

ABANDONO AFETIVO: Do foco do problema a uma terceira solução¹

Laura Maciel Freire de Azevedo

Advogada. Assessora Jurídica da Presidência da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Pernambuco (OAB/PE).

Toda mudança traz a sensação de afronta ao que é certo, havendo uma tendência de rejeitar o novo por considerá-lo uma quebra do que sempre foi tido como correto. Assim, tudo o que se opõe ao que está posto parece contrariar o que é verdadeiro e bom. A tendência de repetir o estabelecido decorre não só do medo do desconhecido, mas também da dificuldade de se lidar com o diferente, o incomum. [...]
(DIAS, 2005)

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra coisa **como equivalente**; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto **não permite equivalente**, então tem ela dignidade.
(KANT, 2008, p. 77, grifo nosso)

RESUMO

A Constituição brasileira de 1988 trouxe uma nova hermenêutica normativa e influenciou principalmente o direito de família. Nesta seara, a concepção da paternidade tem sido gradativamente superada, deixando a perspectiva biológica para ser configurada nos âmbitos social e psicológico. Como consequência, os deveres parentais, hodiernamente, gozam de grande importância e o descumprimento deles, a que se atribui a denominação de abandono afetivo, tem suscitado, nos últimos anos, demandas nas quais se pleiteia indenização por danos morais – dentre elas, destaca-se o primeiro precedente de um tribunal superior brasileiro sobre o assunto, advindo do Superior Tribunal de Justiça. Diante deste cenário, a doutrina civilista depara-se hoje com um de seus maiores dilemas: seria o abandono afetivo capaz de gerar um dano passível de indenização? As regras do direito de família já são suficientes? A indenização é a única alternativa? A presente pesquisa tem por escopo sugerir respostas a estes questionamentos, buscando alternativas ao tratamento jurídico em casos de demandas judiciais por indenização decorrente de dano por abandono afetivo do pai.

Palavras-chave: Família. Abandono afetivo. Responsabilidade civil.

¹ Monografia intitulada “Indenização por abandono afetivo do pai: Da especial responsabilidade civil na relação paterno-filial” elaborada sob a orientação do Professor Doutor Roberto Paulino de Albuquerque Júnior e apresentada à Faculdade Salesiana do Nordeste em 09 de dezembro de 2008 como requisito à obtenção do grau de Bacharelado em Direito, tendo sido aprovada com mérito e recomendada à publicação. O presente artigo foi extraído desta monografia, tendo sido o texto revisto, adaptado e, no que coube, acrescido.

Emotional neglect: the focus of the issue to a third solution

ABSTRACT

The Brazilian Constitution of 1988 brought a new normative hermeneutics and influenced primarily the family law. In this perspective, the conception of fatherhood has been gradually overcome, leaving the biological perspective to be configured in the social and psychological areas. Consequently, the parental duties, currently, enjoy of great importance and the non-compliance of them, assigning the denomination of emotional abandonment, has been generated, in recent years, demands where plead compensation for moral damages – among them, stand out the first previous of a Brazil high court about the subject, arising from Superior Court of Justice. In this scenario, the civilist doctrine faces today with one of his biggest dilemmas: would the emotional neglect capable of generating damage liable of indemnity? The rules of family law are enough? Is the indemnity the only alternative? This research suggests answer to these questions, searching alternatives to the legal treatment in cases of lawsuits for indemnity caused by father's emotional neglect.

Keywords: Family. Emotional neglect. Civil liability.

1 *AFFECTIO FAMILIAS*: Quando o bem é o próprio homem

O direito de família passa por mudanças que há muito se faziam necessárias, reconhecendo (e não trazendo) a nova perspectiva das relações familiares. Fundamental para isso é a inserção cada vez maior do direito constitucional no âmbito civilista, influenciando a hermenêutica deste, notadamente com a primazia – intelectual, ao menos – do princípio da dignidade humana. A partir daí, desdobrou-se o princípio da afetividade, que, não obstante esteja implícito no ordenamento jurídico, operou as mais significativas mudanças legislativas no direito de família, como a igualdade dos cônjuges, o reconhecimento jurídico da união estável e da filiação socioafetiva, dentre outros. Trouxe, inclusive, mais um princípio, o da prevalência do melhor interesse do menor, que estabeleceu duas ideias – diametralmente opostas em relação à concepção pretérita – no relacionamento entre pais e filhos, quais sejam: primeiro, a igualdade destes últimos, pondo fim à separação irracional entre os filhos “herdeiros” e filhos “bastardos”; segundo, a

inclinação das ações (e omissões) paternas sempre em favor do melhor interesse da prole – segundo PEREIRA (2006), a psicanálise, criada pelo neurologista alemão Sigmund Freud, influenciou o direito a valorizar juridicamente os aspectos mais humanos do homem.

Com essas novas ideias, guiadoras do ordenamento (princípios) ou nelas expressas (através de normas), uma nova concepção de paternidade tem surgido na doutrina e na jurisprudência – de forma mais rápida naquela do que nesta, em que pese ser a última que mais facilmente percebe as mudanças sociais, por lidar diretamente com elas. Consiste, essa nova ideia, na crescente superação do entendimento de pai como sendo o doador genético, admitindo-o sim como o homem que acolhe em sua vida, independentemente do sangue, alguém como seu filho. Um homem que escolhe cumprir a difícil missão de educar uma pessoa que ainda está se formando.

Verifica-se, assim, que a contribuição genética pode ser feita por qualquer homem; o mesmo não pode ser dito em relação à contribuição paterna. Aquela ajuda na construção de um corpo; esta é responsável pela existência de um homem. A primeira é feita por um instante; a segunda constitui uma vida inteira. Segundo CANEZIN (2006), a paternidade é uma construção que começa após a concepção (diferentemente da mãe, que convive com o filho durante toda a formação deste, ainda em seu ventre) e que ainda precisa vencer o grande laço mãe-filho (tido pela psicanálise como relação simbiótica e relacionado ao Complexo de Édipo, nos meninos, e ao Complexo de Electra, tido como a versão feminina do anterior). É uma constante busca de conquista, tanto por parte do pai quanto por parte do filho.

Tendo em vista essas considerações e a significativa relevância da afetividade e da dignidade humana na hermenêutica jurídica atual, resta completamente desarrazoada a persistência de alguns magistrados em considerar a paternidade como decorrente de um fator biológico². Acertadamente, a doutrina vem tentando abolir definitivamente essa concepção – e, felizmente, alguns tribunais têm aderido a esta nova ideia –, enxergando a paternidade cada vez mais como uma função, que comporta mais deveres que direitos. Como explica TEIXEIRA (2005): “O Direito de Família, por seu turno, viu-se compelido a acompanhar essa evolução, sob pena de descumprir sua função primordial, que é reger fatos sociais.[...]”.

