

O abandono afetivo paterno-filial como causa de reparação à luz da teoria do desamor

Paternal-branch affective abandonment as cause of reparation in the light of the theory of lovelessness

DOI:10.34117/bjdv7n9-178

Recebimento dos originais: 07/08/2021

Aceitação para publicação: 13/09/2021

Adilto Luiz Dall'Oglio Júnior

Mestrando em Direito na UEPG, Especializado em Direito Penal (2021)

Promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná

E-mail: aldogliojr@gmail.com

Spencer dos Santos Ferreira Junior

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, Titular da 13ª Promotoria de Justiça da Comarca de Betim/MG, com atuação em violência doméstica. Diretor das

Promotorias Criminais da comarca de Betim/MG

E-mail: spencerjunior35@yahoo.com.br

Vanessa Therezinha Sousa de Almeida

Mestranda em Direito na UNIRIO, Especializada em Direito Civil e Processo Civil (2008) e bacharel em Direito (2006)

pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unidade de Lorena. Promotora de Justiça do Ministério Público de São Paulo (2011), 61º Promotor de Justiça da Capital

E-mail: va.tsalmeida@gmail.com

Paulo Henrique Alves

Especializado em EaD Tutoria e Ambientes Virtuais (2021) e em Docência no Ensino Superior (2020). Especializado em Direito Processual Civil (2018) e Direito Processual Penal (2008). Licenciado em Pedagogia (2020) e Bacharel em Direito (2000). Servidor das Carreiras do Ministério Público do Estado de São Paulo - Oficial de Promotoria de Justiça.

E-mail: paulohalves92@gmail.com

Ronilson de Souza Luiz

Pós-doutor em educação pela PUC/SP (2017), doutor (2008) e mestre (2003) em educação currículo, bacharel e licenciado em letras (português/hebraico) pela USP (1998). Docente da Faculdade Legale. Integrante do grupo de pesquisa PEC - Políticas de Educação/Currículo, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

E-mail: profronilson@uol.com.br

RESUMO

A partir da repersonalização do direito privado, o presente artigo trata dos deveres extrapatrimoniais inerentes ao poder familiar, dentre os quais o dever de formação da criança ou adolescente, a englobar a esfera da assistência afetiva e psicológica, analisando, ainda, as consequências da ausência de referida assistência, máxime o dano experimentado pelo descendente, o qual, em certas situações, mostra-se como indenizável.

Palavras-chave: dano mora, poder familiar, assistência afetiva, indenização.

SUBSTRACT

From the repersonalization of private law, this article deals with the off-balance sheet duties inherent to family power, including the duty of training the child or adolescent, to encompass the sphere of affective and psychological assistance, also analyzing the consequences of absence of such assistance, maximum the damage experienced by the descendant, which, in certain situations, is shown as indemnifiable.

Keywords: damage lives, family power, affective assistance, indemnification.

Studies of children in institutions found, for example, that children who did not receive love, but only adequate care became ill more frequently; their learning capacities deteriorated significantly; they became decreasingly interested in their environment; they failed to thrive physically by failing to gain weight or height or both; they suffered insomnia; they were constantly depressed; and they eventually developed severe learning disabilities¹.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, já em seu artigo inaugural, alteou o princípio da dignidade da pessoa humana ao elevado patamar de fundamento da República Federativa do Brasil, dando mostras de sua preocupação para com a pessoa, atentando para seus anseios e necessidades.

Referido princípio, dada sua relevância no contexto do ordenamento jurídico e social pátrio, recebeu da doutrina a merecida alcunha de super princípio, macro princípio e princípio dos princípios.

Sob a inafastável influência da Lei Fundamental, em 10 de janeiro de 2002, fora publicada a Lei n.º 10.406, que instituiu o Código Civil pátrio, cujo conteúdo simboliza a avançada marcha do direito privado no sentido da valorização da pessoa, como centro convergente e fundamentador dos diversos institutos neste Diploma previstos, demonstrando seu intuito de despatrimonialização e repersonalização do direito civil.

