se perpetuam, nem permanecem com a pessoa lesada de forma duradoura, desaparecendo ao longo do tempo. Dano moral permanente é, por oposição, aquele cujos efeitos são infundáveis, subsistindo ao longo do tempo, junto à vítima.

Em se tratando de dano à integridade corporal, é até possível se estimar se os seus efeitos vão cessar logo ou não, como ocorre com os danos físicos que levam à cegueira ou à amputação de um membro. O mesmo não se pode fazer quando se tratar de dano à integridade psíquica, como a morte de um filho, porque cada pessoa sente a sua maneira, a seu tempo. Ainda que se cuide de situação semelhante, a impressão causada ao espírito de uma será diferente da impressão causada ao espírito de outra, tornando mais difícil a sua classificação.

⁶ A título ilustrativo colaciona-se: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A DANO EXTRAPATRIMONIAL OU DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA. 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo. 3. Haveria contra sensu jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização. 4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico in dubio pro natura. Recurso especial improvido.” (STJ, Resp. n. 1367923/RJ, Rel.: Min. Humberto Martins, Julg.: 27/08/2013, Pub.: 06/09/2013)

⁷ Veja-se, a propósito: “RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL COLETIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS. NORMAS DE SEGURANÇA DO TRABALHO. Consoante registrou o Tribunal *a quo*, está comprovado que a ora recorrente incorreu em conduta prejudicial aos seus empregados, ao descumprir as normas referentes à segurança e à medicina do trabalho. Ora, aquele que por ato ilícito causar dano, ainda que exclusivamente moral, fica obrigado a repará-lo. Assim, demonstrado que a recorrente cometeu ato ilícito, causando prejuízos a um certo grupo de trabalhadores e à própria ordem jurídica, não merece reparos a decisão proferida pela instância ordinária que a condenou a indenizar os danos morais coletivos. Recurso de revista conhecido e não provido.” (TST, RR. n. 15500-56.2010.5.17.0132, Rel.: Dora Maria da Costa, Julg.: 12/06/2013, Pub.: 14/06/2013).

2.2.6 Dano moral atual e futuro

Como é sabido, para que o dano moral ganhe contornos e chegue a ser considerado indenizável, é imprescindível que ele seja certo na sua existência. A simples possibilidade de dano, a situação meramente hipotética, não chegará a ser dano moral (SANTOS, 2003, p. 105).

É inegável, todavia, que alguns danos poderão ter suas consequências diferidas ou, posteriormente, agravadas, cabendo a distinção entre o dano moral atual e o dano moral futuro. Dano moral atual é todo aquele cujas consequências se encontram presentes por ocasião da ação de responsabilidade. Já dano moral futuro é aquele cujos efeitos ainda estão porvir.

Conforme exprime Ramon Daniel Pizarro:

Pense-se, por exemplo, em certos detrimientos que se projetam no tempo, em forma continuada (cegueira, perda da possibilidade de caminhar, impotência sexual, hemiplegia etc.). Em todos esses casos, o juiz deve valorizar não só o dano moral atual – isto é, a já produzida [sic] no momento em que profere a sentença – como também o que será gerado no futuro, como consequência da prolongação do estado atual das coisas ou de seu agravamento. Esse dano futuro é, também certo e indenizável. (PIZARRO, 1996, p. 128, grifo do autor, *apud* SANTOS, 2003, p. 106)

Coloca-se, nesse diapasão, a perda de uma chance, modalidade específica de dano futuro, consistente na frustração de uma oportunidade da vítima do dano, que poderia vir a obter um benefício, caso não houvesse o corte abrupto decorrente do ato ilícito. (SANTOS, 2003, p. 106). Se a chance existia, e era séria, deverá entrar no domínio do dano ressarcível.

2.3 Reparabilidade

Foram muitas as objeções levantadas contra a reparação do dano puramente moral. Argumentava-se, principalmente, que seria um escândalo discutir, em juízo, sobre sentimentos íntimos de afeição e decoro, que seria imoral dar valor monetário à dor, assim como seria impossível mensurar rigorosamente esse tipo de dano. Todas essas objeções acabaram, contudo, rechaçadas na doutrina e na jurisprudência, representando a reparação por dano moral, hodiernamente, uma compensação, ainda que pequena, pela tristeza infligida injustamente a outrem. (GONÇALVES, 2012, p. 280).

Conforme assevera Moraes (2003, p. 147): “[...] não ficou mais fácil solucionar os empecilhos indicados, nem mais simples aceitar que um sentimento de dor possa gerar

dinheiro.”. Mas, afinal, o que mudou? O que fez com que aqueles argumentos que, até pouco tempo, eram considerados coerentes, ao menos sob o ponto o aspecto lógico-racional, se tornassem irrelevantes?

“A positivação de qualquer direito não prescinde da historicidade; do momento em que o direito foi posto.”. (SANTOS, 2008, p. 64). Para tomar-se conhecimento das bases que sustentaram, e que mantêm firmes, os institutos atuais, torna-se imperioso, portanto, fazer-se uma breve incursão no passado.

2.3.1 Precedentes históricos da reparação do dano moral

Alguns registros doutrinários apontam que a possibilidade de reparação dos agravos morais remonta à Idade Antiga, tendo sido esta ideia, supostamente, introduzida pelos povos hindus e babilônios, através dos Códigos de Manu e Hamurabi. O mesmo diz em relação aos povos sumérios e ao Código de Ur-Nammu.

Embora não se referissem, de modo positivo e expreso, ao dano moral, tais codificações faziam uma proteção casuística desse instituto, punindo os atos que atentavam contra honra e, sobretudo, contra a integridade física dos membros daquelas sociedades. Como exemplo de menção à injúria e a difamação da família, tem-se, nos escritos do Código de Hamurabi, que: “Se um homem livre estendeu o dedo contra uma sacerdotisa, ou contra a esposa de um outro e não comprovou, arrastarão ele diante do juiz e raspar-lhe-ão a metade do seu cabelo”. (ZENUN, 1998, p. 5)

Consoante observado por Augustu Zenun (1998, p. 5), aí está uma pena de reparação do dano moral, que não se refere, todavia, a dinheiro ou qualquer coisa econômica. Predominava, nessa época, o chamado direito de vingança, sintetizado na Lei de Talião pela máxima “olho por olho, dente por dente”, que autorizava a vítima a reparar o mal sofrido pelo próprio mal, isto é, infligindo ao agressor dano semelhante ao experimentado por ela. Cabia ao poder público intervir só para declarar quando e como a vítima teria esse direito. (DINIZ, 2008, p. 11).

Existiam, entretanto, algumas hipóteses em que já era concedido à vítima o direito de obter uma prestação pecuniária, como forma de compensá-la, sem que, para isso, fosse preciso provocar outro dano, ou trazer dor física, ao ofensor. Destacam-se, nesse sentido, os parágrafos 209, 211 e 212 do Código de Hamurabi, os quais previam que:

§ 209. Se um homem livre (*awilum*) ferir o filho de um outro homem livre (*awilum*) e, em consequência disso, lhe sobrevier um aborto, pagar-lhe-á 10 ciclos de prata pelo aborto.

[...]

§ 211. Se pela agressão que fez a filha de um Muskenum expelir o (fruto) de seu seio: pesará cinco ciclos de prata.

§ 212. Se essa mulher morrer, ele pesará meia mina de prata. (REIS, 1998, p. 11)

No que tange ao Código de Manu, lembra Clayton Reis (1998, p. 13) que, pelos denominados erros judiciários, o rei poderia impor, na revisão do processo, uma pena de mil panas aos ministros ou juízes responsáveis pela condenação injusta do inocente. Deste modo, o agressor deixava de responder pelo dano caudado com o próprio corpo, ficando livre da retaliação pessoal e, obrigando-se, tão somente, ao pagamento de certa quantia.

Preceitos como esses são exceções ao direito de vindita, as quais denunciam o início daquilo que, mais tarde, transformou-se na teoria da compensação econômica, satisfatória dos danos morais.

Foi, no entanto, no Direito Romano, que a reparação por danos morais se tornou mais célebre. Sob a égide da Lei das XII Tábuas, qualquer um que causasse um dano, premeditadamente, deveria repará-lo, ainda que se tratasse de dano de cunho moral. Conforme disposto no parágrafo 9º da referida lei: “Aquele que causar dano leve indenizará 25 asses” (REIS, 1998, p. 18).

A reparação, nesses casos, era notadamente pecuniária, podendo os cidadãos romanos, que fossem vítimas de injúria, valer-se da ação pretoriana a que se denominava *injuriarum aestimatoria*, para reclamar pelo pagamento da soma em dinheiro correspondente à gravidade da ofensa. Baseando-se na declaração emanada pelo próprio ofendido que, sob juramento, declarava a extensão do dano sofrido, o juiz arbitrava, então, o montante que lhe parecia mais justo.

Em todo esse procedimento, revela-se a grande preocupação dos romanos em salvaguardar a honra e a boa reputação dos indivíduos, interesses de cunho moral, que deveriam ser, inexoravelmente, reparados pela pena econômica. Daí, porque se assevera que estes firmaram as bases mais sólidas da reparabilidade do dano moral da história, servindo de modelo para o desenvolvimento do instituto em todas as demais civilizações que lhe sucederam.

A despeito do reconhecimento da admissibilidade da reparação por danos morais nessas legislações primitivas, é certo que, somente após a Segunda Guerra Mundial, em reação às atrocidades cometidas pelo nazismo contra a humanidade como um todo, que esta

pode ganhar maior substância, aproximando-se dos moldes em que é concebida hodiernamente.

Até então, as constituições e os textos infraconstitucionais dos países não faziam menção aos direitos da personalidade, não sendo esta categoria jurídica ainda tutelada. Com o desfecho daquele conflito, houve, porém, uma forte comoção. Era necessário assegurar uma tutela fundamental, elementar, em favor da personalidade humana, a fim de coibir os abusos que vinham sendo praticados contra os indivíduos. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 183).

Conforme destaca Paulo Lôbo (2011, p. 27):

O desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica. A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo fator de medida do patrimônio, que passa a ter função complementar.

Nesse sentido, promulgou-se, em 1948, a Declaração Universal de Direitos do Homem, cujo artigo 1º enuncia que: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.”. A dignidade, inserida nesse contexto, nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. Trata-se de atributo reconhecido a todos os seres humanos indistintamente, sem qualquer diferenciação quanto a sexo, raça, cor, religião, idade, estado de saúde, nacionalidade, etc.

Como bem assevera Cavalieri (2012, p. 89):

Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada.

Assim, o primado da dignidade da pessoa humana consagrou-se como princípio constitucional e foi elevada à categoria de valor supremo, limite e fundamento dos sistemas jurídicos de inspiração democrática. Paulatinamente, os Códigos foram reformados, vindo a sua grande maioria, na atualidade, a proteger, expressa e amplamente, os direitos da personalidade.

2.3.2 *Evolução no Direito brasileiro*

No Brasil, os direitos da personalidade foram admitidos após importantes contribuições doutrinárias, alçados à altitude legislativa por normas esparsas e consagrados

pelo Texto Constitucional de 1988, que inseriu previsão específica em seu corpo normativo, transformando-o em direito fundamental.

É possível identificar, no Direito brasileiro, a existência de três momentos bastante definidos no que se refere à reparabilidade do dano moral: o primeiro que refutava, por completo, qualquer possibilidade de reparação das agressões a direitos não patrimoniais (fase da irreparabilidade); o segundo que, apesar de aceitar a existência do dano moral, previa-o apenas de forma restrita, decorrendo daí o antigo pensamento de que não se poderia cumular com o material; e o terceiro que é o da reparabilidade ampla do dano moral.

Na primeira fase, que vai do direito anterior ao Código Civil de 1916, passa pela edição do Código e perdura até 1966, quando o Supremo Tribunal Federal houve por bem mudar sua orientação sobre o tema. Segundo Cavalieri:

[...] negava-se ressarcibilidade ao dano moral, sob fundamento de ser ele inestimável. Chegava-se, mesmo, ao extremo de considerar imoral estabelecer um preço para a dor. Aos poucos, entretanto, foi sendo evidenciado que esses argumentos tinham por fundamento um sofisma, por isso que não se trata de *pretium doloris*, mas de simples compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente infligida à vítima. (CAVALIERI, 2012, p. 91).

Passou-se, então, a admitir como possível a reparação do dano moral, desde que seus reflexos atingissem o patrimônio material da vítima do evento danoso. Em outras palavras, para ser indenizável, o dano moral deveria ser causa indireta de um dano patrimonial. “O argumento, agora, era o de que o dano material absorve o moral, afastando, nesse caso, a sua reparação.”. (CAVALIERI, 2012, p. 91-92). Tal posição era bem reveladora da opção, ainda reinante, de prestigiar o patrimônio em detrimento da pessoa.

Estávamos nessa fase quando entrou em vigor a Constituição de 1988, e esta, em pelo menos dois incisos do seu artigo 5º (incisos V e X), é expressa em admitir a reparabilidade do dano moral. Da mesma forma o fez Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), em seu artigo 6º, VI, e VII⁸ e o Código Civil de 2002, no seu artigo 186⁹.

Conforme lembra Moraes (2003, p. 147-148):

[...] tornou-se insustentável tolerar que, ao ter um direito personalíssimo seu atingido, ficasse a vítima irressarcida, criando-se um desequilíbrio na ordem jurídica,

⁸ Art. 6º, VI e VII, CDC/90: “ São direitos básicos do consumidor: [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”.