Destarte, ser pai hoje significa mais que o simples fornecimento de genes ou de pensão. É a assunção de um papel relevante na estruturação da personalidade do indivíduo, um compromisso com a formação psíquica (emotiva e social, intelectual e comportamental) de um ser

² O Código Civil de 2002 também tem em si, muito fortemente, a concepção biológica de pai. Dê-se como exemplo o art. 1.599: “A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade.”. Da interpretação desse dispositivo legal depreende-se que a comprovação de esterilidade do cônjuge varão exime-o da presunção de que ele é o pai – porque, afinal de contas, é indubitável que não existe no humano concebido qualquer identidade genética com o marido da mãe. No entanto, esse artigo perde eficácia sob o ponto de vista da nova hermenêutica civilista-constitucional, pois o fato de um homem ser estéril não significa que não seja ele o pai; pode tê-lo sido sob o prisma da afetividade.

humano – esta árdua e complexa tarefa. Da admissão dessa imagem de pai decorre o reconhecimento jurídico da paternidade socioafetiva, desatrelada da biologia e fundada na efetivação da afetividade. Porque pai não é quem cria, é quem cuida. Criar exige teto, comida e água. Cuidar exige presença, dedicação, demonstração de respeito à condição humana do outro; cuidar exige mãos que doam e que negam, a constante preocupação em ensinar sobre um mundo e sonhar um outro.

2 A busca ao pai

Histórias de filhos desamparados repetem-se sob os holofotes da imprensa e em lugares onde não há energia elétrica. Casos até piores figuram nos tribunais e outros nem chegam ao conhecimento da população. Tristes relatos de indivíduos que buscam o que a própria natureza – antes mesmo da lei – exige para eles: o reconhecimento, por parte do outro, de ser alguém.

A gravidade dessa situação vai mais além que o sofrimento (raiva, angústia, dor, mágoa). Significa a negação da condição humana do indivíduo, anulando sua existência ou tornando-o um objeto.

Nisto consiste o abandono afetivo: o desrespeito, por parte dos pais (um deles ou os dois), da afetividade para com os filhos e da dignidade humana destes. Em outras palavras: é o deficiente (por insuficiência, inexistência ou rompimento de) provimento da educação que se adquire no banco da sala de casa, da criação de um ambiente propício ao adequado desenvolvimento psicomotor, da presença em momentos importantes – como aniversários, formaturas, fins de semana, parques, decepções amorosas, cafés-da-manhã e horas de dormir –; é a ausência da simples observação que o filho existe e precisa de um pai, muito mais que do patronímico. Abandono afetivo é a inexplicável ideia de saber-se parecido com quem lhe repudia.

Durante a realização desta pesquisa, não foi encontrado um conceito formal de abandono afetivo. Mas já existe um Projeto de Lei (nº 700, de 2007), em tramitação no Senado Federal, de autoria do Senador Marcelo Crivella, que, modificando alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, propõe uma previsão legal de condutas lesivas aos direitos personalíssimos dos filhos, o que constituiria o texto normativo que mais se aproxima da concepção de abandono afetivo.

Não obstante, é possível inferir o conteúdo da expressão a partir dos casos que têm figurado nos tribunais brasileiros nos últimos anos, invocando este fenômeno do direito de família. Assim é que, conforme já referido, pode-se afirmar que o abandono afetivo é a violação dos direitos personalíssimos dos filhos e a deficiente realização da afetividade em decorrência do mau exercício do poder familiar por parte dos pais. Portanto, a teor do art. 1.630 do Código Civil de 2002, o abandono afetivo, juridicamente concebido, é agressão que lesiona direitos apenas de crianças e

adolescentes. Exclui ainda a figura do tutor. Este, apesar de exercer atribuições próprias do poder familiar, não está compreendido no conceito de abandono afetivo por faltar-lhe laço de parentesco de primeiro grau em linha reta (consangüíneo ou socioafetivo) com o tutelado. Mesmo porque a lei prevê a possibilidade de a incumbência da tutela ser recusada (art. 1.736 e ss.), faculdade essa de que não goza o poder familiar dos pais. Além disso, a própria sociedade não exige que o tutor estabeleça um laço afetivo com o tutelado e esta exigência é feita a quem gera um descendente ou quem escolhe acolher, como se de sua família fosse, o descendente de outro homem. O tutor é um mero administrador de bens e guardião da pessoa do tutelado; os pais são família.

É de grande relevância esclarecer que o abandono afetivo, para o direito, não tem por pressuposto qualquer sentimento (de dor, angústia, humilhação etc) por parte do filho. É possível que haja vexame, aflição, dentre outras sensações incômodas, em decorrência da atitude negligente dos pais. Porém, deve-se ter cautela e não confundir a causa com o efeito. É deveras importante entender que o abandono afetivo se refere à conduta dos pais e não às consequências desta nos filhos. A atitude paterna tem grande probabilidade de refletir nos filhos e este reflexo pode traduzir-se ou não nos sentimentos mencionados. Como o direito não possui meios capazes de avaliar sentimentos, estes são presumidos. Portanto, ainda que o filho não sofra com a ausência do pai, há de configurar-se o abandono afetivo, pois que é defeso ao pai ausentar-se. É esta ausência, e não o sofrimento do filho, que constitui abandono afetivo.

Mesmo porque o amor não é valorado juridicamente, mas a conduta de quem presumidamente o sente possui relevância jurídica. Ao direito não importa se o sentimento existe; interessa sim que as atitudes tipicamente relacionadas a ele sejam externadas. Nessa toada, apenas indiretamente o amor importa ao direito, na medida em que o afeto (contido no amor) está presente na afetividade. Isso porque a afetividade não se confunde com o sentimento (afeto), compreendendo a realização dos direitos personalíssimos dos filhos e o respeito à condição destes de pessoas em desenvolvimento, possibilitando os melhores meios à adequada estruturação da personalidade dos menores – logo, consubstancia-se na assistência material e psicológica.

Destarte, configura-se abandono afetivo quando o pai, sabendo que tem um filho, é indiferente à presença deste ou mesmo repudia esta ou a própria pessoa do filho, negando-lhe a convivência e a afetividade – independe se o filho sofrerá com isso ou não. Traz assim prejuízos à saúde dos filhos (que compreende também a saúde mental, que, por sua vez, pode comprometer a saúde física) e na identidade deles – pela ausência do olhar, da aprovação e aceitação por parte do “outro” que lhe é tão essencial à diferenciação e à possibilidade de saber-se humano.

E uma das formas de se compreender diferente do outro é exatamente a percepção de que, por parte deste outro, existe o respeito e a aceitação da diferença. E esta percepção só é

possível através da interação como outro, quando este vê o indivíduo como um outro ser humano semelhante e existente, e não o ignora ou acredita-o um objeto.

Assim, o pai, como mostra a psicanálise, é o principal agente responsável em proporcionar à criança a percepção da própria condição humana e da própria singularidade ante todos os seres animados e inanimados que a cercam.

Logo, quando o pai negligencia o sustento, consistente no dever de prestar alimentos, decorrente do poder familiar – conforme a lição de OLIVEIRA (2004) –, o prejuízo ao filho é incomparavelmente menor em relação ao não exercício (ou a realização inadequada) das funções paternas, pois, como leciona PEREIRA (2002) o provimento material é facilmente sanável, não se podendo dizer o mesmo em relação à personalidade.

3 Da reparação do abandono afetivo

O abandono está previsto no inciso II do artigo 1.638 do Código Civil como uma das causas da destituição do poder familiar. A perda do poder familiar é vista, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, como uma medida de tamanha seriedade que sua aplicação exige cautela por parte do magistrado. Este só deve usá-la após esgotadas todas as outras possibilidades (como a suspensão do poder familiar, por exemplo, prevista no artigo 1.637 do Diploma Civil).