¹ LIAO, S. Mathew. **The right of children to be loved.** Disponível em: <http://www.smathewliao.com/wp-content/uploads/2008/06/liaorctbl.pdf>. Acesso em 24 abr. 2021.

Com efeito, a entrada em vigor do texto normativo acima apontado teve o condão de romper com o ideário reinante por ocasião da vigência do Código revogado, que assentava suas bases em um modelo altamente individualista, por vezes extremamente preocupado com o patrimônio, em detrimento da pessoa e do mínimo necessário para sua digna existência.

Assim, dada a importância conferida à dignidade da pessoa, no tocante especificamente ao direito de família, é possível perceber que o núcleo familiar continua a ser objeto de preocupação da codificação. Todavia, a elevada proteção emprestada ao mesmo decorre de seu caráter instrumental e necessário à implementação e concretização da dignidade de seus integrantes. É dizer, não se visa à proteção da família em razão do que ela representa para a sociedade, e sim para que possam os seus integrantes dela beneficiar-se, posto que tal agrupamento de pessoas é essencial ao pleno desenvolvimento daqueles que a compõem. Nesse sentido é a lição de Flávio Tartuce, *in verbis*:

Especialmente quanto à interação família-dignidade, ensina Gustavo Tepedino que a família, embora tenha o seu prestígio ampliado pela Constituição, deixa de ter valor intrínseco, como uma instituição meramente capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir. Mais do que isso, a família passa a ser valorizada de maneira instrumental, tutelada como um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes (A disciplina..., Temas..., 2004, p. 398).²

Demonstrada, portanto, a mudança de parâmetros havida por ocasião da vigência do Código Civil de 2002, torna-se indispensável a alteração do pensamento acerca do núcleo familiar e de sua finalidade, devendo-se atentar para a promoção do bem-estar e dignidade de seus membros, em detrimento de sua consideração como um fim em si mesmo.

2 O PODER FAMILIAR E OS DEVERES DELE DECORRENTES

Como forma de se proteger aqueles que não gozam de maturidade suficiente para fazê-los por si próprios, prevê o Código Civil o instituto do poder familiar, cujo exercício cabe aos pais.

Assim, o instituto ora sob análise congrega, mais do que direitos dos pais em relação aos filhos, deveres daqueles para com estes, sempre com vistas à proteção dos mesmos.

² Direito Civil, vol. 5, ed. Método, 3. ed. p. 27.

Nesse sentido é a sempre atual lição do mestre Silvio Rodrigues, para quem o poder familiar constitui-se no *conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes*.³

Assim, como decorrência da imposição legal, o poder familiar constitui-se em verdadeiro *munus*, cujas obrigações encontram-se expressamente previstas em lei.

Nessa esteira, prevê o art. 1.634, inciso I, do Código Civil que compete aos pais, em relação à pessoa dos filhos, “dirigir-lhes a criação e educação”. Vê-se, portanto, que o legislador pátrio, sabedor da tendência repersonalizadora do Estatuto civil, previu como primeiro dever dos pais no exercício do poder familiar a obrigação de dirigir a criação e educação de seus filhos.

Ora, no que tange especificamente ao dever de direção da criação de seus descendentes de primeiro grau resta ao genitor prover-lhes não só suas necessidades materiais, obrigação essa que pode ser cumprida com o pagamento da pensão alimentícia, cabendo-lhe, também, o suprimento de sua formação, conferindo ao petiz o arcabouço psicológico necessário para o enfrentamento das situações cotidianas que se lhe apresentarão no futuro, com as quais poderá tornar-se um adulto sem traumas e inteiramente apto à construção de uma família também embasada no afeto.