⁹ Art. 186, CC/02: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

na medida em que estariam presentes o ato ilícito e a lesão de um direito (da personalidade), por um lado, e a impunidade, por outro. (MORAES, p. 147-148)

Se antes se entendia que o dano não poderia ser dimensionado, passou-se a defender que tal dano não poderia ser ignorado. Não se estaria pagando pela dor sofrida, e sim recompensando a vítima pela ofensa. A proteção do indivíduo, por certo, não deveria mais ficar limitada ao dano patrimonial, visto que este tem “[...] existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente.” (CAVALIERI, 2012, p. 89).

A partir de então, tornou-se indiscutível, também, a cumulabilidade do dano moral com o material, que acabou sendo reconhecida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula 37, a qual dispõe: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato."

2.3.3 Natureza jurídica da reparação

A despeito das discussões ainda existentes acerca da natureza jurídica da reparação do dano moral, predomina, hoje, o entendimento, ao qual nos perfilhamos, de que esta consiste em um misto de satisfação compensatória e de pena. Da mesma maneira que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento experimentado pela vítima, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que este não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem. (GONÇALVES, 2012, p. 284).

Segundo o magistério de Diniz (2008, p. 106-107):

A reparação do dano cumpre, portanto, uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a repercussão do agravo em sua vida privada e social e a natureza penal da reparação para o causador do dano, atendendo a sua situação econômica, a sua intenção de lesar (dolo ou culpa), a sua imputabilidade, etc.

Diferentemente do que ocorre com os danos patrimoniais, em que é possível se estabelecer perfeita equivalência entre a qualidade do bem lesado e a forma de ressarcimento, eliminando-se, assim, o prejuízo e suas consequências, nos danos morais não há como se dar uma reparação pura e natural da lesão sofrida, jamais sendo devolvido o estado anterior, haja vista a intangibilidade do direito violado.

O caráter pecuniário da reparação do dano moral surge, entretanto, como meio de evitar que o ofendido precise do exercício do direito de vingança para obter algum tipo de

satisfação frente ao seu ofensor. Se tal realização fosse admitida, haveria uma perpetuação da violência e do próprio dano, acometendo-se, desse modo, os princípios da coexistência e da paz social, os quais se mostram fundamentais para o bom desenvolvimento da sociedade. (DINIZ, 2008, p. 107)

Ao se reparar o dano moral em dinheiro, não se está, todavia, a mensurar economicamente o sofrimento da vítima ou a atribuir um preço específico para sua dor. Conforme assevera Cavalieri (2012, p. 90-91): “[...] o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, em razão de sua natureza imaterial, podendo do apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano.”.

Nesse sentido, entende-se que os eventuais sentimentos negativos provocados pela lesão, como mágoa, dor, tristeza e angústia, poderiam ser neutralizados, ou pelo menos, atenuados pela superveniência de emoções positivas, de alegria e gozo, decorrentes do uso que a vítima teria condições de fazer da quantia recebida. O dinheiro seria, pois, um lenitivo, que viabilizaria a aquisição de tudo aquilo que possa concorrer para trazer ao ofendido uma compensação pelo dano e pela injustiça sofrida. (DINIZ, 2008, p. 107)

O desfalque a ser suportado pelo ofensor teria, por outro lado, uma função pedagógica, servindo como alerta para que este, sabendo da gravidade de sua conduta e da sua responsabilidade total pelos prejuízos que causar a terceiros, não incorra mais no mesmo erro, e, também, como exemplo para que outros não queiram imitá-lo.

2.3.4 Arbitramento do valor da reparação

Cabe ao juiz estimar, de acordo com o seu prudente arbítrio, a quantia devida a título de reparação por dano moral no caso concreto, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor. (CAVALIERI, 2012, p. 103). Tal incumbência tem fundamento legal no artigo 4^o¹⁰ da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657/1942), bem como nos artigos 126¹¹ e 475-C, II¹², do Código de Processo Civil, que, ante a omissão legislativa específica, autorizam o juiz a decidir a lide,

¹⁰ Art. 4º, LNDB/42: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

¹¹ Art. 126, CPC/73: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

¹² Art. 475-C, II, CPC/73: “Far-se-á a liquidação por arbitramento quando: [...] II – o exigir a natureza do objeto da liquidação.” (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005).

arbitrando o valor a ser pago, em conformidade com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Este sistema, o do livre arbitramento como regra geral, tem sido considerado o que menos problemas traz e o que mais justiça e segurança oferece, atento que está para todas as peculiaridades do caso concreto. A fixação do *quantum* indenizatório atribuída ao juiz, o único a ter os meios necessários para analisar e sopesar a matéria de fato, permite que ele se utilize da equidade e aja com prudência e equilíbrio. (MORAES, 2003, p. 269-270)

Como bem lembra Cavalieri (2012, p. 103-104), antes da Constituição Federal de 1988 vários dispositivos legais estabeleciam critérios para a quantificação do dano moral, a exemplo do Código Brasileiro de Telecomunicações, que manda fixar a indenização entre 05 (cinco) e 100 (cem) salários mínimos para as hipóteses de calúnia, difamação ou injúria (artigo 84, §12¹³, Lei n. 4.117/1962), e da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967)¹⁴, que em seus artigos 51¹⁵ e 52¹⁶, fixava um teto máximo de salários mínimos para a responsabilidade civil do jornalista profissional e da empresa que explora o meio de informação ou divulgação.

Em face da atual Constituição, no entanto, não prevalece mais nenhum limite legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz. (GONÇALVEZ, 2012, p. 286). A reparação por dano moral, enquanto direito fundamental do indivíduo, deverá ser a mais completa possível, não podendo ser limitada por legislação infraconstitucional que, se anterior à Constituição, deverá ser considerada como não recepcionada e, se posterior, deverá ser tida por inconstitucional. (MORAES, 2003, p. 333)

De acordo com Santos (2008, p. 174):

A solução que se dê a quantia que deva servir como indenização por danos morais – que não a tarifada, pela completa dissociação da moderna tendência da ampla proteção aos direitos da personalidade – há de perpassar, sempre, pela manutenção incólume a reparação integral do prejuízo. A partir desse princípio, poder-se-á criar qualquer critério que possa entregar ao juiz algum plano de trabalho para ele

¹³ Art. 84, CBT/62: “Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.” (Revogado pelo Decreto-lei nº 236, de 28.2.1967).

¹⁴ A Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967) não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, na totalidade de seus dispositivos, conforme julgamento da ADPF 130/DF (STF, ADPF 130/DF, Rel.: Min. Carlos Britto, Julg.: 30/04/2009, Pub.:06/11/2009).

¹⁵ Art. 51, LI/67: “A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia: I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV); II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém; III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém; IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).”

¹⁶ Art. 52, LI/67: “A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.”

começar a raciocinar quanto que deve arbitrar como ressarcimento da lesão espiritual. Consentâneo com esse pensar é que não é afastada a hipótese de a indenização passar a ser regulada, não tarifada.

Diz-se, então, que o juiz deverá seguir determinados critérios preestabelecidos na lei, ou usualmente aceitos na doutrina ou na própria jurisprudência, os quais deverão nortear a (complexíssima) tarefa de quantificar, nos seus mais diversos aspectos, os danos à pessoa humana. (MORAES, 2003, p. 270).

Assim, considera-se quanto à vítima, o tipo de ocorrência (morte, lesão física ou deformidade), o padecimento da própria pessoa e dos familiares, circunstâncias de fato (como a divulgação maior ou menor), e consequências psicológicas de longa duração para a vítima. Quanto ao ofensor, por outro lado, considera-se a gravidade de sua conduta ofensiva, a desconsideração de sentimentos humanos no agir, suas forças econômicas e a necessidade de maior ou menor valor, para que a punição tenha efeito pedagógico e seja um desestímulo efetivo para não se repetir ofensa.

A propósito, o Código Civil de 2002 também prevê em seu artigo 944 e parágrafo único¹⁷, que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, sendo que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

O arbitramento encontra, dessa forma, um limite, ético, inerente à atividade do magistrado, pelo qual a fixação do valor a ser pago na compensação do dano moral deverá ser guiada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A indenização jamais poderá ser ínfima, de modo a servir de humilhação à vítima, nem exorbitante, para não representar enriquecimento sem causa.

Ao valorar o dano moral, portanto, o magistrado deve se nortear pelo princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, arbitrando o valor que, segundo sua prudência e bom senso, mostre-se compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. Devendo sempre explicitar os critérios utilizados, “[...] de modo a fundamentar adequadamente a decisão e, assim, garantir o controle de racionalidade da sentença”. (MORAES, 2003, p. 270).

¹⁷ Art. 944, parágrafo único, CC/02: “A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

3 ABANDONO AFETIVO: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL, CARACTERES, CONTEXTUALIZAÇÃO E PRINCÍPIOLOGIA

As relações familiares, hodiernamente, estão mais voltadas para a promoção da afetividade, da dignidade e da solidariedade entre os seus membros. Não obstante, verifica-se, ainda, na prática, a existência de uma série de preconceitos e de violações que corrompem esses ideais, dentre os quais se destaca o fenômeno do abandono afetivo.

Neste capítulo, pretende-se delimitar o conceito de abandono afetivo, abstraindo-se de qualquer obrigação moral de afetividade e passando-se à sua análise como violação do dever legal de cuidado. Ressaltam-se, também, as transformações experimentadas pelas instituições familiares e pelas relações de filiação, ao longo dos últimos séculos, que colocaram os pais como responsáveis pelo cumprimento desse dever, tecendo-se, ainda, comentários acerca de alguns dos princípios constitucionais que devem nortear essas relações.

3.1 Conceito e caracterização

Por se tratar de tema relativamente recente na área jurídica, o abandono afetivo não teve seu conceito e seu alcance ainda bem definido pela doutrina e pela jurisprudência. Também chamado de abandono imaterial ou de dano afetivo, este vocábulo costuma empregado para assinalar a violação do dever geral de cuidado dos pais para com seus filhos, firmado pela Constituição Federal de 1988 e constante nas demais legislações concernentes ao Direito das Famílias e ao Direito da Criança e do Adolescente.

Fabíola Freire de Albuquerque (2012, p. 37), a título de exemplo, defende o uso da expressão “abandono imaterial”. Aduz a estudiosa que, “[...] da simplória mutação nominal, já se percebe que o instituto analisado pode, por intermédio do Direito, exigir dos pais ou responsáveis, condutas externas, próprias do exercício regular do poder familiar”, independentemente, da ideia de amor que se tem. (ALBUQUERQUE, 2012, p. 37). Não obstante, no presente trabalho, opta-se pela utilização da expressão “abandono afetivo”, vez que esta já se encontra amplamente consagrada na nossa jurisprudência, facilitando, assim, a identificação do tema ora versado.

Nas palavras de Lôbo (2011, p. 312), o abandono afetivo “[...] nada mais é do que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade”. Assevera o autor que, com essa expressão, “[...] a doutrina e a jurisprudência brasileiras atentaram para o fato de o pai, que

não convive com a mãe, contentar-se em pagar alimentos ao filho”, privando-o, desta maneira, de sua companhia. (LÔBO, p. 310-311).

Para Maria Berenice Dias (2007, p. 407), este instituto está, igualmente, relacionado ao desrespeito dos pais ao direito dos filhos à convivência familiar. Seria, sob a ótica da paternidade responsável, a omissão do genitor no cumprimento dos encargos próprios da relação de filiação, que, deixando de atender ao dever de manter o filho em sua companhia, pode causar a este sequelas psicológicas e comprometer o seu desenvolvimento.

Conforme lembra a autora, a “[...] evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação” (DIAS, 2007, p. 407), não mais se podendo ignorar, hodiernamente, que os sentimentos de rejeição e de abandono, trazidos pela falta de convívio dos filhos com os seus pais, podem deixar reflexos permanentes na vida da criança.

Neste sentido, diz-se que o abandono afetivo ocorre quando os filhos são privados da convivência com os seus pais, seja por imposição de um dos genitores, que obste o exercício do direito de visita do outro genitor, seja pela própria vontade daquele que se faz ausente, negando, assim, o amparo afetivo necessário para a plena formação de sua prole.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2006, *online*), por outro lado, defende que o abandono afetivo se configura pela “[...] omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este em sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção e desvelo”. Tal dever seria incumbido aos genitores como forma de garantir uma perfeita formação moral e intelectual aos filhos, em consonância com o que recomenda a Psicologia.

Explica Hironaka (2006, *online*) que os pais devem desempenhar as funções de educadores e de autoridades familiares para que a criança possa se formar enquanto pessoa humana. Sem a orientação e a imposição de limites, já no seio familiar, poderia esta sofrer certo desajustamento ou inadequação social no futuro, quando o pai ou a mãe não estivessem presentes, ou, ainda, quando estes não se puderem fazer ativos na sua proteção.

Sem dúvidas, é na família que se tem a primeira experiência de sociabilidade. A relação inicial da criança com seus genitores serve como exemplo do que ela poderá encontrar ou reproduzir mais adiante. É a partir deste referencial, da percepção da própria importância que tem para o outro e da sua identificação com os seus semelhantes, que ela irá desenvolver seus valores e critérios de conduta, o respeito por si e pelo próximo. Experiência esta que se mostra essencial para a construção da personalidade e para a realização da dignidade humana.

De acordo com Ana Carolina Brochado Teixeira:

Numa perspectiva dialógica, é neste relacionamento intrafamiliar que seus componentes fincam seus valores, se moldam, se transformam e edificam sua personalidade e sua dignidade em bases novas e mutantes. Por essa razão a convivência é tão relevante. É exatamente essa espécie de relação que se cria e se estabelece no seio de um núcleo familiar. Nesse sentido, os laços familiares ganham especial relevo pela grande influência exercida na vida de cada membro da família, sejam adultos, adolescentes ou crianças. Eles atuam na edificação da dignidade de cada um. (TEIXEIRA, 2005, p.139-140).