Nesse sentido:

Por sua gravidade, a perda do poder familiar somente deve ser decidida quando o fato que a ensejar for de tal magnitude que ponha em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho. A suspensão do poder familiar ou adoção de medidas eficazes devem ser preferidas à perda, quando houver possibilidade de recomposição ulterior dos laços de afetividade. A perda é imposta no melhor interesse do filho. Se sua decretação lhe trazer prejuízo, deve ser evitada. [...].
(LÔBO, 2008, p. 281).

Em relação ao vocábulo “abandono”, sua concepção inicial era assentada na perspectiva patrimonialista, isto é, na ausência de amparo material dos membros da família. A doutrina tradicional assim conceituava a expressão “abandono de família”: “[...] Abandono de parente (ascendente inválido ou valetudinário, descendente menor púbere ou impúbere, ou de maior de 21 anos incapaz) ou da esposa. Caracteriza-o a falta de assistência material (alimentos). Dá lugar a pedido de alimentos (ação de alimentos), desquite (v.), isto é, separação judicial, e divórcio (v.), bem como constitui crime.” (GUSMÃO, 1987, p. 01).

Entretanto, o termo já é compreendido, na prática dos tribunais, também como ausência afetiva, que, juntamente com o abandono material (aferido, ambos, através de estudo psicossocial realizado durante o processo), ensejam a perda do poder familiar para fins de viabilizar a colocação do infante em família substituta, por meio da adoção.

Ainda assim, o Poder Judiciário tem sido provocado a manifestar-se acerca da possibilidade de essa ausência afetiva (independentemente do abandono material) ensejar indenização por danos morais. Trata-se de casos em que a pretensão não é a colocação em família substituta – portanto, não há interesse direto na perda do poder familiar –, mas sim alegar que do abandono na esfera afetiva decorre dano indenizável. O primeiro tribunal superior brasileiro a analisar a questão do abandono afetivo foi o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no acórdão proveniente de sua Quarta Turma em sede do Recurso Especial (REsp) nº 757.411-MG (processo originário: Apelação Cível 408.550-5, Comarca de Belo Horizonte, Rel. Juiz Unias Silva, unânime, Sétima Câmara Cível-TJMG, j. 01/04/2004, DJ 29/04/2004).

A partir daí, duas correntes doutrinárias ergueram-se a debater o assunto: o abandono afetivo do pai³ enseja dano moral e, por consequência, indenização?

Uma delas coloca-se veementemente contra a indenização, contra a “imoralidade” de se conceder indenização por ausência de “amor”. Afirmar-se que o fato de o pai cumprir seus deveres materiais já constituiria, no sentir desta corrente, uma prova concreta de amor – a partir do que se chega à conclusão que se há pagamento de pensão, há o pleno cumprimento dos deveres parentais. CARBONE (2005) expressa bem esse entendimento: “Na verdade, não existe dano moral nem situação similar que permita uma penalidade indenizatória por abandono afetivo. O pai deve cumprir suas responsabilidades financeiras. O pagamento regular da pensão alimentícia supre outras lacunas, inclusive sentimentais. Para sustentar o filho, os pais têm que trabalhar, com o objetivo de manter um bom nível de vida até a maioridade ou a formatura na faculdade. Isso já é um ato de afeto e respeito.”.

Entretanto, esse seguimento da doutrina apresenta a incoerência de admitir a existência dos pressupostos da responsabilidade civil, mas de repudiar sua efetivação, sob o argumento (também contraditório) de que a prestação de recursos financeiros não atende de forma alguma (nem sob a forma de pensão, muito menos sob a forma de indenização) aos interesses filiais em um pleito por abandono afetivo, como demonstra CASTRO (2007):

Se a solução para o problema fosse o dinheiro, a própria pensão alimentícia atenderia o objeto da reparação, **o que não ocorre**. [...]

A indenização deve ser encarada como medida extrema, onde certo dano de natureza grave é sanado através da pecúnia. O alargamento exacerbado poderá levar à desvalorização da ciência jurídica ao simples mercantilismo.

Nas relações familiares, cabe ao Judiciário apenas a defesa aos direitos fundamentais do menor. A sua intromissão em questões relacionadas ao sentimento é abusiva, perigosa e põe em risco relações que não são de sua alçada. [...]

[...]

³ Como ainda não há notícias de demandas judiciais indenizatórias em desfavor das mães (muito embora haja inúmeras ações em que, conquanto versem sobre outras matérias, é possível ver claramente a conduta do abandono afetivo materno), a presente investigação cingiu-se ao pleito de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo por parte do pai. Outrossim, até o encerramento deste trabalho, não foi localizado qualquer precedente jurisprudencial acerca do abandono afetivo, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

O dinheiro não é a resposta para tudo.
(grifo nosso)

Em que pese seu fundado receio de retorno à patrimonialização das relações familiares, essa parte da doutrina funda-se em uma responsabilidade civil cada vez mais ultrapassada, que é aquela referente ao íntimo humano. Tem por base então, assim como a principal motivação do acórdão do REsp 757.411-MG, um elemento estranho à demanda, à medida que ele não foi requerido: a indenização é negada sob a alegação de não se poder obrigar ao amor. Se então é impossível misturar direito de família com responsabilidade civil, que se dirá da miscelânea entre estas e os sentimentos humanos, completamente à margem do direito civil.

Quanto à doutrina antagônica, favorável à aplicação da responsabilidade civil na relação paterno-filial, desde que presentes todos os pressupostos (culpa, nexo causal e dano), esse seguimento ainda se prende muito à antiga concepção, fundada na culpa psicológica e no dano moral subjetivo, dos quais resulta uma indenização punitiva e pedagógica que se apresenta como única solução possível ao abandono afetivo. Nesse sentido:

Afinal, eles são os responsáveis pelos filhos e isso constitui um dever dos pais e um direito dos filhos. O descumprimento dessas obrigações significa violação a direitos do filho. Se os pais que desrespeitarem direitos do filho devem responder por isso, a reparação monetarizaria o afeto? De maneira alguma. O valor da indenização é simbólico e tem apenas *função punitiva e educativa*. Afinal, não há dinheiro que pague o dano e a violação dos deveres morais à formação da personalidade de um filho abandonado ou rejeitado pelo pai.

[...] Os pais são responsáveis pela educação de seus filhos – aí pressupondo-se, cuidados, afeto, apoio moral, atenção. Abandonar e rejeitar um filho é violar direitos. **A toda regra jurídica deve corresponder uma sanção, sob pena de se tornar somente regra moral**⁴. Uma das razões da existência da lei jurídica é obrigar e colocar limites.

Admitindo-se não ser possível obrigar ninguém a dar afeto, a única **sanção** possível é a **reparatória**⁵. Não estabelecer tal sanção aos pais significa premiar a irresponsabilidade e o abandono paterno.[...].

(PEREIRA; SILVA, 2006, p. 678, grifo nosso).

É um equívoco, não só pelo fato de também basear-se em teorias cada vez mais ultrapassadas, mas também por não enxergar (como a outra parcela da doutrina) o verdadeiro

⁴ Há regras jurídicas que são simplesmente interpretativas ou explicativas. Como exemplo, cita-se o artigo 1º da Constituição de 1988 e o Decreto-Lei nº 4.657, de 04-09-1942, conhecido como Lei de Introdução ao Código Civil, que traz inúmeros dispositivos normativos, coercitivos, que não apresentam nenhuma sanção. Logo, há regras jurídicas que não impõem sanção e nem por isso passam a ser puramente regras morais. Nem todas as normas jurídicas trazem sanções e nem todas as sanções advêm de normas jurídicas.