A corroborar o quanto ora exposto, valemo-nos da lição de Carlos Roberto Gonçalves, que comentando o inciso ora analisado aduz:

Incumbe aos pais velar não só pelo sustento dos filhos, como pela sua formação, a fim de torná-los úteis a si, à família e à sociedade. O encargo envolve, pois, além do zelo material, para que o filho fisicamente sobreviva, também o moral, para que, por meio da educação, forme seu espírito e seu caráter.³

Diante da meridiana clareza do texto legal, descabe qualquer interpretação no sentido de isentar a responsabilidade do pai ou da mãe que, em detrimento da boa formação de seu filho, adote condutas de distanciamento do mesmo, não lhe oportunizando a saudável e imprescindível convivência com seus genitores, até mesmo para ter como referência as figuras paterna e materna.

Não é por outra razão que Maciel frisa:

³ Direito Civil, vol. 6, ed. Saraiva, 27. ed., p. 398.

A cada genitor incumbe, portanto, exercer este modo de ser do cuidado: ter o filho ao seu lado, protegendo-o, demonstrando amor, zelo e atenção na guarda e companhia diárias; o dever de saber onde, com quem e porque o filho menor de idade está longe de suas vistas. Devem os pais assegurar-se de que, distante dos olhos, o filho estará em segurança porque algum adulto o estará assistindo. Cuidar do filho é a obrigação básica dos pais⁴.

De outra banda, as prerrogativas dos filhos em relação a seus pais, no que tange ao aspecto psicológico e afetivo, não se esgotam no preceptivo legal ora informado, havendo a previsão de importante regra também no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), que em seu art. 19 pontifica:

Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Extrai-se do texto legal a essencialidade da convivência familiar de qualidade para a formação do caráter da pessoa. Assim não fosse, a lei de regência estatutária não conteria previsão específica de acomodação da criança e do adolescente em um lar, ainda que substituto.

Portanto, o ordenamento jurídico pátrio mostra-se isento de dúvidas ao conferir à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, mormente com seu pai e sua mãe, convivência essa a ser baseada no afeto, sob pena de não se ver satisfeita o dever constante do art. 1.634, inciso I, do Código Civil.

Salientando esse dever, até mesmo transcendental, de formação dos filhos, expõe Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka a existência do “direito ao pai”, *in verbis*:

Por direito ao pai, na sua valoração juridicamente relevante, deve-se entender o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de colocar-se em situação de aprendizado e de apreensão dos valores fundamentais da personalidade e da vida humanas, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver, o que ocorre com a maioria dos animais que habita a face da Terra. Na via reversa, encontra-se o dever que tem o pai – leia-se também, sempre, a mãe – de produzir tal convívio, de modo a buscar cumprir a tarefa relativa ao desenvolvimento de suas crias, que é, provavelmente, a mais valiosa de todas as tarefas incumbidas à raça humana.

É na afetividade que se desdobra o traço de identidade fundamental do direito gerado no seio da relação paterno-filial, que, sem deixar de ser jurídica, distingue-se de todas as demais relações justamente pelo fato de que ela, e

⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Poder familiar**. In AMIN, Andrea *et al*, MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenação). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo, Saraiva Educação, 2019, p. 258.

apenas ela, pode, efetivamente, caracterizar-se e valorar-se, na esfera jurídica, pela presença do afeto.⁵

3 A REPARABILIDADE DO DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

O dano moral, e sua conseqüente reparabilidade, ganharam contornos expressos na Constituição Federal, haja vista o quanto disposto no seu art. 5º, incisos V e X, tendo o Código Civil seguido por aludida trilha, prevendo o instituto em seu art. 186.

Assim, mostram-se totalmente ultrapassadas as alegações outrora formuladas contra o reconhecimento e emprego de efeitos jurídicos a tal espécie de dano.

Todavia, malgrado a expressa previsão, não há no ordenamento jurídico nacional a conceituação do dano moral, relegando-se a tarefa a doutrina e jurisprudência, as quais, a despeito de pequenas divergências conceituais, entendem por dano moral:

A lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.⁶

Diante do entendimento acima apontado, temos que, *data venia*, exsurge inadmissível imunizar o abandono afetivo da perspectiva do dano moral indenizável.