Desde o seu nascimento, a criança deverá receber a educação, os limites e as regras, assim como todo o cuidado, afeto, carinho e amor necessários para que se torne uma pessoa adulta, íntegra e plenamente capaz, sendo imprescindível, para tanto, a presença constante dos seus progenitores. A falta destes, ainda no início da formação da personalidade da criança, gera consequências que ultrapassam o próprio núcleo familiar. Sem a correta instrução quanto aos valores que deve seguir, a criança poderá apresentar, também, fora de casa um comportamento desordenado, o que se verifica, inclusive, pelo aumento da existência de menores nas ruas e dos crimes perpetrados por jovens.

A formação da personalidade dos filhos, como ensina Claudia Maria da Silva (2004, p.132), “[...] depende diretamente da participação, da atuação, do posicionamento e da forma como os genitores exercem seus papéis de pai e mãe¹⁸, como estabelecem e mantêm a convivência familiar”. Pais atuantes, comprometidos como o papel que desenvolvem, evitam, ou, pelo menos, minimizam a influência dos agentes e fatores negativos externos que, eventualmente, podem pairar sobre a pessoa dos seus filhos.

Assim, entende-se por abandono afetivo a omissão de qualquer um dos genitores no cumprimento dos deveres de ordem moral decorrentes do poder familiar, dentre os quais se destacam a obrigação de ter o filho em sua companhia e de dirigir-lhe a criação e educação. “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” (STJ, Resp. n. 1.159.242/SP, Rel.: Min. Nancy Andrighi, Julg.: 24/04/2012, Pub.: 10/05/2012), em que pese o reconhecimento de que, num plano ideal, o tratamento carinhoso e respeitoso seria o que melhor atenderia ao interesse da criança e do adolescente.

Como cediço, a Constituição Federal Brasileira de 1988, inspirada nas normas

¹⁸ Conforme lembra Hironaka (2006, *on line*): “[...] não é obrigatório que a função paterna (o nome-do-pai laciano) e a função materna (maternagem) sejam desempenhadas exclusivamente pelo pai e pela mãe, de forma respectiva. Com efeito, pode bem ser que ambos desempenhem ambas as funções ou que um só deles desempenhe ambas as funções ou ainda, que terceiro desempenhem estas mesmas funções, como é o caso de um tio, um avô, uma avó, uma irmã etc.”.

internacionais de direitos humanos, adotou a doutrina da proteção integral para crianças e adolescentes. No *caput* do seu artigo 227¹⁹, consta, expressamente, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 a convivência familiar e comunitária”, além de colocar essas pessoas em situação peculiar de desenvolvimento a salvo de “toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), ao regulamentar a norma constitucional, prescreve no *caput* do seu artigo 19²⁰ que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta”, sendo-lhes assegurada a convivência familiar e comunitária em ambiente saudável. O Código Civil também confere certa proteção a esses preceitos no seu artigo 1.634, incisos I e II²¹, quando dispõe que compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, “dirigir-lhes a criação e a educação” e “tê-los em sua companhia e guarda”.

A partir da adoção da teoria da proteção integral em nosso sistema, crianças e adolescentes deixaram de ser considerados como objetos de proteção, transformaram-se em “[...] sujeitos de direito e foram contemplados com enorme número de garantias e prerrogativas” (DIAS, 2007, p. 406). Têm essas pessoas em desenvolvimento, portanto, o direito de manifestarem oposição e fazerem valer seus interesses frente à sociedade, ao Estado e, inclusive, aos seus pais, que deveriam ser, invariavelmente, os seus primeiros e mais dedicados guardiões.

Consoante ensina Lôbo (2011, p. 298):

O poder familiar é, assim, entendido como uma consequência da parentalidade e não como efeito particular de determinado tipo de filiação. Os pais são os defensores legais e os protetores naturais dos filhos, os titulares e depositários dessa específica autoridade, delegada pela sociedade e pelo Estado. Não é um poder discricionário, pois o Estado reserva-se o controle sobre ele.

São diversas as leis e dispositivos inseridos nesse contexto, que reafirmam os

¹⁹ Art. 227, *caput*, CF/88: “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.” (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

²⁰ Art. 19, ECA/90: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”

²¹ Art. 1.634, I e II, CC/02: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda”.

deveres daqueles que decidem exercer a paternidade e a maternidade, a fim de assegurar um mínimo de cuidado à prole, para que ela possa crescer de maneira adequada. A responsabilidade dos pais, por certo, não mais se limita aos deveres de sustentarem os filhos e de lhes prestarem alimentos, sendo aqueles responsáveis, também, pela manutenção da integridade física e psíquica destes últimos, devendo lhes assegurar todas as oportunidades e facilidades de que dispõem para potencializar o seu estado físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (artigo 3º, Lei n. 8.069/90)²².

Conforme destaca Claudete Carvalho Canezin (2006, p. 79), o abandono afetivo é até mesmo, pior do que o abandono material, já que, embora a carência financeira possa ser suprida por terceiros interessados, como parentes, amigos, ou pelo Estado, através dos programas assistenciais, “[...] o afeto e o carinho negado pelo pai a seu filho não pode ser suprido pelo afeto de terceiros, muito menos pode o Estado suplantar a ausência paterna.”

Segundo Hironaka (2006, *online*):

A ausência injustificada do pai [...] origina evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta *não só do afeto*, mas do cuidado e da proteção – função psicopedagógica – que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade. Além da inquestionável concretização do dano, também se configura, na conduta omissiva do pai, a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar.

Na maioria dos casos, o abandono afetivo é uma consequência do rompimento do elo afetivo entre os pais da criança, quando, então, a guarda é deferida a um deles, com direito de visita ao outro. Recorda Dias (2007, p. 407) que, com a dissolução da sociedade conjugal, o dever de convivência acabava quase sempre sendo negligenciado por aquele que não detinha a guarda, que poderia escolher a seu bel-prazer a hora, o dia e a periodicidade de buscar os filhos, cabendo a estes apenas esperar, pacientemente, pela sua visita. Às vezes era o próprio guardião que impedia o direito de visita do outro, induzindo, ainda, o filho a se afastar dele, por vingança – fenômeno este também conhecido como alienação parental ou implantação de falsas memórias –, conduta hoje combatida pela Lei n.12.318/2012.

Desde a edição da Lei n. 11.698/2008, passou a ter primazia, no entanto, o instituto da guarda compartilhada. Assim, atribui-se a guarda dos filhos menores a ambos os pais e, somente quando isto não for possível, a um deles, tendo em vista sempre o melhor

²² Art. 3º, ECA/90: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

interesse da criança. Desta forma, os pais, mesmo que separados, podem continuar a exercer em sua plenitude o poder familiar, dividindo as responsabilidades parentais e reorganizando as relações dos membros da família que foram alteradas com a ruptura do vínculo conjugal. (LÔBO, 2011, p. 199). Tenta-se evitar com isso, principalmente, a perda da convivência e o distanciamento entre pais e filhos, que é bastante recorrente nos casos em que a guarda é unilateral.

Convém ressaltar, por oportuno, que o abandono pode ser caracterizado por ambos os genitores, e não somente pelo pai, como muitos insistem em dizer. A ideia de que a guarda fique preferencialmente com a mãe, ainda persistente no inconsciente coletivo e com reflexos nas decisões judiciais, além de violar o princípio da igualdade previsto no artigo 226, §5º, da Constituição, constitui resquício da tradicional divisão de papéis, do homem como provedor e da mulher como mãe e dona de casa, que não mais corresponde à realidade dos fatos. (LÔBO, 2011, p. 194). Na verdade, também existem pais dedicados, que suportam a criação dos filhos sozinhos, quando as mães desaparecem, causando o abandono.²³

Conforme se extrai das lições de William Paiva Marques Júnior (2012, p. 25), o importante é que:

A fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os adultos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas. Em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos das uniões matrimoniais, estáveis ou concubinárias, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, com vistas no interesse maior da criança, que não deve ser vítima de mais um fenômeno comportamental do mundo adulto.

Ademais, mencione-se que é possível que se configure o abandono afetivo mesmo que a presença dos pais seja uma constância na vida dos filhos. Isso porque não basta estar presente, fisicamente, é preciso que essa presença se consubstancie no bom desempenho das funções parentais. São cada vez mais frequentes os casos em que os pais convivem com seus filhos diuturnamente, mas delegam as suas funções de educadores e de representação de autoridade a terceiros, podendo-se, então, levantar a hipótese de caracterização do abandono, quando isso importar em efetivo prejuízo para o desenvolvimento saudável da prole. (HIRONAKA, 2006, *online*).

A propósito, ensina Cordeiro (2007, p. 11) que:

²³ Confira-se, a propósito: “APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA E RESPONSABILIDADE. INTERESSES A CONSIDERAR. ABANDONO PELA MÃE. RECURSO IMPROVIDO. Pelas modernas concepções fixadas no instituto da guarda de menor, o que deve preponderar é o bem-estar da criança, que, vivendo com o seu pai, após o abandono de sua mãe do lar, orientam no sentido do indeferimento da pretensão.” (TJ-MA, AC. n. 90842006, Rel.: JOSÉ STÉLIO NUNES MUNIZ, Julg.: 24/08/2006, Pub.: 01/09/2006)

[...] “viver com”, “conviver”, não significa uma mera justaposição espacial ou distribuição racional de tarefas, é muito conhecido o fenômeno desumano da multidão solitária ou formigueiro de gente. Conviver, trata-se de uma presença obtida sempre que se comunica em plano pessoal, que é basicamente afetivo, enriquecido com uma convivência mútua. “Alimentar o corpo sim, mas também cuidar da alma, da moral, do psíquico. Estas são as prerrogativas do poder familiar e principalmente da delegação divina do amparo aos filhos”.

Essa definição de abandono afetivo, fundada nos deveres legais de cuidado impostos ao genitor – e não apenas em sua obrigação moral de amar o filho –, possui grande relevância para o reconhecimento da possibilidade de reparação dos danos surgidos nesse contexto. É que, apesar de ser defendida, por notáveis doutrinadores, a existência de um dever jurídico dos pais de manifestarem afeto pelos seus filhos, este sentimento ainda não é, propriamente, tutelado pelo Direito, escapa dos lindes legais, “[...] situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.” (STJ, REsp. n. 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julg.: 24/04/2012, Pub.: 10/05/2012).

3.2 Origem e transformações das instituições familiares e das relações de filiação

Desde os primórdios da humanidade, verifica-se a existência de agrupamentos humanos. Conforme afirma Bernardo Castelo Branco (2006, p. 15): “O ser humano é um ser essencialmente gregário, não se concebendo a sua existência senão numa perspectiva de relações intersubjetivas”. Assim, seja para aumentar as chances de sobrevivência, seja para fins de perpetuar a espécie, homens e mulheres de diferentes gerações começaram, naturalmente, a se unir, formando as tribos, segmentos de origem mais primitiva conhecidos.

A princípio, vivia-se sob um regime comunitário, que privilegiava a segurança do grupo e o benefício de todos. Uma grande quantidade de membros significava uma maior força de trabalho e, conseqüentemente, um melhor poder de subsistência. Alguns teóricos defendem, inclusive, que “[...] cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres” (ENGELS, 1984, p. 31), não havendo exclusividade, sequer, nas relações sexuais.

A despeito das controvérsias existentes a esse respeito, é certo que, com o crescimento da produção agrícola e a maior divisão do trabalho, os homens passaram a se preocupar com a apropriação e a manutenção de seus rendimentos, acabando por estreitar as suas relações até que se pudesse falar, propriamente, na instituição de um núcleo familiar

mais restrito, constituído apenas pelos pais e pela sua prole. A ideia central era a de ter filhos, cuja paternidade fosse indiscutível, a fim de lhes transmitir o seu património e sua herança cultural. (ENGELS, 1984, p. 66).

Segundo Dias (2007, p. 27): “Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito.”. É uma criação civil, organizada através de costumes e princípios comuns, que conformam modelos de comportamento a serem seguidos pelos indivíduos – papel de pai, de mãe e de filho –, de modo a viabilizar, posteriormente, a convivência em sociedade.

Nas palavras de Gonçalves (2011, p. 16): “[...] a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social.”. Ao se adentrar no estudo da instituição familiar, portanto, revela-se de forma bastante nítida a sua íntima ligação com o próprio desenvolvimento da civilização, que é marcado pelas restrições à total liberdade e organização das relações entre homens e mulheres, de que servem de exemplo a proibição do incesto e a da poligamia.

Na Roma Antiga, a família era organizada sob a forma de uma estrutura hierárquica e patriarcal, fundada na noção de poder e regida pelo princípio da autoridade. Havia, como exposto por Branco (2006, p. 28), uma relação de domínio e precedência do *pater* – que era ascendente comum mais velho – sobre todos os indivíduos de um determinado núcleo, composto não só por seus filhos, mas também por sua esposa, suas noras, seus netos e seus escravos. A família era, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional, cabendo ao *pater* gerir, prover e decidir o destino de seus membros.

Era conferido ao pai – *pater familias* –, como decorrência desse poder, por exemplo, o direito de vida e de morte sobre os seus descendentes, que poderiam ser por ele abandonados, vendidos, castigados e até mesmo dizimados. Fazia-se, ainda, certa distinção entre os filhos havidos na constância do casamento e aqueles anteriores ou exteriores a esse evento, classicamente chamados de legítimos e ilegítimos. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital, podendo também ser repudiada pelo seu marido. (GONÇALVES, 2011, p. 31). Esse mesmo posicionamento, guardadas as diferenças filosófico-religiosas, teria sido adotado entre os babilônios, hindus, chineses e hebreus. (BRANCO, 2006, p. 29).