⁵ Note-se a ideia de associar sanção à reparação. Quem repara, busca consertar um erro ou apresentar um lenitivo ante a impossibilidade de recompor o prejuízo. A punição consubstancia-se na efetivação das consequências jurídicas do dano apenas a quem o cometeu – a vítima, que efetivamente ficou com o prejuízo, não tem para si consequência jurídica alguma, o prejuízo permanece. O máximo que a vítima pode vir a ter, em uma situação em que haja apenas a punição do algoz, é uma satisfação subjetiva (de ordem moral) pelo advento do sentimento de vingança. E, sob qualquer ponto de vista, a atribuição da qualidade de vantagem à vingança é discutível. Logo, não sendo consenso que o prazer pela retribuição do prejuízo seja um benefício, não se pode dizer que esta é a consequência jurídica dada à vítima (portanto, não se pode dizer que uma sanção aplicada ao ofensor seja uma reparação à vítima). Devolver o mal não está dentre os princípios constitucionais hodiernamente vigentes no Brasil.

problema do abandono afetivo, a saber: as circunstâncias do filho, sempre presumidamente a vítima, e não do pai, o eterno algoz e centro de todas as atenções (e condenações).

3.1 Uma outra proposta ao tratamento do abandono afetivo: a harmônica relação entre direito de família e responsabilidade civil

Analisando-se os argumentos de ambas as correntes, verifica-se que a discussão sobre o cabimento ou não da responsabilidade civil em casos de abandono afetivo tem por foco sempre a conduta do pai: ou ele não pode ser compelido a amar ou ele descumpriu suas obrigações e deve ser punido por isso.

Em verdade, é de se verificar que, não obstante o abandono se consubstancie na conduta do pai, o que realmente provoca o Judiciário sobre o assunto é a repercussão desses atos no filho. Este, portanto, é que deve ser o foco da análise em cada caso concreto, e não o pai. A responsabilização pelo abandono afetivo (e não a caracterização deste) deve ter por referência o filho, como ensina GOMES (2008): “Em virtude do papel a ser desempenhado pelo pai no seio familiar, é, logicamente, sua atribuição não caminhar em sentido contrário às necessidades dos seus filhos. Do contrário, tal conduta refletiria um modo ilegítimo de exercício do seu mister. Nesse sentido, vê-se que os afazeres dos pais sofrem limitações, as quais são aferidas conforme se avalia se determinada conduta é ou não benéfica para o filho.”

Mesmo porque pode haver abandono afetivo (a conduta do pai) sem haver responsabilização (quando os interesses personalíssimos dos filhos restam violados). Um excelente exemplo disto é o acórdão da Apelação Cível nº 70019263409, da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sob a relatoria do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, publicada em 20 de agosto de 2007. Este julgado explicita um caso em que houve abandono afetivo por parte do pai, violando os direitos personalíssimos da filha, no entanto esta, por possuir pai socioafetivo, teve seus interesses extrapatrimoniais (o bom desenvolvimento da personalidade, inclusive) plenamente atendidos. O poder familiar foi destituído do genitor (“pai” biológico) para viabilizar a adoção da menina por parte do pai (socioafetivo). Se se tratasse de pleito indenizatório, entretanto, não caberia a indenização, pois houve culpa normativa (violação do *standard* de pai), nexo causal (o abandono foi voluntário), mas inexistiu o dano moral (existência de interesses extrapatrimoniais desatendidos face à lesão a direitos personalíssimos – ou à cláusula geral de tutela da pessoa humana).

Se o Superior Tribunal de Justiça tivesse percebido o foco correto – a vítima – teria percebido, pela técnica jurídica, a existência de dano moral indenizável, consubstanciado em conduta ilícita, injusto prejuízo e voluntariedade na realização deste, ao revés de enxergar tão somente a deficiência de sentimentos.

De pronto, há mister ressaltar que até a presente data não existe, na história do Poder Judiciário brasileiro, qualquer demanda em que se exija amor. Este não foi o objeto da ação de Minas Gerais que ensejou o Recurso Especial, paradigma jurisprudencial do abandono afetivo em uma Corte Superior brasileira. Mas foi o fundamento da negatória do STJ à indenização, notadamente quando o Relator, o Ministro Fernando Gonçalves, afirmou que a concessão da indenização não possibilitaria atender ao maior anseio do filho, que era aproximar-se de seu pai. O filho não pediu amor – logo, desarrazoado é fundamentar a denegação do real pedido em um elemento estranho à demanda.

Note-se que, no caso do REsp 757.411-MG, o pai já estava afastado do filho. Ele escolheu, espontaneamente, afastar-se do infante. Se existia repúdio à criança, este sentimento tornou-se ainda maior quando o Sr. V. de P. F. de O. (“pai”) recebeu a citação e descobriu que A. B. F. (filho) intentou ação contra ele. E foi-se tornando ainda mais grave no decorrer do processo, nos encontros em possíveis audiências, em que o filho expressava sua mágoa e o pai seu tranquilo conforto em amar o filho à distância – já que não há notícia, no acórdão referido, de sugestão do pai em fazer um acordo e tentar atender ao desejo do autor da ação, deixando então de indenizá-lo. Na linha de raciocínio tomada pelo Relator do REsp 757.411-MG, se o Judiciário não deve afastar pais e filhos (nem pode aproximá-los), então haveria de não se admitir que demandas por abandono afetivo cheguem às Varas de Família (pois que o próprio processo os afastaria). O que é absolutamente defeso pela Constituição, ante o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, cristalizado no art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Se o Tribunal vai conceder ou não a indenização, o afastamento e seu agravamento já ocorreram, sendo indiferente a existência do pagamento. Se a reparação civil não atende aos interesses do filho, como afirmou a votação majoritária daquele Recurso Especial, a ausência dela não fará a menor diferença. Não fará o pai amar o filho, porque mágoas foram alimentadas durante todo o processo e feridas emocionais foram criadas ou mesmo alargadas, de sorte que o desfecho da lide, do ponto de vista emocional, é de todo indiferente.

Se for admitido o raciocínio do STJ – isto é, a preocupação com sentimentos –, deve ter ele o verdadeiro foco da questão: a criança e o adolescente. É inegável que a atual concepção da paternidade tem uma significativa parte voltada exclusivamente ao bem dos filhos, de sorte que se estes são os titulares dos direitos violados, a eles é que devem ser ministrados os remédios. Portanto, se a questão cinge-se a dor pela perda do pai, é esta perda que precisa ser o motivo da preocupação dos juristas e então sanada.

Neste ponto é que, certa maneira, assiste razão ao STJ e à doutrina contrária a indenização: o direito de família não pode ser de todo igualado e misturado aos demais ramos jurídicos. É inerente a ele um tratamento diferenciado, porque inegavelmente é um campo difícil de

ser dissociado da subjetividade humana, pela própria natureza afetiva (o termo aqui é usado com sentido psicológico) do agrupamento familiar. “Com efeito, é incontroverso que os prejuízos causados dentro do âmbito do Direito de Família são muito mais danosos que àqueles, posto que o cometimento de atos ilícitos na seara familiar acarreta prejuízos morais na maioria das vezes irreversíveis, motivo pelo qual não merecem ser apreciadas com o preconceito decorrente das inúmeras ações fundadas em meros abalos de crédito.” (ANDREKOWISK, 2006, p. 182).