Só mais tarde, especificamente a contar do século IV, com o advento do cristianismo, o modelo de instituição familiar começou a sofrer importante modificação.

Embora as normas romanas continuassem ainda a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, aos poucos, a concepção cristã se instalava no direito romano, trazendo preocupações de cunho moral. (GONÇALVES, 2011, p. 31).

A autoridade do *pater* foi restringida progressivamente, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos, que poderiam administrar os vencimentos provenientes das investidas militares por ele realizadas, denominados de pecúlios castrenses. (GONÇALVES, 2011, p. 31). Valorizava-se, cada vez mais, a consanguinidade e, em especial, a primogenitura, que era utilizada, inclusive, como critério para a transmissão do patrimônio da família e para o exercício da chefia. Sendo o modelo de família, então, reduzido ao seu núcleo básico: pai, mãe e filhos. (BRANCO, 2006, p. 30).

De acordo com Gonçalves (2011, p. 32), na Idade Média, entre os séculos X e XV, a instituição familiar já era regida exclusivamente pelo direito canônico. A Igreja combatia tudo que julgava violador da família, como o aborto, o divórcio e o concubinato. A única forma de união aceita, entre um homem e uma mulher, era o casamento eclesiástico, considerado um verdadeiro sacramento divino e, como tal, indissolúvel.

Diante do incremento da atividade comercial, com a fixação das fábricas nas grandes cidades, e da crescente necessidade de mão-de-obra, verificada nos séculos XVIII e XIX, a partir da Revolução Industrial, muitas famílias migraram da zona rural para zona urbana, passando as mulheres, também, a trabalhar e a contribuir com as despesas do lar. A mulher ingressava, assim, no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de renda da família. (DIAS, 2007, p. 28).

Notadamente, foi durante o último século que ocorreram as mudanças mais profundas e intensas já experimentadas pela instituição familiar. Para Eduardo Espínola (2001, p. 27), as duas guerras mundiais que agitaram a humanidade no século XX, teriam sido determinantes para o reconhecimento da igualdade entre os sexos, quanto ao gozo e exercício dos direitos políticos e civis. Consoante dispõe Lôbo (2011, p. 20): “A emancipação feminina, principalmente econômica e profissional, modificou substancialmente o papel que era destinado à mulher no âmbito doméstico e remodelou a família.”.

Assim, a família hierárquica e patriarcal foi cedendo lugar a uma instituição mais moderna e democrática, pautada muito mais na igualdade e no respeito mútuo, do que na ideia de submissão. (DIAS, 2007, p. 29). A sujeição feminina deu lugar a uma cooperação das relações familiares. A chefia da sociedade conjugal foi transmitida também para a esposa, que

passou a exercê-la em colaboração com o seu marido, em iguais condições de direitos e deveres. Enquanto que o pátrio poder – hoje chamado de poder familiar – foi elevado “[...] à categoria de verdadeiro poder-dever, no âmbito do qual os direitos exercidos conjuntamente pelos pais têm por sentido finalístico o interesse maior do filho.” (BRANCO, 2006, p. 30).

Conforme se observa, a evolução da civilização, especialmente nos países ocidentais caracterizados por mudanças políticas e sociais, pelo desenvolvimento industrial e tecnológico, trouxe consigo reflexos na formação da família, que, segundo Branco (2006, p. 28), mostram-se presentes “[...] na relação entre os cônjuges e mais recentemente entre os companheiros, como também entre pais e filhos, os quais igualmente sofreram com as intensas modificações que notabilizaram o surgimento de um novo modelo de família.”.

A família brasileira, como hoje se conhece, é resultado de um longo processo de desenvolvimento histórico. Conquanto tenha recebido forte influência da família romana e da família canônica, como consequência, principalmente, da colonização lusa, esta não guarda mais muitas das características presentes em seu estágio primevo, tendo seguido rumos próprios, adaptados à nossa realidade. (GONÇALVES, 2011, p. 32).

No Brasil, a família perdeu grande parte daquele caráter religioso e dogmático intocável do cristianismo católico, predominando agora “[...] a afeição como elemento fundamental na união formadora do núcleo familiar, que não é mais representado necessariamente pelo casamento”. (BRANCO, 2006, p. 17). A força impulsionadora das transformações sociais ensejou a adoção de novos valores e de novos princípios, como o da igualdade e o da liberdade, em virtude do que foi superada aquela ideia da família como uma instituição sacralizada e indissolúvel.

Tais mudanças começaram a ter reflexos mais expressivos no nosso ordenamento jurídico a partir da edição do Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962), que devolveu à mulher casada a capacidade plena e conferiu-lhe a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto do seu trabalho. (DIAS, 2007, p. 30). Passando também pela Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/1977), que proporcionou aos casais separados a chance de reconstruírem suas vidas, casando-se com outros parceiros, além de aumentar o grau de igualdade de direitos dos filhos matrimoniais e extramatrimoniais. (LÔBO, 2011, p. 43). E atingindo seu ápice com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Com razão, pode-se dizer que a Constituição de 1988 marcou o fim da desigualdade jurídica na família brasileira. Em normas concisas e verdadeiramente revolucionárias, esta ofereceu proteção não apenas à entidade matrimonial, mas também à

união estável e à comunidade monoparental. Firmou, ainda, a igualdade entre os filhos, havidos ou não no casamento, ou por adoção, concedendo-lhes os mesmos direitos e qualificações. (DIAS, 2007, p. 30-31). No que lhe seguiram o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e o Código Civil de 2002.

Ressalte-se que a família socioafetiva, isto é, aquela proveniente de relações de parentesco não biológico, de parentalidade e filiação, vem sendo cada vez mais priorizada pela nossa doutrina e jurisprudência, quando em oposição àquelas relações de origem puramente biológica. (GONÇALVES, 2011, p. 33). Da mesma forma que vem sendo admitida, também, a natureza familiar das uniões homoafetivas²⁴, que em nada se diferenciam da convivência heterossexual, a não ser pela questão dos gêneros envolvidos.

Enquanto houver afeto, haverá família. Unida esta por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida, não há mais como se negar o seu reconhecimento e a sua proteção. (LÔBO, 2011, p. 17). O que identifica a família não é nem a celebração do casamento, nem a diferença de sexo do par, ou mesmo a sua finalidade reprodutiva. (DIAS, 2007, p. 40). As pessoas têm liberdade para constituir, manter e extinguir entidade familiar, da maneira que lhes pareça mais satisfatória, sem maiores imposições ou exigências por parte do Estado e da sociedade.

Consoante assevera Dias (2007, p. 41):

²⁴ O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277/DF (Rel. Min. Ayres Britto, Julg.: 05/05/2011, Pub.:14/10/2011) e da ADPF 132 (Min. Ayres Britto, Julg.: 05/05/2011, Pub. 14/10/2011), consolidou o entendimento de que a união entre pessoas do mesmo sexo merece ter a aplicação das mesmas regras e consequências válidas para a união heteroafetiva. Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VÁLIDAS PARA A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. [...] 2. Esse entendimento foi formado utilizando-se a técnica de interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva. 3. O direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro restou decidida. No julgamento do RE nº 477.554/AgR, da Relatoria do Ministro Celso de Mello, DJe de 26/08/2011, a Segunda Turma desta Corte, enfatizou que ‘ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. [...] A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas’. (Precedentes: RE n. 552.802, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 24.10.11; RE n. 643.229, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 08.09.11; RE n. 607.182, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15.08.11; RE n. 590.989, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 24.06.11; RE n. 437.100, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 26.05.11, entre outros). 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 687432 AgR/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, Julg.: 18/09/2012, Pub.: 02/10/2012).

Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigoando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificado das estruturas interpessoais que permita nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identificado na afetividade.

O novo modelo de família funda-se, portanto, sobre os pilares da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo²⁵, que impõem também uma nova roupagem axiológica ao Direito das Famílias. (DIAS, 2007, p. 41). Agora, a sua tônica reside na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros. (LÔBO, 2011, p. 28). Tendo sido a “família-instituição” substituída pela “família-instrumento”.

Nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Helen Cristina Leite de Lima Orlean (2012, p. 389-390), a proteção da família dá-se, justamente, por se tratar de “[...] uma instituição meio, instrumento para o desenvolvimento das pessoas que nela estão integradas, titulares de amplo feixe de direitos e interesses de natureza existencial.”. Antes de tudo, a família precisa, então, estar a serviço do bem estar de seus componentes, a fim de estimular o livre estabelecimento e desenvolvimento de suas melhores potencialidades.

Diz-se, assim, que houve uma repersonalização das relações familiares, com preponderância do “ser” sobre o “ter”. “A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano” (LÔBO, 2011, p. 24-25). Passando essas relações, agora, a serem funcionalizadas em razão da dignidade de cada um de seus membros, na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: o afeto, a solidariedade, a lealdade, a confiança, o respeito e o amor. (DIAS, 2007, p. 34).

Como bem lembra Marques (2013, p. 301):

A perspectiva de humanização das relações jurídico-privadas é oriunda da consagração da fórmula do Estado Democrático de Direito, inaugurado com a Constituição de 1988, que reverbera no plano hermenêutico ao estabelecer uma delimitação conceitual inovadora em torno da dignidade da pessoa humana como base axiológica dos direitos fundamentais.

Longe de estar em extinção, como impropriamente, apregoam alguns, a família continua sendo o núcleo fundamental do desenvolvimento do ser humano, cabendo ao Direito tentar acompanhar as suas constantes modificações e regulamentar as novas situações fáticas que têm se colocado à sua frente. Apesar dos avanços sociais já assimilados em grande

²⁵ Conforme asseverado por Rossato, Lépre e Cunha (2011, p. 158), trata-se de um conceito de busca pela felicidade extraído da doutrina grega de Aristóteles.

parte pela legislação brasileira, é certo que ainda há muito que se percorrer para a efetivação dos princípios e da responsabilidade que presidem as relações de família atualmente. (LÔBO, 2011, p. 60).

3.3 Princípios constitucionais relevantes

Como cediço, existem princípios constitucionais gerais, que se aplicam a todos os ramos do Direito, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica, da solidariedade, e da liberdade. Não obstante, existem alguns princípios que são especiais, próprios das relações familiares e do Direito das Famílias, que devem sempre ser utilizados como norte para a apreciação das questões que envolvem os seus componentes, dentre as quais se destaca o abandono afetivo.

Assim, cumpre, ainda, tecer alguns comentários sobre os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito das Famílias considerados mais importantes para a fundamentação do presente trabalho científico, não se pretendendo, entretanto, esgotar o seu elenco ou o seu conteúdo.

3.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Já no seu artigo 1º, inciso III, a Constituição Federal de 1988 anuncia a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, atribuindo-lhe valor supremo de alicerce da ordem jurídica. “Com efeito, da mesma forma que Kant²⁶ estabeleceu para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apoia e se constitui.” (MORAES, 2003, p. 84).

O princípio da dignidade da pessoa humana unifica em torno de si todos os demais princípios e direitos fundamentais, “[...] balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade.” (DIAS, 2007, p. 59). Na qualidade de núcleo existencial, que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, a dignidade, elevada a categoria de

²⁶ Kant (Immanuel Kant) foi um filósofo prussiano, e também professor catedrático da Universidade de Königsberg, que realizou numerosos trabalhos sobre ciência, física, matemática, etc., destacando-se no mundo jurídico, dentre outras, com a obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, originalmente publicada em 1785. Informação disponível em: < <http://www.mundodosfilosofos.com.br/kant.htm>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

princípio constitucional e de eixo basilar da ordem jurídica, impõe um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade. (LÔBO, 2011, p. 60).

Segundo Moraes (2003, p. 85):

O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

No que tange à família, este princípio serviu de substrato para a personalização e emancipação de seus membros, explicitado em algumas de suas normas, como no artigo 226, § 7º²⁷, 227, *caput*, e 230, *caput*²⁸. Conforme afirma Lôbo (2011, p. 62): “A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros.”.

Consoante destaca Dias (2007, p. 60):

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum –, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui, assim, a base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, e, principalmente, da criança e do adolescente. (GONÇALVES, 2011, p. 23). Como seres em situação peculiar de desenvolvimento, a Constituição confere especial proteção à dignidade da pessoa da criança e do adolescente, garantindo-lhes “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” (artigo 227, *caput*). Frise-se, mais uma vez, que não se tratam direitos oponíveis

²⁷ Art. 226, §7º, CF/88: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”. Nesse sentido, mencione-se, também, a existência de regulamento próprio do planejamento familiar, consubstanciado na Lei n. 9.263/1996.

²⁸ Art. 230, CF/88: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”.

apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. (LÔBO, 2011, p. 61).

Nesse sentido, diz Lôbo (2011, p. 62) que o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 tem por fim assegurar “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” dessas pessoas em desenvolvimento (artigo 3º) e a absoluta prioridade dos direitos referentes às suas dignidades (artigos 4º, *caput*²⁹, 15³⁰ e 18³¹). Ressalta, ainda, o autor (LÔBO, 2011, p. 62) que, embora o Código Civil de 2002, especificamente, não faça qualquer menção taxativa acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, aplicado ao Direito das Famílias, por força da primazia constitucional, que, como visto, trata dessa matéria em capítulo e dispositivos próprios, este como os demais princípios previstos na Constituição determinam e completam o seu sentido fundamental³².

Desde a introdução do princípio da proteção integral em nosso sistema jurídico, o que, como já se viu, ocorreu com a Constituição Federal de 1988, bem como com o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, crianças e adolescentes passaram a ser considerados como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, sujeitos de direitos, e não mais meros objetos de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. (LÔBO, 2011, p. 75). Porquanto, toda conduta ou atitude que ainda as equiparem a uma coisa disponível, ou a um objeto, reduzindo a sua condição de humanidade, viola o princípio da dignidade da pessoa humana. (MORAES, 2003, p. 85).

3.3.2 Princípio da afetividade

Ainda que o princípio da afetividade não esteja previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, é possível se encontrar no conteúdo de seu texto alguns de seus principais estandartes. De acordo com Lôbo (2011, p. 72), são indicativos de sua aplicação: a

²⁹ Art. 4º, ECA/90: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

³⁰ Art. 15, ECA/90: “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.”

³¹ Art. 18, ECA/90: “É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.”

³² Como lembra Marques (2013, p. 291): “O Código Civil de 2002 está permeado de uma estrutura principiológica oriunda da constitucionalização das relações privadas.”

igualdade de todos os filhos, independentemente de origem (artigo 227, §6^{o33}); a adoção, como escolha afetiva, com direitos iguais à filiação biológica (artigo 227, §§ 5^{o34} e 6^o); a comunidade afetiva formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, com a mesma dignidade da entidade familiar institucionalmente protegida (artigo 226, § 4^{o35}); e a convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente, em vez da origem genética (artigo 227).

O Código Civil de 2002 também não faz alusão a um princípio da afetividade, embora em alguns dispositivos faça notar a sua grande importância dentro das relações familiares, como por exemplo, quando invocava o grau de afetividade para definir a guarda de filhos, nas hipóteses de litígio (artigo 1.548, parágrafo único³⁶), e, ainda, quando estabelece a comunhão plena de vida no casamento (artigo 1.511³⁷), preocupando-se com as questões pessoais antes mesmo das patrimoniais, nos casos de dissolução. (DIAS, 2007, p. 68). Da mesma forma, o Código Civil admite outras origens de filiação, além do parentesco natural e civil (artigo 1.593³⁸) e consagra a igualdade entre os filhos de todas as origens (artigo 1.596³⁹).

Conforme lembra Lôbo:

A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas. (LÔBO, 2011, p. 73).

“A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. A afetividade é o triunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade.” (LÔBO, 2011, p. 20). Não é

³³ Art. 227, §6^o, CF/88: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

³⁴ Art. 227, §5^o, CF/88: “A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.”

³⁵ Art. 226, §4^o, CF/88: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

³⁶ Art. 1.584, parágrafo único, CC/02: “Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.” (Redação original). Saliente-se que esse artigo teve sua redação alterada pela Lei n. 11.698, de 2008, que institui e disciplina a guarda compartilhada.

³⁷ Art. 1.511, CC/02: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

³⁸ Art. 1.593, CC/02: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.”

³⁹ Art. 1.596, CC/02: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

outro, senão este o fundamento do reconhecimento jurídico dos novos arranjos familiares socioafetivos. Em concordância com Dias (2007, p. 67), pode-se dizer que foi o princípio da afetividade que fez com que se assentasse “[...] a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito aos seus direitos fundamentais”, que se estende, agora, para todas as relações familiares.

Como se percebe, o princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) e da solidariedade (artigo 3º, I⁴⁰), que estabelecem o dever de assistência Estatal a família, na pessoa de cada um de seus integrantes (artigo 226, § 8º⁴¹), que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida (artigo 229), na perspectiva de satisfazer suas necessidades pessoais afetivas e de desenvolver suas potencialidades. Entrelaçando-se, também, com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos de qualquer origem (artigos 226 e 227), que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. (LÔBO, 2011, p. 72).

Deve-se destacar, entretanto, para fins de esclarecimento, que a afetividade defendida neste trabalho acadêmico como princípio constitucional, de forte incidência sobre as relações familiares e, notadamente, sobre as de filiação, assemelha-se mais ao dever legal de cuidado e de proteção, imposto com vistas a propiciar o desenvolvimento saudável da prole, do que ao sentimento que motiva o cumprimento dessa obrigação verdadeira.

A propósito, ensina Lôbo (2011, p. 72):

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar. Na relação entre cônjuges e entre companheiros o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conteúdo conceptual mais estrito (o que une as pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor e ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e de rejeição).

O afeto não seria, portanto, um princípio jurídico, mas sim “[...] um valor de grande relevância ao direito de família, devendo permear as suas relações” (GAMA;

⁴⁰ Art. 3º, I, CF/88: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

⁴¹ Art. 226, §8º, CF/88: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”.

ORLEAN, 2012, p. 405-406). Essa distinção se mostra relevante, devido ao amplo reconhecimento de que os princípios são também dotados de plena efetividade, assim como as demais normas constitucionais, de modo que se compreender o afeto (sentimento) como um princípio, “[...] seria o mesmo que se afirmar a possibilidade de sua imposição, o que não se mostra razoável” (GAMA; ORLEAN, 2012, p. 406).

Com base no princípio da afetividade, é que se ratifica a obrigação dos pais de participar efetivamente, de forma contínua, no processo de desenvolvimento psicossocial dos seus filhos menores. O que se espera é que, independentemente dos sentimentos presentes na relação paterno-filial, estes colaborem para a adequada estruturação da personalidade da criança ou do adolescente colocado sob a sua guarda. Tratando-se, antes de tudo, de uma questão de respeito por si e pelo outro.

3.3.3 Princípio da paternidade responsável

Dispõe o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal que o planejamento familiar é de livre decisão do casal⁴², com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade⁴³ responsável, sendo vedado qualquer tipo de coerção por parte das instituições oficiais ou privadas. Nesse sentido, entende-se que, como a decisão de ter ou não um filho é totalmente facultada aos homens e às mulheres, uma vez feita essa opção, cingindo-se a vida de outra pessoa, devem estes arcar com as responsabilidades que dela provêm.

É importante se observar que a criança é incapaz de sobreviver e crescer por si, precisando que alguém a alimente, crie e eduque. Nada mais natural, então, que se exigir, primeiramente, daqueles que a trouxeram ao mundo a satisfação de tais necessidades. Conforme assinala Moraes (2013, p. 721), “[...] trata-se de uma relação assimétrica, entre pessoas que estão em posições diferentes, sendo uma delas dotadas de particular vulnerabilidade” e, merecedora, por isso, de máxima proteção.

O princípio da paternidade responsável, diz respeito, portanto, à responsabilidade que deve ser assumida pelos pais, em razão da decisão de constituir a própria prole, a fim de garantir a salvaguarda e o melhor interesse desta. Passa pela posse e pelo reconhecimento do

⁴² Conforme ressalta Lôbo (2011, p. 218): “Não apenas do casal, mas de qualquer dos pais, uma vez que a entidade monoparental é constituída por apenas um dos pais e seus filhos.” A Lei n. 9.263/1996, que regulamenta o planejamento familiar, já corrigiu essa impropriedade, dispondo que este é direito de todo cidadão, e não apenas do casal, como referido na Constituição Federal de 1988.

⁴³ Em linguagem jurídica, às vezes se designa por paternidade, num sentido amplo, tanto a paternidade propriamente dita como a maternidade. Segundo Gonçalves (2011, p. 319), é assim que deve ser entendida a expressão “paternidade responsável” consagrada na Constituição Federal de 1988.

estado de filiação (artigo 27⁴⁴, da Lei nº 8.069/90) e se prolonga por uma série de atividades e obrigações que são inerentes a esse estado. “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.” (STJ, Resp. n. 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julg.: 24/04/2012, Pub.: 10/05/2012).

Como bem observa Albuquerque (2012, p. 52):

[...] quando um homem mantém relações sexuais com uma mulher, frise-se de forma voluntária, estes tem [sic] plena consciência de que tal ato pode incorrer na geração de um ser humano. E que, diante de tal fato, ambos têm o dever de registrá-la, cuidá-la, educá-la, protegê-la, enfim, realizar todas as atividades necessárias para o pleno desenvolvimento físico, mental e social deste ser em formação.

A paternidade responsável não se limita, portanto, ao cumprimento do dever de assistência material, abrangendo também a assistência moral. (LÔBO, 2011, p. 312). De fato, a “[...] paternidade não pode se resumir a um aspecto meramente formal, restrita a obrigações de natureza patrimonial”, devendo os pais participar efetivamente da vida de seus filhos, encarregando-se de prover a sua criação e educação (GAMA; ORLEAN, 2011, p. 400). O próprio artigo 227 da Constituição Federal traça o perfil deste múnus, ao disciplinar que cabe à família assegurar às crianças, jovens e adolescentes, 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. Trazendo o Código de Civil de 2002 outras obrigações, elencadas no seu artigo 1.634, e mais específicas do poder de tutela.

De acordo com Lôbo (2011, p. 51):

Mais importante e desafiadora é a responsabilidade pela promoção dos outros integrantes das relações familiares e pela realização de atos que assegurem as condições de vida digna das atuais e futuras gerações, de natureza positiva. A família, mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração das gerações.

Não há como se encerrar o exame deste princípio sem que se considere, ainda, à própria noção de poder familiar. Consoante visto, anteriormente, o poder familiar é hoje compreendido como um poder-dever, colocado a serviço dos filhos, com a finalidade de atender as suas precisões existenciais tidas como mais relevantes, em atenção à cláusula geral de tutela da dignidade humana (MORAES, 2013, p. 721). O princípio da paternidade

⁴⁴ Art. 27, ECA/90: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.”

responsável apresenta-se, assim, em conexão ao princípio da dignidade da pessoa humana, para nortear o exercício do poder familiar.

Segundo Dias (2007, p. 378):

O poder familiar decorre tanto da paternidade natural, como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele defluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, e tampouco vendê-los, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados.

Ressalte-se que o poder familiar está desvinculado da relação conjugal entre os pais, não se esgotando automaticamente com a separação e podendo estar presente mesmo quando os pais nunca tenham vivido uma relação de companheirismo (GAMA; ORLEAN, 2011, p. 340). Conforme se depreende da leitura dos artigos 1.637⁴⁵ e 1.638⁴⁶ do Código Civil, a perda do poder familiar somente acontece em hipóteses excepcionais, de risco elevado ou de abuso. Da mesma forma que a autoridade parental raramente cessa, “[...] a responsabilidade não pode, evidentemente, evanescer-se por simples autonomia.” (MORAES, 2013, p. 721).

Advindo um filho, cabe aos pais contribuírem substancialmente para a formação da personalidade destes, bem como para a sua socialização, fornecendo-lhes todos os recursos necessários ao seu sadio desenvolvimento, até que estes tenham condições de alcançar sua independência. “Afinal, se uma criança veio ao mundo – desejada ou não, planejada ou não – os pais devem arcar com a responsabilidade que esta escolha (consciente ou não) lhes demanda”. (TEIXEIRA, 2005, p. 156). Impondo o princípio da paternidade responsável uma maior reflexão quando da concepção da prole.

⁴⁵ Art. 1.637, *caput* e parágrafo único, CC/02: “Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecurável, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.”

⁴⁶ Art. 1.638, CC/02: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”

4 DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

O abandono afetivo causado pelos pais, mediante a omissão dos cuidados essenciais à sadia formação da prole, pode causar, por certo, grandes prejuízos de ordem emocional, provenientes não só da falta do afeto, mas, precipuamente, do cuidado e da proteção que são precisos para a satisfação de suas necessidades existenciais. Tratam-se esses prejuízos, antes de tudo, de danos à própria personalidade do menor, cuja violação caracteriza o dano moral.

Neste capítulo, realiza-se a qualificação do abandono afetivo como categoria de dano moral, com fundamento na violação dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais dos filhos. Empreendendo-se, também, a análise das correntes favoráveis e contrárias à sua reparação, conforme o entendimento doutrinário e jurisprudencial mais recente, bem como dos pressupostos que devem ser exigidos para tanto.

4.1 Abandono afetivo como categoria de dano moral

Como visto, tanto a Constituição como as legislações infraconstitucionais impõem aos pais, dentre outros deveres inerentes ao poder familiar, o dever de convívio, de criação e educação dos seus filhos menores, vetores estes que tem por principal objetivo o devido acompanhamento do desenvolvimento psicológico e social de crianças e adolescentes, seres em situação peculiar de desenvolvimento, “... exigentes de formação até quando atinjam autonomia e possam assumir responsabilidades próprias” (LÔBO, 2011, p. 51). A ausência desses cuidados, isto é, o abandono afetivo, conforme se denota, pode violar a integridade psicofísica da prole, atingindo a sua personalidade e, conseqüentemente, vindo a configurar hipótese de dano moral. (DIAS, 2007, p. 408).

Levando-se em conta a condição de dependência e vulnerabilidade dos infantes e dos jovens, já afirmada anteriormente, torna-se desnecessário tecer maiores comentários acerca da imprescindibilidade da participação efetiva dos pais na vida de seus filhos para o crescimento sadio e equilibrado destes. “De fato, a importância da figura paterna⁴⁷, especialmente depois das conclusões da psicologia moderna, não precisa de mais

⁴⁷ Reitera-se, todavia, que hoje há uma maior fluidez nas relações familiares, que permite que diferentes agentes exerçam o papel de autoridade a que se refere Hironaka (2006, *on line*). Assim, desponta cada vez mais o entendimento de que a família monoparental e a família homoafetiva têm iguais condições de proporcionar estabilidade para a formação da criança.

comprovações. É notória a sua imprescindibilidade – assim como o é a da figura materna” (MORAES, 2013, p. 722).

A omissão injustificada dos genitores no cumprimento dos encargos provenientes do poder familiar, deixando de atenderem ao dever de manter os filhos em sua guarda e companhia, pode causar, por certo, grandes prejuízos de ordem emocional, resultantes não só da falta do afeto, mas, precipuamente, do cuidado e da proteção que são precisos para a satisfação de suas necessidades existenciais. (DIAS, 2007, p. 407; HIRONAKA, 2007, *on line*). Tratam-se esses prejuízos, antes de tudo, de danos à própria personalidade da criança, que comprometem a sua formação enquanto pessoa humana (HIRONAKA, 2007, *on line*).