Se é assim, em casos envolvendo relações familiares, há de primeiro ser observado o direito próprio do caso, que é o direito de família, seus princípios regedores e sua novel hermenêutica constitucional.

Nesse sentir, possui o direito de família um remédio muito mais eficaz que a retirada do poder familiar: a obrigação de visitar, prevista em vários artigos do Código Civil, tais como 1.588, 1.589 e 1.634, II. Veja-se a lição de DIAS (2007, p. 107):

O conceito atual da família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade, como atribuição do exercício do poder familiar. A grande 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. [...]. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas direito do filho. Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz seqüelas de ordem emocional e reflexos no seu sadio desenvolvimento. [...]

Essa obrigação, por si mesma, é a comprovação de que o dever dos pais, de fato e de direito, vai muito mais além que a simples prestação alimentícia. Esta constitui um dos deveres (e não todos eles) dos pais e não se desconsidera sua importância – tanto que ela ainda é prevista como motivo de uma prisão civil.

Sendo o aprisionamento medida de caráter excepcional, a interpretação necessária à sua aplicação deve ser estrita e legal. Desta forma, ante a absoluta imprevisão legal de tal medida ao abandono afetivo, a prisão civil é incabível em casos onde se verifique a existência deste.

Nessa toada, o direito de família oferece as visitas como solução aos casos de abandono afetivo, atendendo, então, aos interesses de uma criança lesionada em seus direitos (e violada em seu emocional, aos que ainda consideram esta esfera relevante sob o ponto de vista jurídico). Então se sugere que, nestas situações, o magistrado deve analisar, primordialmente, a possibilidade de pai e filho voltarem (ou começarem) a conviver, viabilizando o estabelecimento, entre eles, de um laço afetivo. Afinal, se o abandono afetivo se caracteriza pelo descumprimento, por parte dos pais, dos direitos personalíssimos dos filhos, é razoável que se procure, primeiramente, sanar essa deficiência, antes de se procurar oferecer, de pronto, algum lenitivo (como é a indenização). Não se trata de obrigar a amar, mas sim oferecer subsídios para o surgimento (ou recuperação) deste sentimento, que foi a intenção do STJ ao negar a indenização, como já foi visto.

Entrementes, admitindo a concepção mais moderna da hermenêutica civilista, cada vez mais objetiva, há de ser irrelevante a análise dos sentimentos, pelo fato de os mesmos pertencerem à esfera íntima e, por isto, inacessível à técnica jurídica. Verifique-se, então, o rol de direitos atinentes à relação pai e filho.

Observa-se que, no direito de família, quando o relacionamento em questão é o paterno-filial, grande parte da hermenêutica aplicada aos dispositivos legais a este referentes estabelecem como prioridade os filhos, buscando ao máximo atender aos interesses destes – orientação que é fruto da repersonalização das relações familiares e da equalização da prole. Nesta toada, a antiga perspectiva patrimonial do termo “abandono” e a redução dos deveres parentais à simples prestação alimentícia são descabidas frente à regência do ordenamento jurídico brasileiro pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Partindo desta perspectiva, é direito dos filhos a convivência, a afetividade, o exercício, em seu benefício, do poder familiar,

[...] deveres que, somente em uma visão reducionista, poderiam ser compreendidos de forma exclusivamente patrimonial, a resultar apenas na obrigação de arcar com os custos da criação dos filhos. É certo que tais deveres vão além, englobando, pela própria dicção legal, os aspectos existenciais de criar e educar. O interesse por trás da demanda de abandono afetivo, portanto, não é, como muitas vezes se diz equivocadamente, um interesse construído sobre a violação de um dever de amar ou de dar afeto, mas um interesse fundado no dever normativo expresso dos pais de educarem e criarem seus filhos. [...]. (SCHREIBER, 2007, p. 174).

Portanto, sendo os filhos titulares do direito ao pai, nada mais coerente que, ante a violação deste, seja promovida a efetivação dos deveres a ele inerentes. Então, a determinação das visitas é fundamental ao atendimento dos interesses filiais de ter o pai por perto. Aqui, como também na concepção anterior, não se trata de forçar o amor, mas sim de efetivar direitos dos filhos e deveres dos pais. Ambos constituem na demonstração de amor como se este existisse, sendo irrelevante (para o mundo jurídico) se ele já existia, se nunca existiu ou se tem alguma possibilidade de vir a existir.

Assim, caso seja configurado o abandono afetivo, o magistrado deve determinar a realização do ordinário estudo psicossocial, já existente na prática forense quando se trata de destituição do poder familiar para fins de adoção. A finalidade deste estudo, analisando as condições sociais e psicológicas dos pais e dos filhos, é analisar a possibilidade de convivência entre eles (e não de construção de amor), isto é, se a convivência com o pai é possível e benéfica ao menor – já que são os interesses deste que devem ser preservados. Um exemplo desses critérios é apresentado no seguinte excerto:

Alguns aspectos a serem ponderados são as condições emocionais e psicológicas de cada um dos pais para cuidar das crianças e zelar pelos seus interesses, e até mesmo a proximidade afetiva mantida com os menores.

Sob outro enfoque cumpre considerar se a rotina familiar proporcionará estabilidade aos filhos, se existe um local bem estruturado e seguro para a moradia, acesso à educação e se o círculo de convivência do pretendo responsável é adequado.

(Apelação Cível nº 1.0456.05.037706-2/002, Comarca de Oliveira, Rel. Des.^a Heloísa Combat, unânime, Sétima Câmara Cível-TJMG, j. 28/08/2007, DJ 08/11/2007).

Sendo possível essa convivência, deve o magistrado determinar de pronto o cumprimento do dever de visitas, independentemente de o pai ter dado causa ou não a este abandono – bastará a comprovação da existência deste para que as visitas sejam determinadas judicialmente.

Assim, há hipóteses em que, não obstante o pai não se negue a conviver com o filho, as visitas não poderão ser feitas – se o pai estiver recluso em regime fechado, por exemplo – ou mesmos elas trariam grandes prejuízos ao menor. Explicando este último: se o pai for portador de algum transtorno psicológico – como o são o transtorno anti-social e a pedofilia, por exemplo –, está além da capacidade do pai controlar os próprios impulsos, de sorte que a convivência pai e filho torna-se prejudicial a este mesmo. Em qualquer desses casos e em outros assemelhados ou congêneres, ainda que a convivência fosse plenamente aceita pelo lado paterno, os interesses da criança e do adolescente não seriam atendidos, podendo, inclusive, colocar em risco a saúde e/ou a vida dos menores. Nestas situações, deve o magistrado reconhecer, na decisão, o motivo extraordinário para a não concessão das visitas.