Nas exatas palavras de Hironaka (2007, *on line*):

O dano causado pelo abandono afetivo é, antes de tudo, um dano culposamente causado à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, que, certamente, existe e manifesta-se por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. Trata-se de um direito da personalidade, portanto.

Ressalte-se que “[...] toda e qualquer pessoa tem reconhecida a potencialidade de ser sujeito de direitos e, além disso, uma proteção básica e fundamental, materializada em direitos elementares compatíveis com a sua estrutura.” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 177). De maneira que as crianças e os adolescentes, mais até que os adultos⁴⁸, dispõem também de um complexo enlaçamento de direitos fundamentais⁴⁹, que são inerentes à sua própria existência e essenciais ao seu estágio de desenvolvimento humano e social, a que se convencionou chamar de direitos da personalidade.

Consoante as lições de Farias e Rosenvald:

[...] é possível asseverar serem os direitos da personalidade aquelas situações jurídicas reconhecidas à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Isto é, são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 184).

“O direito à vida privada, à honra e à imagem são apenas alguns dos dados à personalidade.” (SANTOS, 2003, p. 66). Fora esses direitos previstos expressamente no artigo

⁴⁸ O artigo 16, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente anuncia, por exemplo, o direito de brincar.

⁴⁹ Conforme assevera Marques (2013, p. 291): “Os direitos fundamentais, dotados de alta carga principiológica, constituem-se com o escopo de materializar a dignidade da pessoa humana”. Desta forma, percebe-se a existência de uma linha muito tênue entre direitos fundamentais e direitos da personalidade, podendo haver casos em que a ofensa de um direito fundamental importará também em violação de um direito da personalidade.

5º, inciso X, a criança e o adolescente têm assegurados, com absoluta prioridade, pelo artigo 227, ambos da Constituição Federal de 1988, o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à ao respeito, à dignidade e à convivência familiar, que são direitos oponíveis à família – inclusive ao pai separado (LÔBO, 2011, p. 72). A fundamentabilidade desses dispositivos é tamanha que contou com reprodução praticamente integral no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, não havendo mais como se negar a sua força cogente. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2011, p. 74).

Com efeito, o sistema avançado de proteção da criança e do adolescente, exige da família, da coletividade e do Estado não só uma conduta negativa (obrigação de não fazer), mas também uma prestação positiva (obrigação de fazer), isto é, além de não violar a personalidade daqueles, estas entidades devem ajudar de certo modo na formação de suas personalidades. Diz-se, nesse sentido, que cabe “[...] a família se responsabilizar pela manutenção da integridade física e psíquica do menor, a sociedade pela convivência coletiva harmônica, e o Estado pelo constante incentivo à criação de políticas públicas.” (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2011, p. 74). Não se trata, entretanto, de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de modo que impor deveres jurídicos importa criar obrigações. (CAVALIERI, 2012, p. 2).

A violação desses direitos pode acarretar, sem dúvida, graves consequências na órbita personalíssima da criança, que não podem ser ignorados. Sobretudo no tocante à relação paterno-filial, mencione-se que os não poderiam ficar imunes a qualquer sanção pela posição singular de autoridade que ocupam, “[...] em função da qual lhes cabe, ao contrário, maior empenho na abstenção de condutas que possam violar os direitos próprios da personalidade de quem deles deve receber especial proteção.” (BRANCO, 2006, p. 209).

Por oportuno, evoca-se o conceito de dano moral adotado no presente trabalho científico, qual seja, o de que este consiste, justamente, em “[...] uma agressão a um bem ou atributo da personalidade.” (CAVALIERI, 2012, p.90). Assim, sendo considerado o dano moral como uma lesão a direito da personalidade e o abandono afetivo como uma verdadeira forma de violação desses direitos, que também são assegurados à pessoa dos filhos menores, mormente na condição de crianças e adolescentes, defende-se a existência de uma correlação entre o dano moral e o abandono afetivo. Consistindo este último em uma espécie ou categoria do daquele.

Com razão, os direitos da personalidade merecem ser preservados nas diferentes esferas de relacionamentos interpessoais, não havendo nos textos legais, que regulam a matéria qualquer restrição para sua defesa, pelo contrário. Ultrapassando a distinção dicotômica entre direito público e privado, esses direitos “[...] derivam da própria dignidade reconhecida à pessoa humana para tutelar os valores mais significativos do indivíduo, seja perante outras pessoas, seja em relação ao Poder Público.” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 185).

4.2 Correntes favoráveis e contrárias à possibilidade de sua reparação: análise de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais

A discussão acerca da possibilidade de reparação por danos morais nos casos de abandono afetivo tem ganhado cada vez mais espaço no cenário jurídico nacional. A questão é ainda bastante controversa, seja do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, principalmente pelo enorme temor que se tem de uma mercantilização das relações paterno-filiais. (MORAES, 2013, p. 726). Conquanto grande parte da doutrina permaneça silente ou contrária à reparação, o Judiciário, que não poderia deixar de apreciar as demandas que lhe são propostas, parece estar mais favorável à sua admissibilidade, tendo, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, decidido nesse sentido.

Por oportuno, cumpre se distinguir as duas principais correntes sobre o tema, atentando-se, sobretudo, para os seus argumentos. De um lado, existem aqueles que, mesmo na evidência dos danos, defendem que não seria possível a sua reparação, ante a impossibilidade de se obrigar uma pessoa a nutrir afeto ou amor por outra, ainda que se trate da própria cria. De outro lado, os que sustentam a sua reparação com base no dever legal de cuidado que seria imposto aos pais em relação aos seus filhos menores. Ambas as correntes contam com defensores ferrenhos.

4.2.1 Impossibilidade da reparação

A reparação dos danos morais decorrentes de abandono afetivo encontra obstáculo, primeiramente, na suposta insubordinação das relações familiares às normas que tutelam, nas demais esferas jurídicas, a violação de direitos. Dada à sua natureza especial, difundiu-se a ideia equivocada de que essas relações não admitiriam a aplicação dos

princípios que embasam a responsabilidade civil, cabendo aos próprios institutos do Direito das Famílias resolver eventuais dissídios. (BRANCO, 2006, p. 18).

Nesse sentido, manifestou-se o Ministro Cesar Asfor Rocha, quando do julgamento do Recurso especial n. 757.411/MG⁵⁰:

[...] o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo – mais fortemente - a outras ramificações do Direito. Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares, sobretudo aquelas atinentes a pai e filho, mesmo aquelas referentes a patrimônio, a bens e responsabilidades materiais, a ressarcimento, a tudo quanto disser respeito a pecúnia, sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações. Destarte, tudo quanto disser respeito às relações patrimoniais e aos efeitos patrimoniais das relações existentes entre parentes e entre os cônjuges só podem ser analisadas e apreciadas à luz do que está posto no próprio Direito de Família. (STJ, Resp n. 757.411/MG, Rel.: Min. Fernando Gonçalves, Julg.: 29/11/2005, Pub.: 27/03/2006).

Assim, entendeu-se que por maior que seja o sofrimento experimentado pelo filho e por mais reprovável que possa ser o abandono praticado pelo pai, este só poderia ser condenado, no campo extrapatrimonial, à destituição do poder familiar. Conforme asseverado pelo relator do acórdão supramencionado, o Ministro Fernando Gonçalves⁵¹:

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral. (STJ, Resp n. 757.411/MG, Rel.: Min. Fernando Gonçalves, Julg.: 29/11/2005, Pub.: 27/03/2006).

Igualmente, Danielle Alheiros Diniz (2009, *on line*) sustenta que o descumprimento do dever de convivência familiar deve ser analisado somente na seara do Direito das Famílias, sendo hipótese de perda do poder familiar. Segundo a autora (2009, *on*

⁵⁰ “Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano 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, Resp n. 757.411/MG, Rel.: Min. Fernando Gonçalves, Julg.: 29/11/2005, Pub.: 27/03/2006).

⁵¹ Nessa mesma linha, veja-se também: “Ementa: CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que ‘A indenização por dano 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’ (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso especial não conhecido.” (STJ, Resp. n. 514.350/SP, Rel.: Ministro Aldir Passarinho Junior, Julg.: 28/04/2009, Pub.: 25/05/2009).

line): “Esse entendimento defende o melhor interesse da criança, pois um pai ou uma mãe que não convive⁵² com o filho não merece ter sobre ele qualquer tipo de direito.”.

Sob esse ponto de vista, não seria possível admitir-se a compensação do dano moral, vez que o ordenamento jurídico já preveria outra “sanção” para o caso de descumprimento dos deveres parentais – qual seja, a perda, pelo pai, do poder familiar sobre o filho. (MORAES, 2013, p. 725). Essa consequência seria, em tese, muito mais grave do que qualquer outra espécie de reparação, afastando, inclusive, o risco de monetarização das relações familiares. (GAMA; ORLEAN, 2012, p. 402).

Além disso, utiliza-se como argumento para a negativa de reparação dos danos morais decorrentes de abandono afetivo, a inexistência de um dever jurídico de amar. Com certa razão, diz-se que o amor e o afeto não estariam incluídos no dever de educação imposto pela Constituição Federal de 1988 e reiterado pela legislação infraconstitucional. (GAMA; ORLEAN, 2012, p. 401). Trata-se de sentimentos pessoais, próprios da esfera íntima de cada ser humano, que não poderiam ser abarcados pelo direito, em detrimento da sua liberdade individual.

Segundo Leonardo Castro (2007, *on line*), a condição de amor compulsório poderia ser ainda pior que a própria ausência física, visto que muitos pais, apenas por temer a Justiça, passariam a exigir o direito de participar da vida do filho, impondo a sua presença, o que não significa, entretanto, que lhe dariam afeto. Ter-se-ia, então, “a figura do abandono do pai presente”, que pela sua ostensiva prejudiciabilidade acabaria redundando na destituição da guarda do filho, já aplicada a outras situações da mesma espécie.

A propósito, também asseverou o Ministro Fernando Gonçalves, em seu voto no Recurso especial n. 757.411/MG, que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada, escapando ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo. Aduziu ainda que “[...] um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno.” (STJ, Resp n. 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Julg.: 29/11/2005, Pub.: 27/03/2006).

Destarte, a pretensão reparatória alcançaria finalidade exatamente oposta à pretendida, frustrando a possibilidade de estabelecimento de um vínculo afetivo entre pai e filho. Seria demais acreditar-se que mesmo depois da condenação ao pagamento de

⁵² Aqui o verbo conviver é empregado em sentido mais específico, que quer dizer participar efetivamente da vida de alguém, e não simplesmente “morar junto”.

indenização pelos danos morais, haveria um aconchego natural entre as partes. Como ressalta Castro (2007, *on line*):

Se não houver uma tentativa de aproximação de ambos os lados, a relação entre pai e filho estará predestinada ao fracasso. A relação afetuosa deverá ser fruto de aproximação espontânea, cultivada reciprocamente, e não de força judicial. [...] Após a lide, uma barreira intransponível os afastará ainda mais, sepultando qualquer tentativa futura de reconciliação.

Se a solução para o problema fosse o dinheiro, a própria pensão alimentícia atenderia o objeto da reparação, o que não ocorre. Quanto ao efeito dissuasório e punitivo, corremos o risco de mal ainda maior, como foi dito anteriormente.

Castro (2007, *on line*) cita ainda, no final de seu artigo, a declaração do Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves, para quem também não seria possível resolver esse conflito por meio de indenização. Observe-se:

Se tanto o pai quanto a filha tiverem a grandeza de perdoarem as faltas que um e outro possam ter cometido, se cada um conseguir superar as suas dificuldades pessoais e minimizar ou sublimar as mágoas porventura existentes, certamente terão ganhos afetivos e serão mais felizes. Mas o certo é que esse conflito, que ainda persiste, não poderá ser resolvido com qualquer indenização. (TJ/RS, Apel. n. 70016263923, Rel.: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julg.: 18/10/2006, Pub.: 27/10/2006).

Com base nesses e em outros argumentos, é que se tem afastado possibilidade de reparação dos danos morais decorrentes de abandono afetivo. Que vêm, no entanto, a ser desconstruídos pela outra corrente mencionada, a qual se perfilha.

4.2.2 Possibilidade da reparação

Em defesa da aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil no Direito das Famílias e a consequente obrigação de reparar os danos morais provocados pelo abandono afetivo, pode-se começar dizendo que os textos legais que comumente regulamentam a matéria, a saber, o artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal de 1988 e os artigos 186 e 927⁵³ do Código Civil de 2002, “[...] 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.” (STJ, Resp. n. 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julg.: 24/04/2012, Pub.: 10/05/2012).

⁵³ Art. 927, caput e parágrafo único, CC/02: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

A propósito, consigna Branco (2006, p. 208) que:

Concebida a responsabilidade civil sob novas bases, especialmente no campo específico da reparação do dano moral, não se encontra fundamento lógico jurídico que justifique a sua não aplicação às relações de família, porquanto seus membros não se desabrigam da proteção conferida aos direitos da personalidade pela circunstância de ter sido a violação praticada nos limites do núcleo familiar.

Com efeito, o legislador nacional, ao tratar da relação paterno-filial e dos deveres decorrentes poder familiar, descuroou-se de relacionar esses institutos especificamente à responsabilidade civil, exceto pelo que disciplina o artigo 932, I⁵⁴ do Código Civil, que responsabiliza os pais pelos danos causados a terceiros pelos filhos menores. (ALBUQUERQUE, 2012, p. 57). Não obstante, “[...] a questão [...] deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie” (STJ, Resp. n. 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, Julg.: 24/04/2012, Pub.: 10/05/2012).