Entrementes, sendo constatada, pelo estudo psicossocial, a plena viabilidade da convivência entre pai filho e sendo esta concedida por decisão judicial, se o pai viola injustificadamente a determinação de visitas, não se verifica óbice à concessão de indenização, decorrente de responsabilidade subjetiva, fundamentada na culpa normativa. CANEZIN (2006, p. 86) coaduna com o entendimento ora exposto:

É evidente que a separação dos pais não permitirá a quem não detém a guarda o estabelecimento de convivência freqüente, ou mesmo intensa. Por esse motivo é que efetivamente não se mostra razoável considerar que todo pai ou mãe que se separa e deixa o filho com outro genitor deva pagar ao filho indenização de dano moral. Mas nem por isso poderá ir ao outro extremo e negar a ocorrência de dano moral se o mesmo, tendo condições materiais e intelectuais, abstém-se completamente de estabelecer relacionamento afetivo ou de convivência, ainda que mínimo, com seu filho, como se não houvesse um vínculo de parentesco.

A previsão legal dos deveres paternos reflete a expectativa social que pode ser objetivamente averiguada em cada caso concreto. Portanto, a Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente são textos normativos que trazem os deveres inerentes ao exercício da parentalidade responsável, o que pode ser considerado de *standard* de pai, isto é, o padrão de conduta, o modelo socialmente aceitável do modo de agir de alguém a quem cabe o nome de pai, seja na sua acepção biológica (o genitor, de quem a sociedade, primordialmente, espera o exercício do papel de pai), seja na sua acepção social e psicológica (socioafetivo, quem escolheu,

perante a sociedade, exercer a função paterna). Logo, se o abandono afetivo é a violação de um modelo social de conduta, resta configurada a culpa normativa.

Nesse sentido:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade civil possui fundamento jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.
(CANEZIN, 2006, p. 84).

Há mister ressaltar que não caberia a responsabilidade objetiva porque esta, em geral, é aplicada a situações de risco, potencialmente perigosas – conceito este que, evidentemente, nenhuma relação possui com a função (e não atividade) de pai. Outrossim, para estar nas exceções da teoria do risco, nas quais, apesar de faltar esta teoria, cabe a responsabilidade objetiva, faz-se necessária a expressa previsão legal, o que não ocorre no caso do abandono afetivo.

Sendo assim, a responsabilidade seria subjetiva, com base na culpa normativa, tendo em vista, inclusive, a crescente superação da acepção psicológica da culpa.

Analisando a existência do dano, assiste razão à corrente favorável à indenização, no que concerne à ilicitude do ato paterno causador do abandono. Não restam dúvidas – por parte de ambas as correntes doutrinárias, ressalte-se – de que a indiferença (negadora da condição humana daquele que é alvo dela) ou o repúdio (negativa deliberada de efetivação das obrigações legais) do pai representam condutas gravemente violadoras da dignidade dos filhos, não só por ferir seu direito à personalidade (isto é, à boa formação de seu aparato psíquico), como também por lesionar seu direito de personalidade (cláusula geral de tutela da pessoa humana ou direitos personalíssimos): “É indubitável que o tema discutido nas ações de filiação são revestidas de forte caráter moral, sendo no entanto, que na hipótese do descumprimento das normas acima citadas serão também condutas jurídicas, ou seja, ilícitas. [...]” (ANDREKOWISK, 2006, p. 183). Logo, é ilícito por violar a lei e a natureza.

Mas então se poderia aqui argumentar que, sendo a dignidade humana termo de vasta extensão axiológica, o menor desentendimento entre pais e filhos poderia ensejar demanda por abandono afetivo, sob a alegação de ter ferido a dignidade humana, problema ao qual alertou HORNE (2007), da corrente contrária à indenização. Deve-se então analisar se os interesses extrapatrimoniais do filho foram efetivamente violados pela conduta paterna, averiguando assim, de maneira ainda mais objetiva, a violação da dignidade humana. Se esses interesses restaram desatendidos (portanto, não necessariamente o abandono afetivo enseja um dano *in re ipsa*), configurado está o dano moral ressarcível. “Portanto, o ‘abandono afetivo’ nada mais é que

inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe conseqüências jurídicas que não podem mais ser desconsideradas.” (LÔBO, 2008, p. 285).

Outrossim, impende destacar a verificação do nexa causal. É em razão dele que o descumprimento do dever de visitas deve ser voluntário.

Se for reconhecida a impossibilidade de visitas em sentença judicial – desde que essa impossibilidade advenha de caso fortuito ou força maior, isto é, de algo que escape ao livre arbítrio do pai em superar –, descabe a indenização, uma vez que o descumprimento das visitas deu-se por força alheia à vontade do ofensor. Se a circunstância que impede a visita não é acobertada pelas excludentes de responsabilidade civil, cabível a indenização. Em conformidade com esse entendimento:

Se a convivência, o acompanhamento [...] fossem opcionais, a lei não estabeleceria tais deveres, a serem cumpridos mesmo à margem do desejo do pai. A resistência ao acolhimento das pretensões indenizatórias decorrentes da rejeição paterna e do descumprimento do dever de convivência explica-se, em parte, pelo temor em vir a se instituir uma “indústria do dano moral” e uma monetarização do afeto. Não se trata, entretanto, de dar preço ao amor, mas de lembrar a esses pais as responsabilidades na formação da personalidade e na garantia da dignidade dos filhos que geraram. (PEREIRA; SILVA, 2006, p. 676).

Sobre a natureza desta indenização, há que se verificar que a mesma não tem por finalidade recompor o elo afetivo desfeito, malfeito ou não-formado – este é o papel do dever de visitar. Tampouco, como já se viu, tem a finalidade de punir o pai faltoso, por não ser da natureza da indenização possuir o caráter punitivo. Sua única natureza, conforme orientação doutrinária mais moderna, é a compensatória, como consolo último a quem sofreu um dano injusto. Mas é inelutável sua concessão, como lenitivo último à vítima (filho), uma vez que, sendo ela o foco da atual responsabilidade civil, não pode arcar sozinha com o prejuízo que sofreu e que a ele não deu causa. Como afirma, e com razão, a doutrina favorável à sua concessão, não consiste em dar preço ao amor nem forçar sua existência, pois que não é de amor que se trata. Inclusive, já existe jurisprudência em acordo com esse pensamento:

No entanto, amar não é dever ou direito no plano jurídico. É sentimento inerente aos homens de bem e de bons costumes. Amor é um gigante da alma. Cada indivíduo o sente, o julga, possuindo identidade inconfundível a tanto quanto são os indivíduos em uma comunidade. [...]

Seja como for, embora sentimento moral e humanitário, a falta de amor ou de afeto, não pode e não deve ser considerado ato ilícito, fugindo à seara do direito positivo. É simplesmente sentimento.

No entanto, existem deveres e direitos que resultam do vínculo familiar que podem ser cobrados independentemente do sentimento - que deveria estar presente sempre, porém não pode ser exigido judicialmente, pois o direito apenas é um degrau para chegar-se mais perto do mundo ideal - dever ser - mas há espaços inalcançáveis.

(Apelação Cível nº 70021427695, Comarca de São Gabriel, Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, por maioria, Oitava Câmara Cível-TJRS, j. 29/11/2007, DJ 07/12/2007).