Assim, servem de fundamentos principais para a reparação dos danos morais na hipótese de abandono afetivo, além dos dispositivos já citados: os artigos 227, *caput* e 229, *caput*, da Constituição, que incumbem aos pais, dentre outros, o dever de assistir, criar e educar os filhos menores; o artigo 5⁵⁵ do Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina que nenhuma criança será objeto de qualquer forma de negligência, devendo ser punido, na forma da lei qualquer atentado aos seus direitos fundamentais; e o artigo 12, *caput*⁵⁶, do Código Civil, que permite exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, “sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Nessa ordem de ideias, cumpre asseverar que “[...] a sanção de ou perda do poder familiar, como disposto nos arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil, não se mostra suficiente para coibir esse tipo de prática social, no qual o pai abandona moralmente o seu filho” (GAMA; ORLEAN, 2012, p. 408). De acordo com Moraes (2013, p. 725), a perda do poder familiar produz, na verdade, o efeito contrário: funciona como um prêmio, indo ao encontro do desejo dos pais de se livrarem de suas responsabilidades.

Em consonância com tal posicionamento, apresenta-se a relatoria da Ministra Nancy Andrichi no julgamento do Recurso Especial n.º 1.159.242/SP:

⁵⁴ Art. 932, CC/02: “São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia”.

⁵⁵ Art. 5º, ECA/90: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”.

⁵⁶ Art. 12, CC/02: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1.638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descumprem o múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1.634, 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 malculdado recebido pelos filhos. (STJ, Resp. n. 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, Julg.: 24/04/2012, Pub.: 10/05/2012).

É importante se destacar, ainda, que a reparação dos danos morais por abandono afetivo aqui admitida, não se justifica, tão somente, pela falta de afeto, visto que não há uma obrigação jurídica de amar. Muito embora se concorde que o afeto possui um valor de grande relevância no Direito das famílias, devendo permear essas relações, a sua imposição não se mostraria razoável. (GAMA; ORLEAN, 2012, p. 405-406). O que vai amparar a responsabilidade, nesses casos, é a violação dos direitos da personalidade dos filhos pelos próprios pais, mediante o descumprimento do dever legal de cuidado que lhes é atribuído constitucionalmente.

Segundo a Ministra Nancy Andrichi:

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. (STJ, Resp. n. 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, Julg.: 24/04/2012, Pub.: 10/05/2012).

Ao se analisar as questões relativas ao abandono afetivo, deve-se ter sempre em mente que a falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento da afetividade ou da sua inexistência, pode gerar sequelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável da prole. A omissão do genitor em cumprir os encargos que decorrem do seu poder familiar, deixando de dar atenção ao seu filho, de tê-lo em sua companhia, pode produzir danos imateriais mercedores de reparação.

Sob a ótica principiológica, especialmente, no que tange à livre iniciativa e à autonomia da vontade dos pais, em contraposição à solidariedade familiar e a integridade psicofísica dos filhos, compreende-se que devem prevalecer estes últimos. (MORAES, 2013, p. 722). Ainda que não se possa obrigar ninguém a amar outrem, a escolha da paternidade e

da maternidade é livre e, conforme já asseverado, deve ser responsável, de modo a fornecer aos filhos todos os subsídios materiais e imateriais necessários ao desenvolvimento de suas potencialidades, bem como fundada na dignidade da pessoa humana.

Conforme as lições de Canezin (2006, p. 86):

O Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai – vale salientar que há inúmeros recursos para se evitar a paternidade – deve encarregar-se de sua função sob pena de reparar os danos causados ao desenvolvimento de seus filhos.

No que diz respeito ao argumento de que não caberia reparação do abandono afetivo ante a impossibilidade de se dar um preço ao amor ou mesmo substituí-lo, explique-se que não é o sentimento propriamente que está sendo pago, mas a vítima, que, lesada em sua esfera extrapatrimonial, merece ser compensada de alguma forma, para neutralizar ou, pelo menos atenuar os efeitos que o dano tiver provocado em seu espírito. (MORAES, 2003, p. 147). Observe-se que essa foi a mesma crítica feita acerca da possibilidade de reparação do dano moral em si, que, no atual estágio de evolução civil-constitucionalista, deveria se tratar de questão já superada.

É claro que o dinheiro não tem a capacidade de eliminar a agressão moral sofrida. Porém, servirá como um consolo, no sentido de atenuar o dano decorrente do abandono. Podendo ele ser utilizado para financiar as custas de um tratamento psicológico, por exemplo. (DIAS, 2007, p. 408). E também mostrar aos pais negligentes que esta conduta é vista como incorreta pelo ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com Hironaka (2007, *on line*):

A indenização por abandono afetivo, se for utilizada com parcimônia e bom senso, sem ser transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou em fonte de lucro fácil, poderá converter-se em instrumento de extrema importância para a configuração de um Direito de Família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar, inclusive, um importante papel pedagógico no seio das relações familiares.

Quanto à alegação de que a condenação ao pagamento de indenização poderia afastar ainda mais os pais de seus filhos, inviabilizando uma futura aproximação, deve se levar em conta que, normalmente, quando se chega ao Judiciário, já não existe mais qualquer relação paterno-filial ou laço afetivo. Essa preocupação não se justifica do ponto de vista jurídico, até mesmo porque, muitas vezes, essa relação jamais existiu, não se pretendo, doravante, forçar o contato ou a convivência entre pais e filhos. (GAMA; ORLEAN, 2012, p. 408). Nem por isso, pode-se dizer que a reparação pecuniária, nesse caso particular, constitui-

se em meio insidioso para enriquecimento à custa da desagregação familiar, haja vista o caráter nitidamente sancionador e inibidor da medida. (BRANCO, 2006, p. 22).

Pelas razões expostas, filia-se, no presente trabalho científico, a esta segunda corrente, que admite a possibilidade de reparação dos danos morais decorrentes de abandono afetivo. Devendo ser observados, todavia, os pressupostos da responsabilidade civil.

4.3 Obrigação de reparar: pressupostos e limitações

Para se firmar a obrigação de reparar os danos morais causados pelo abandono afetivo, devem estar presentes todos os pressupostos clássicos da responsabilidade civil, quais sejam: a violação de um dever jurídico; o dolo ou a culpa do agente, na hipótese de responsabilidade subjetiva; o dano; e o nexó causal entre este e a conduta do agente. (CAVALIERI, 2012, p. 19).

Como cediço, o Código Civil brasileiro de 2002 adotou como regra geral a teoria da responsabilidade subjetiva, que tem como fundamentos o dolo e a culpa do agente causador do dano. É o que se pode verificar da leitura do seu 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.” (GONÇALVES, 2012, p. 37). A partir do momento que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem, causando-lhe dano, consuma-se o ato ilícito, e deste ato é que deriva a obrigação de reparar, nos termos do artigo 927 do Código Civil. (CAVALIERI, 2012, p. 19).

A reparação do abandono afetivo não foge a essa regra. Conquanto essa lição ganhe contornos extremamente complexos quando se trata das relações familiares, em virtude dos fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros que permeiam essas relações, deve-se perseverar na busca dos elementos configuradores do dano moral, adequando-se a conduta dos pais ausentes entre as hipóteses de cabimento de responsabilidade civil, a fim de se dar efetividade as normas e preceitos constitucionais que conferem avançada proteção à pessoa dos filhos. (STJ, Resp. n. 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julg.: 24/04/2012, Pub.: 10/05/2012).

Nesse passo, deve-se atentar para o fato de que a lei, inicialmente, refere-se a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha a violar o direito de outrem, não estando os pais, sejam biológicos ou afetivos, livres dessa responsabilidade. Ademais, deve-se entender por violação de direito, conforme assevera Cavalieri (2012, p. 18), “[...] todo e qualquer

direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos”, nestes incluídos os direitos dos filhos à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à ao respeito, à dignidade e à convivência familiar. Inferindo-se, por conseguinte, que aquele genitor que, por negligência ou imprudência deixar de cumprir a contento as parcelas do poder familiar que lhes são atribuídas, tais como o dever de cuidado, convivência e educação, comete ato ilícito. (TEIXEIRA, 2005, p.163).

A comprovação de que esses deveres legais, sintetizados sob a forma de um dever geral de cuidado, foram descumpridos implica, por certo, na verificação da ilicitude civil. A propósito, afirmam Gama e Orlean (2012, p. 415), que “[...] seria muito difícil – para não dizer impossível – ao julgador avaliar se determinada pessoa é bom ou mau pai”. No julgamento do Resp. n. 1.159.242/SP, a Ministra Nancy Andrighi, apontou, entretanto, alguns aspectos que poderiam ser considerados para fins de avaliação, quais sejam: a presença; a regularidade dos contatos, mesmo que não presenciais; as ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas que poderão ser levantadas pelas partes interessadas. (STJ, Resp. n. 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julg.: 24/04/2012, Pub.: 10/05/2012).

Mencione-se que para obter a reparação do dano, a vítima, geralmente, tem de provar, também, o dolo ou culpa do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. (GONÇALVES, 2012, 40). Desta feita, entende-se que o agente só poderia ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, “[...] em face das circunstâncias concretas da situação, caiba a afirmação de que ele podia e devia ter agido de outro modo”. (GONÇALVES, 2012, p. 227). A culpa do genitor estaria afastada, assim, quando o inadimplemento dos seus deveres se desse por motivos alheios à sua vontade, como, por exemplo, quando o pai não sabe da existência do filho. Conforme afirma Hironaka (2006, *on line*), “[...] parece improvável que alguém possa ser civilmente responsável por uma relação paterno-filial rompida se esta pessoa não conhecia sua condição de ascendente.”.

Apesar das inúmeras outras hipóteses⁵⁷ que poderiam ser utilizadas para tentar se justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, adverte a Ministra Nancy Andrighi que o julgador não deve deixar de prezar pela manutenção de um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da

⁵⁷ A Ministra Nancy Andrighi cita, ainda, entre as hipóteses mais costumeiras a alienação parental, as limitações financeiras e as distâncias geográficas. (STJ, Resp. n. 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julg.: 24/04/2012, Pub.: 10/05/2012).

lei, garantam-lhes, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.” (STJ, Resp. n. 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julg.: 24/04/2012, Pub.: 10/05/2012). Assim, para que seja excluída a responsabilidade do genitor ausente, é preciso que se constate a imposição de óbices e barreiras intransponíveis ao cumprimento dos seus deveres, não servindo qualquer adversidade como razão suficiente para que este fique desobrigado do dever de cuidar da própria prole.

A obrigação de reparar pressupõe, ainda, a existência do dano. “Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar.” (CAVALIERI, 2012, p. 77). No caso, trata-se, especificamente, dos danos de ordem moral decorrentes da violação de direitos personalíssimos da criança pelo seu progenitor, que poderiam ser verificados, facilmente, por meio de um 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.” (STJ, Resp. n. 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julg.: 24/04/2012, Pub.: 10/05/2012). De modo a assinalar, a um só tempo, o dano e o nexo causal.

Segundo Cavalieri (2012, p. 49): “[...] o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano.”. Em outras palavras: “Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele.” (CAVALIERI, 2012, p. 49). Nesse cotejo, mostra-se relevante observar qual a época em que os sintomas do dano começaram a se manifestar, pois caso estes sejam anteriores ao abandono, não há como se exigir uma reparação daquele que não concorreu para tanto. (GAMA; ORLEAN, 2012, p. 418).

A despeito do amplo conhecimento da importância da realização de perícias médicas e exames psicológicos, para a avaliação não só da existência, como também da causa e da extensão do dano sofrido pela vítima do abandono afetivo, alguns doutrinadores defendem que o dano estaria ínsito na própria ofensa, sendo necessária somente a prova da conduta omissiva e de sua titularidade. Nesse sentido, sustentam Gama e Orlean (2012, p. 420) que: “[...] no caso do abandono moral, não haveria motivo para se entender de forma diversa, até porque se considerar o dano *in re ipsa* não afasta a possibilidade do pai biológico comprovar que este, em verdade, não ocorreu.”.

Entende-se, contudo, que seria bastante temerária a dispensa dos meios e os recursos que hodiernamente se têm disponíveis para dar maior substrato à reparação, sob o pretexto de conferir uma tutela mais avançada ao instituto. Com efeito, não se pode dar cabimento para eventuais exageros por parte da vítima quando da busca da reparação, devendo-se afastar qualquer tipo de dúvida em relação aos danos e aos males provocados, o que só pode ser conseguido através de uma abordagem multidisciplinar.

Conforme expõe Gonçalves (2012, p. 300):

A questão é delicada, devendo os juízes ser cautelosos na análise de cada caso, para evitar que o Poder Judiciário seja usado, por mágoa ou outro sentimento menos nobre, como instrumento de vingança contra os pais ausentes ou negligentes no trato com os filhos. Somente casos especiais, em que fique cabalmente demonstrada a influência negativa do descaso dos pais na formação e no desenvolvimento dos filhos, com rejeição pública e humilhante, justificam o pedido de indenização por danos morais. Simples desamor e falta de afeto não bastam.

Verifica-se, assim, a reparação não deve ser concedida indistintamente, com base em meros argumentos ou suposições, devendo os aplicadores do direito fazer uma análise minuciosa do caso concreto, valendo-se de todos os subsídios necessários para verificar a efetiva presença dos requisitos expostos. O risco da banalização não pode servir de desculpa para se rejeitar a reparação do abandono afetivo, diante da evidência do dano moral experimentado pelos filhos.