A indenização, assim, é tão somente um conforto material, oferecido após esgotadas todas as possibilidades de se recompor o que efetivamente se perdeu. Portanto, não só é possível como também necessário conceder-se a indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo. Do contrário, criaria uma espécie de dano que, inexplicavelmente, não pode ser compensado. Bem explica MORAES (2005, p. 54-55):

A responsabilidade civil, na atualidade, preocupa-se com a vítima e com os danos por ela sofridos, quase independentemente das razões de quem os causou. Ressarcíveis não são os danos causados mas, sim, os danos sofridos, e o olhar do Direito volta-se totalmente para proteção da vítima. **Se o pai não tem culpa de não amar sua filha, tem a culpa de tê-la negligenciado.** Assim, como se verá, o pai deve arcar com a responsabilidade por tê-la abandonado, por não ter convivido com ela, por não lhe ter educado, todos esses deveres impostos por lei. (grifo nosso).

Mesmo porque o tratamento dado pelo direito de família – a supressão do poder familiar – longe de punir, antes premia o pai ofensor. Porque este, antes mesmo da propositura da demanda, já escolheu (indevidamente, mas houve a escolha e a inclinação da conduta neste sentido) não exercer a paternidade. A perda do poder familiar é a confirmação estatal, oficial e incontestável pelo próprio ofensor da atitude que ele já tomava antes do início do processo. “Na verdade, o recorrido jamais exerceu seu poder familiar sobre o menor [...], sendo que o provimento do recurso traduz verdadeiro reconhecimento de uma situação consolidada no mundo fático. Alias, destituir o recorrido de seu poder familiar será o mesmo que cassar algo que jamais existiu’ (à f. 101-TJ)” (Apelação Cível nº 1.0702.00.027411-9/001, Comarca de Uberlândia, Rel. Des. Manuel Saramago, unânime, Sexta Câmara Cível-TJMG, j. 15/02/2005, *DJ* 11/03/2005). Constitui, portanto, o aproveitamento, por parte do pai, da própria torpeza, sem que o filho, vítima (foco da análise) e criança ou adolescente (com tratamento prioritário) tenha sido alvo de qualquer atenção, em seu aspecto material ou extrapatrimonial. “Se não se pode valorar o amor, ou punir pelo desamor, é inaceitável premiar a omissão de pais que geram filhos e lhes negam a convivência, o afeto e outros atributos necessários à formação da personalidade. Esses pais não poderiam ficar com a certeza, subscrita pelos tribunais, de que basta dar pão [...]

 (PEREIRA; SILVA, 2006, p. 676).

Além disso, se a razão do início da lide foi o descumprimento da paternidade – ou mesmo o desgosto da mãe pela ação revisional de alimentos – não é interessante ao filho – nem à mãe – que aquele a quem o filho tanto buscou para ser seu pai deixe de sê-lo oficialmente. Logo, o artigo 1.638, II do Código Civil não traz qualquer alento ou punição a nenhuma das partes. Ou melhor, pune sim, mas ao filho, que, se estava buscando o pai, perde-o definitivamente.

Assim, verificado o descumprimento injustificado do dever de visitas, a corroborar a atitude negligente do pai (atitude esta que já ensejou a demanda), se configurados os requisitos da responsabilidade civil, resta plenamente cabível a concessão de indenização por dano moral

decorrente de abandono afetivo do pai. A atual hermenêutica constitucional-civilista, tanto do direito de família quanto da responsabilidade civil, admite a absorção de novos danos, dentre os quais figura o abandono afetivo. Veja-se a jurisprudência:

Nenhuma criança pediu para vir ao mundo. Trata-se, portanto, de responsabilidade de seus genitores proporcionar-lhes as condições mínimas de convivência e sobrevivência que lhes assegurem o devido respeito à dignidade da pessoa humana.

Se um pai não pode ser culpado pelo fato de não amar ao filho – o que, por si, já não seria natural –, de outro lado, pode ser por negligenciá-lo – e, a nosso sentir, insisto, tanto nos aspectos materiais, quanto nos aspectos morais. Creio, sinceramente, que um pai que não exerce adequadamente seu poder familiar, que descarta de seu dever de criar e de educar seus filhos, do de tê-los em sua companhia e guarda, do de assisti-los, quando tenha condições para fazê-lo, deve, sim, ser responsabilizado por negar aos mesmos uma formação plena como pessoas.

Tanto isso é coerente e verdadeiro que, em situações tais, o responsável perde o poder familiar, por ato judicial. Ora, por que, então, não poderia o filho, prejudicado direto pelo comportamento desidioso de seu responsável, demandá-lo por abandono?

(Apelação Cível nº 2007.001.45918, Comarca da Capital, Rel. Des. Mario Assis Gonçalves, por maioria, Décima Segunda Câmara Cível-TJRJ, j. 22/11/2007, DJ 09/07/2008, grifo nosso).

Evidentemente, não obstante constitua determinação praticamente inútil, é possível o Poder Judiciário, juntamente com a concessão da indenização, retirar o poder familiar – como apontou o Ministro Barros Monteiro no Recurso Especial nº 757.411-MG –, desde que haja pedido expresso da parte neste sentido. Porque se a mãe ou o filho vão se sentir vingados ou não, se o pai vai se sentir punido ou não, se ele vai querer reatar ou estabelecer relações com o filho posteriormente à indenização, não interessa ao Poder Judiciário. Se lhe foge a prerrogativa de compelir alguém a amar, incoerente se mostra sua preocupação se este amor existe ou se poderá vir a existir. O amor não interessa aos tribunais. Ao revés, atitudes próprias de quem o sente, mas que não necessariamente o tem em seu íntimo, estas sim são relevantes e juridicamente tuteladas (são, inclusive, deveres).

Outrossim, por pertencer à imprevisível – e, à técnica jurídica, inacessível – esfera íntima humana, é possível que algum Tribunal se engane ao considerar que a concessão da indenização afaste pai e filho. Não só estes já começaram a lide previamente afastados, sendo indiferente à manutenção desse afastamento o provimento ou não do pleito indenizatório, como também, em se tratando de seres humanos, não parece tão impossível que o pai, arrependido de tudo, após o encerramento da demanda e quitação dos débitos (o que inclui a indenização), decida aproximar-se do filho. Difícil, mas não impossível, que isso ocorra, é fato.

4 À guisa de conclusão

Conquanto a questão não tenha sofrido a necessária análise criteriosa na segunda instância, dada a pequena extensão do acórdão do REsp 757.411-MG, a lide envolvendo A. B. F. e

seu “pai”, V. de P. F. de O., exigiu da Quarta Turma do STJ uma análise que nem à distância se vislumbra simples, sofrendo argumentos visivelmente intimistas, pessoais e outros mais técnicos.

Por óbvio, não fugiu à atenção da doutrina, que, como quando do julgamento do Recurso Especial mencionado, foi dividida em duas opiniões divergentes, defendendo a possibilidade de indenização e condenando-a veementemente.

Uma terceira proposta oferece-se como mais adequada ao tratamento da questão: a aplicação do direito de família em um campo que inegavelmente é seu, que é a relação paterno-filial, e, ante o esgotamento dessa possibilidade, a aplicação subsidiária da responsabilidade civil, concebida nos moldes mais atualizados de seus pressupostos.