Se utilizada com seriedade e bom senso, a reparação do abandono poderá alcançar seus verdadeiros objetivos, sendo mais um instrumento da realização e da proteção da dignidade e da personalidade humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Até pouco tempo, era tido como contrário à moral e, portanto ao Direito, qualquer pagamento indenizatório nos casos de lesão de natureza exclusivamente extrapatrimonial. A evolução civil-constitucionalista levou, no entanto, a uma alteração na ordem dos valores que deveriam ser protegidos pelo sistema jurídico, colocando à pessoa humana e à sua dignidade em primeiro lugar. Desde, então, a preservação dos direitos da personalidade passou a ser utilizada como principal fundamento para a reparação do dano moral.

Como resultado da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira, também as relações familiares passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada um de seus membros e, principalmente, da pessoa dos filhos. Nesse sentido, foi conferida aos filhos menores, com absoluta prioridade, uma ampla rede de direitos, tais como o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar. Atribuindo-se aos pais, em contrapartida, o dever de assegurar a efetivação desses direitos.

Com efeito, observa-se que o antigo pátrio-poder, hoje denominado poder familiar, transmudou-se em verdadeiro poder-dever, de modo a servir de instrumento para se alcançar a proteção e o interesse dos filhos a ele sujeitos, que são, ou pelo menos deveriam ser, os maiores beneficiários da tutela legal. Assim, cabe aos pais, antes de qualquer outra pessoa ou entidade, assegurar todas as oportunidades e facilidades de que dispuserem para potencializar o estado físico, mental, moral, espiritual e social dos filhos, em condições de liberdade e de dignidade.

A responsabilidade dos pais, por certo, não mais se limita aos deveres de sustentar os filhos e de lhes prestar alimentos, sendo aqueles responsáveis, também, pela manutenção da integridade física e psíquica destes últimos. É nesse contexto que se insere a questão da reparação do dano moral decorrente do abandono afetivo paterno-filial.

Por abandono afetivo, compreende-se a omissão do genitor – ou da genitora – no cumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, como o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos menores, que pode comprometer significativamente a formação destes, enquanto seres humanos. Não obstante seja notória a existência do dano moral e a violação de direitos fundamentais ligados à personalidade do menor, em determinados casos, encontra-se, ainda, forte resistência à ideia da sua reparação, tanto na doutrina, como na jurisprudência pátrias.

Devido ao caráter especial das relações familiares, há quem defenda que estas estariam imunes à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil, devendo ser resolvida a questão pelos institutos próprios do Direito das Famílias, como a perda do poder familiar. Essa medida não se mostra, todavia, suficiente para coibir esse tipo de prática social, ao invés disso, na maioria das vezes, apresenta-se muito mais como um prêmio ao pai ausente, satisfazendo o seu desejo manifesto de se livrar das responsabilidades parentais.

Ademais, verifica-se uma grande confusão acerca do real sentido e alcance da expressão “abandono afetivo”, que ao contrário do que se supõe, não encerra nenhuma pretensão de obrigar alguém a amar ou a nutrir afeto por outrem. Muito embora se concorde que o afeto possui um valor de grande relevância no Direito das Famílias, devendo permear essas relações, a sua imposição não se mostra razoável, do ponto de vista lógico-jurídico.

Não se trata de dar um preço ao afeto ou a dor. O sentimento em si não pode ser monetarizado e valorado tanto por tanto, noção esta que já deveria ter se assentado no meio jurídico, em se tratando da reparação do dano moral. É a vítima que merece ser compensada de alguma forma, para neutralizar ou, pelo menos atenuar os efeitos que o dano tiver provocado em seu espírito. O caráter pecuniário da reparação é apenas um detalhe, deve ser visto como um meio, não um fim.

A indenização não se propõe a servir de enriquecimento desmedido do ofendido sobre a desagregação familiar, na verdade, são os seus efeitos sancionador e preventivo que mais interessam para o ordenamento jurídico e justificam a sua imposição. Sendo legítima a intervenção e a tutela estatal, para vigiar que os pais, independentemente do sentimento que nutram em relação aos seus filhos, cuidem, protejam, eduquem e acompanhem o seu desenvolvimento físico, psíquico, social e moral.

No atual estágio de evolução da reparabilidade do dano moral, o sistema normativo vigente já conta com mecanismos específicos para identificar e barrar possíveis abusos por parte da vítima. Sobressaindo, assim, o papel do julgador, que deverá avaliar o caso concreto com cautela, a fim de observar a presença de todos os pressupostos caracterizadores da reparação, a saber: a violação de um dever jurídico; o dolo ou a culpa do agente, na hipótese de responsabilidade subjetiva; o dano; e o nexos causal entre este e a conduta do agente.

O que vai amparar a responsabilidade, nesses casos, é a violação dos direitos da personalidade dos filhos pelos próprios pais, mediante o descumprimento do dever legal de cuidado que lhes é atribuído constitucionalmente. Na ausência do devido cuidado, com

prejuízos necessários à integridade da pessoa do filho, pode-se prever que haverá dano moral a ser reparado.

Conquanto grande parte da doutrina permaneça silente ou contrária à reparação, o Judiciário, que não poderia deixar de apreciar as demandas que lhe são propostas, parece estar mais favorável à sua admissibilidade, tendo, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, decidido nesse sentido. O julgamento inédito e favorável à reparação do dano moral em virtude de abandono afetivo, no Resp. n. 1.159.242/SP (STJ, Resp. n. 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julg.: 24/04/2012, Pub.: 10/05/2012), abriu importante precedente para ações futuras e similares, que, conforme se ressalta, não irão prescindir da devida avaliação em concreto.

Assim, desde que atendidos os requisitos clássicos da responsabilidade civil, entende-se pelo cabimento da reparação do dano moral decorrente de abandono afetivo, como corolário do reconhecimento e da proteção da pessoa do filho, enquanto ser humano, em situação peculiar de desenvolvimento, dotado de dignidade e de direitos personalíssimos, que são inerentes à sua própria existência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Fabíola Freire de. **Danos morais: uma discussão sobre o abandono imaterial nas relações paterno-filiais**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Fortaleza, 2012.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. In: AUGUSTIN, Sérgio (coord.). **Dano moral e sua quantificação**. 3.ed. Caxias do Sul: Plenum, 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto Bittar. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Método, 2006.
- CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.8, n.36, p.71-7, jun./jul. 2006.
- CASTRO, Leonardo. **O preço do abandono afetivo**, 2007. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-preco-do-abandono-afetivo/2866/>>. Acesso em: 14 nov. 2013.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012.
- CORDEIRO, Amanda Idalina Menezes. **Indenização por abandono afetivo**, 2007. Disponível em: <<http://www.yumpu.com/pt/document/view/13003212/titulo-indenizacao-por-abandono-afetivo-introducao-iesb>>. Acesso em: 17 nov. 2013.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. vol. II, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Danielle Alheiros. A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12987>>. Acesso em: 17 nov. 2013.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 9. ed. Tradução Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984.
- ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro: casamento, relações entre cônjuges, desquite, filiação e parentesco, regime de bens, tutela e curatela**. Campinas: Bookseller, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEAN, Helen Cristina Leite de Lima. Responsabilidade civil nas relações familiares. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). **Temas de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**, vol. 6, 8. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

_____. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, vol. 4, 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos - além da obrigação legal de caráter material**, 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

_____. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**, 2006. Disponível em: <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=1685>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Aspectos jurídico-hermenêuticos na análise literária de elementos dialógicos na interface de Dom Casmurro de Machado de Assis e São Bernardo de Graciliano Ramos. In: **CONPEDI/UFF** (Universidade Federal Fluminense). (Org.). 1. ed. Florianópolis: FUNJAB, 2012, v. 01, p. 138-169.

_____. Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal do Ceará**, v. 34, n. 1 (jan./jun. 2013). Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade, e responsabilidade civil. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Karla Harmatiuk. (org.). **Direito das famílias: por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. O dano moral no direito brasileiro. In: **Temas de direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

REIS, Clayton Reis. **Dano Moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da criança e do adolescente comentado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Antonio Jeová Santos. **Dano moral indenizável**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao filho: descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.6, n.25, p.122-147, ago./set. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.7, n.32, p.138-158, out./nov. 2005.

ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

ANEXO – RECURSO ESPECIAL N. 1.159.242/SP**EMENTA, ACÓRDÃO, RELATÓRIO E VOTO DA MIN. NANCY ANDRIGHI**

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS

ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)

RECORRIDO: LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA

ADVOGADO: JOÃO LYRA NETTO

EMENTA

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 conseqüente 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, exurgindo, 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 parentais 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a retificação de voto da Sra. Ministra Nancy Andrichi e a ratificação de voto-vencido do Sr. Ministro Massami Uyeda, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Votou vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 24 de abril de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RECORRENTE: ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS

ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)

RECORRIDO: LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA

ADVOGADO: JOÃO LYRA NETTO

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF/88, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.

Ação: de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA em desfavor do recorrente, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

Sentença: o i. Juiz julgou improcedente o pedido deduzido pela recorrida, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha deveu-se, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao recorrente, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores da recorrida.

Acórdão: o TJ/SP deu provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo o seu abandono afetivo, por parte do recorrente – seu pai –, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), nos termos da seguinte ementa:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Recurso especial: alega violação dos arts. 159 do CC-16 (186 do CC-02); 944 e 1638 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial.

Sustenta que não abandonou a filha, conforme foi afirmado pelo Tribunal de origem e, ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se reveste de ilicitude, sendo a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar

– notadamente o abandono – a perda do respectivo poder familiar –, conforme o art. 1638 do CC-2002.

Aduz, ainda, que o posicionamento adotado pelo TJ/SP diverge do entendimento do STJ para a matéria, consolidado pelo julgamento do REsp n.º 757411/MG, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo.

Em pedido sucessivo, pugna pela redução do valor fixado a título de compensação por danos morais.

Contra-razões: reitera a recorrida os argumentos relativos à existência de abandono material, moral, psicológico e humano de que teria sido vítima desde seu nascimento, fatos que por si só sustentariam a decisão do Tribunal de origem, quanto ao reconhecimento do abandono e a fixação de valor a título de compensação por dano moral.

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/SP admitiu o recurso especial (fls. 567/568, e-STJ).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS

ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)

RECORRIDO: LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA

ADVOGADO: JOÃO LYRA NETTO

VOTO

Sintetiza-se a lide em determinar 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.

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 a 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. 5,º 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 descuram do múnus a eles atribuído, 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. Dos elementos necessários à caracterização do dano moral

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.

Fernando Campos Scaff retrata bem essa vinculação entre a liberdade no exercício das ações humanas e a responsabilidade do agente pelos ônus correspondentes:

(...) a teoria da responsabilidade relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes. Assim, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações que, se contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, quando atingem componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem. (Da culpa ao risco na responsabilidade civil in: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coords.). Responsabilidade civil contemporânea. São Paulo, Atlas, pag. 75)

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 sócio-psicológico 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, aqueles 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.

Tânia da Silva Pereira (2008, p. 309) acentua o seguinte:

O cuidado como 'expressão humanizadora', preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem(...).a autora afirma: “ o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana.”

Prossegue a autora afirmando, ainda, que:

Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. 'Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória. *O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar* . (op. cit. pp 311-312 - sem destaques no original).

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Nesse sentido, cita-se, o estudo do psicanalista Winnicott, relativo à formação da criança:

[...]do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e

transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial. (WINNICOTT, D.W. **A criança e o seu mundo**. 6ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008).

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 tizado 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.

Fixado esse ponto, impõe-se, ainda, no universo da caracterização da ilicitude, fazer-se pequena digressão sobre a culpa e sua incidência à espécie.

Quanto a essa, é monótono o entendimento de que a conduta voluntária está diretamente associada à caracterização do ato ilícito, mas que se exige ainda, para a caracterização deste, a existência de dolo ou culpa comprovada do agente, em relação ao evento danoso.

Eclipsa, então, a existência de ilicitude, situações que, não obstante possam gerar algum tipo de distanciamento entre pais e filhos, como o divórcio, separações temporárias, alteração de domicílio, constituição de novas famílias, reconhecimento de orientação sexual, entre outras, são decorrências das mutações sociais e orbitam o universo dos direitos potestativos dos pais – sendo certo que quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém (*qui iure suo utitur neminem laedit*).

De igual forma, não caracteriza a vulneração do dever do cuidado a impossibilidade prática de sua prestação e, aqui, merece serena reflexão por parte dos julgadores, as inúmeras hipóteses em que essa circunstância é verificada, abarcando desde a alienação parental, em seus diversos graus – que pode e deve ser arguida como excludente de ilicitude pelo genitor/adotante que a sofra –, como também outras, mais costumeiras, como limitações financeiras, distâncias geográficas etc.

Todas essas circunstâncias e várias outras que se possam imaginar podem e devem ser consideradas na avaliação dos cuidados dispensados por um dos pais à sua prole, frisando-se, no entanto, que o torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação a seus filhos, pois, com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar.

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor 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. Assim, cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma constitucional protetiva dos menores – as situações

fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade.

2.2 Do dano e do nexa 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 nexa 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 perpetuum*, 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 nexó.

3. Do valor da compensação

Quanto ao valor da compensação por danos morais, já é entendimento pacificado, neste Tribunal, que apenas excepcionalmente será ele objeto de nova deliberação, no STJ, exurgindo a exceção apenas quanto a valores notoriamente irrisórios ou exacerbados.

Na hipótese, não obstante o grau das agressões ao dever de cuidado, perpetradas pelo recorrente em detrimento de sua filha, tem-se como demasiadamente elevado o valor fixado pelo Tribunal de origem - R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) - , razão pela qual o reduzo para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), na data do julgamento realizado pelo Tribunal de origem (26/11/2008 - e-STJ, fl. 429), corrigido desde então.

Forte nessas razões, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, apenas para reduzir o valo da compensação por danos morais.

Mantidos os ônus sucumbenciais.