Assim é que deve ser analisada, de pronto, a viabilidade de se recompor (ou mesmo de compor) o que de fato (mas não de direito) foi perdido: o elo afetivo (quer na sua concepção subjetiva, quer na sua concepção objetiva). Para isso, nada é melhor que o próprio direito de família, irremediavelmente já tão afeito aos relacionamentos humanos. Ele traz por solução eficaz não a destituição do poder familiar – que destroi definitivamente, em regra, qualquer possibilidade de remediar o abandono –, mas sim o dever de visitas, que não consiste propriamente em uma condenação, é uma exigência ao cumprimento de um dever que é próprio dos pais, tenham eles abandonado ou não os seus filhos. Só diante da impossibilidade voluntária de não efetivação dessas visitas, agravando ainda mais os danos morais acometidos aos filhos (cujos interesses existenciais restaram comprovadamente desatendidos, configurando-os como vítimas reais), é que seria aplicada a responsabilidade civil.

Em que pese a falta de expressa previsão legal neste sentido, a absorção do abandono afetivo pela responsabilidade civil é possível dada a tutela constitucional e infraconstitucional aos interesses das crianças e dos adolescentes – dando a esses interesses, portanto, importância jurídica – e tendo em vista também a possibilidade de reparação de danos, ainda que exclusivamente morais, pelo ordenamento jurídico – e se todo e qualquer dano moral é passível de indenização, não é possível excluir-se deste rol aqueles danos exatamente referentes a interesses privilegiados pela legislação pátria.

A vantagem que essa terceira proposta apresenta é a diminuição de demandas cujo interesse seja tão somente a busca pelo enriquecimento ilícito, como em muitos julgados é suscitado como proveniente da mãe do autor (o menor, o filho do réu). Isto porque a primeira intenção de uma demanda por abandono afetivo, se aplicada a terceira proposta, é a reaproximação de pai e filho, a busca pela construção da afetividade entre eles. A possibilidade de auferir renda pela indenização exigiria tamanho esforço retórico que aumentaria o risco de deixar evidente a verdadeira intenção materialista daquela que responde em nome do menor. Outrossim, caso o alegado abandono, ou melhor, a ausência paterna se tenha dado por esforços da mãe do infante em afastar pai e filho,

ainda que contra a real vontade de ambos, a determinação das visitas possibilitaria a satisfação desse desejo paterno-filial. Mesmo porque não se pode esquecer que os pais também são pessoas humanas com dignidade e nem sempre são os algozes, ainda que lhes seja mais difícil a prova da própria inocência – nota-se que, em casos de abandono afetivo, a presunção é de “culpa”. E qualquer mãe que deseje ver seu filho bem distante do pai, mas queira mesmo a indenização, jamais ingressará em juízo para pleitear a junção dos dois ou para despendar muitas – e quase vãs – diligências na busca do dinheiro, monetarizando os direitos do próprio filho.

O abandono afetivo precisa de uma normatização própria, tendo em vista sua evidente especialidade frente a todas as hipóteses de responsabilidade civil a que a sociedade já está habituada e diante, inclusive, dos direitos material e adjetivo atualmente vigentes no país, que reconhecidamente inviabilizam a aplicação imediata da proposta que ora se faz.

Não obstante, o objeto deste trabalho não pode deixar de merecer as atenções doutrinária e jurisprudencial, mas estas devem centrar no foco do problema. O abandono afetivo consubstancia-se na atitude paterna e pode até mesmo ensejar a premiação dos pais que o praticam, uma vez que, descumprindo voluntariamente deveres legalmente impostos, a própria lei os galardoar com o reconhecimento oficial de sua omissão grave e ilícita: a destituição do poder familiar que nunca foi exercido ou mal o foi. A questão (e o prejuízo) refere-se mesmo ao filho: este é que não teve ou perdeu o pai, seu referencial de autoridade, de lei e de moral⁶, que lhe negou o bom desenvolvimento da personalidade, mostrando-lhe a imoralidade do descumprimento da lei. É o filho que precisa ser cuidado: se não foi pelo pai, que a outra lei o faça.

5 Referências

ANDREKOWISK, Lauane Gomes Braz. Dano moral nas ações de filiação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 181-195, jan./mar. 2006.

BRASIL. Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 2007.001.45918**, da Comarca da Capital. Relator: Desembargador Mario Assis Gonçalves. Rio de Janeiro, 09 de julho de 2008. TJRJ. Disponível em: <http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000306FDCD80C08C21C3DD65EDB170ACCCD76CC402016346>. Acesso em 04 ago. 2008. Revisor do acórdão: JDS. Desembargador Werson Rêgo.

⁶ Segundo ensina a psicanálise, o pai é, do ser humano, a primeira referência de lei, de autoridade, de limites. Sua presença mostra à criança que existe um relacionamento mãe- filho, um relacionamento pai-filho e um relacionamento pai-mãe ao qual a criança não pertence – mas, mesmo assim, os três relacionamentos não se excluem mutuamente, podem conviver de maneira harmoniosa. E assim, o pai é responsável pela construção do humano senso moral, denominado por Freud de “superego”.

BRASIL. Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 408.550-5 (2.0000.00.408550-5/000)**, da Comarca de Belo Horizonte. Relator: Juiz Unias Silva. Belo Horizonte, 29 de abril de 2004. TJMG. Disponível em: http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=408550&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=. Acesso em 07 mai. 2008.

BRASIL. Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0456.05.037706-2/002**, da Comarca de Oliveira. Relatora: Desembargadora Heloísa Combat. Belo Horizonte, 08 de novembro de 2007. TJMG. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0456&ano=5&txt_processo=37706&complemento=002&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=. Acesso em 04 ago. 2008.

BRASIL. Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70019263409**, da Comarca de Venâncio Aires. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 20 de agosto de 2007. TJRS. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=998616&ano=2007. Acesso em 04 ago. 2008.

BRASIL. Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0702.00.027411-9/001**, da Comarca de Uberlândia. Relator: Desembargador Manuel Saramago. Belo Horizonte, 11 de março de 2005. TJMG. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0702&ano=0&txt_processo=27411&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=. Acesso em 04 ago. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757.411-MG (2005/0085464-3)**, da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 27 de março de 2006. STJ. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006. Acesso em 10 fev. 2008.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Belo Horizonte, v. 8, n. 36, p. 71-87, jun./jul. 2006.

CARBONE, A. **Abandono afetivo – Justiça não pode obrigar o pai a amar o filho**. Pailegal.net. Disponível em: <http://www.pailegal.net/fatpar.asp?rvTextoId=1136419239>. Acesso em 07 maio 2008.

CASTRO, L. **Precedente perigoso. O preço do abandono afetivo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1607, 25 nov. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10696>. Acesso em 05 out. 2008.

DIAS, M. B. **A ética do afeto**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 668, 4 maio 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6668>. Acesso em 05 out. 2008.

_____. **Manual de direito das famílias**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, E. K. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo na Filiação**. IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=439>. Acesso em 28 out. 2008.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Dicionário de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

HORNE, F. A. **O não cabimento de Danos Morais por abandono afetivo do pai**. IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=298>. Acesso em 28 out. 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: 70, 2008, 122 p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, 407 p.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. O caráter não patrimonial do dever de sustento na perspectiva constitucional. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 39, p. 163-176, 2004.

PEREIRA, R. da C. **Pai, por que me abandonaste?** Pailegal.net. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=41>. Acesso em 10 out. 2008.

_____. Uma principiologia para o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IOB-Thompson, 2006, p. 843-851.

_____; SILVA, Cláudia Maria da. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado**. Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez. 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007, 262 p.

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

VADE Mecum. Conteúdo impresso atualizado até 16.01.2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.