Ora, conforme acima descortinado, a formação moral e psicológica do ser em desenvolvimento constitui-se em dever dos pais, e não em mera faculdade de sua parte. É dizer, o pai, e a mãe, estão obrigados a prestar todo o necessário a seus filhos, para que os mesmos possam se desenvolver de forma satisfatória, sendo que a consolidação de aludido mister tem por etapa necessária a existência de afeto entre pais e filho.

Nessa vereda, se os pais têm o dever de criar seus filhos, repita-se, física e moralmente, e não o fazem, devem receber a devida sanção prevista no ordenamento jurídico. Se a pessoa desenvolve problemas psicológicos, advindos da negação do afeto necessário para sua plena e satisfatória formação, é curial que os responsáveis por tal dano sejam responsabilizados.

Ademais, não se há de duvidar que a existência de transtornos psicológicos, como por exemplo a baixa autoestima, sentimento de inferioridade, agressividade desmedida, problemas de socialização etc., além de causarem enorme sofrimento naqueles que a

⁵ Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br. Acesso em: 09 abr. 2021.

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, vol. 3, 4. ed., ed. Saraiva, p. 55.

contemplam, são inteiramente aptos a lesionar a esfera personalíssima da pessoa, ou seja, seus direitos da personalidade, dentre os quais a honra, objetiva e subjetiva, e sua imagem.

Havendo, portanto, por ato omissivo, a transgressão a um dever legal, com a conseqüente existência do dano, aliados à existência do nexo de causalidade, se mostra inconcebível o afastamento do dever de reparação.

A jurisprudência pátria tem sufragado o entendimento acima exposto, conforme se pode observar nos excertos jurisprudenciais abaixo colacionados:

EMENTA – INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO

PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.⁷

A paternidade provoca o surgimento de deveres. Examinando-se o Código Civil revogado, verifica-se que a lei atribuía aos pais o dever de direção da criação e educação dos filhos, e de tê-los não somente sob sua guarda, mas também sob sua companhia (art.384, I e II). Há, portanto, fundamento estritamente normativo para que se conclua que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia. Além disso, o abandono era previsto como causa de perda do pátrio poder (art. 395, II), sendo cediço que não se pode restringir a figura do abandono apenas à dimensão material. Regras no mesmo sentido estão presentes também no Código Civil vigente (arts. 1.634, I e II e 1.638, II).

É certo que o Código Civil em vigor explicita ser lícito o exercício exclusivo do agora denominado poder familiar por um dos pais, se não existir casamento (art. 1.631), a ponto de prever expressamente a perda do direito dos pais de ter filhos em sua companhia na hipótese de separação judicial (art. 1.632). Mas a perda do direito à companhia não é absoluta, uma vez que o art. 1.589 da mesma lei prevê direito de visita, companhia e de fiscalização da manutenção e educação do filho em favor do pai ou da mãe que não detém a guarda.

Vê-se, portanto, que não há fundamento jurídico para se concluir, primeiro, que não haja dever do pai de estabelecer um mínimo de relacionamento afetivo com seu filho;

⁷ Colhido no artigo: Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material, de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br. Acesso em: 09 abr. 2021.

e em segundo lugar, que o simples fato da separação entre pai e mãe seja fundamento para que se dispense quem não fica com a guarda do filho de manter esse relacionamento.

A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização do dano moral se destina a reparar.

Sobre o tema, já lecionou Cunha:

Contudo, na relação parental, os pais são responsáveis pela educação de seus filhos e pressupõe-se aí dar afeto, apoio moral e atenção. O dano não é tanto pelo sofrimento causado, mas pela violação do direito e que tanto sofrimento causa, a ponto de provocar danos à pessoa. O mal exercício do poder familiar é um dano ao direito da personalidade do filho. Abandonar e rejeitar um filho significa violar direitos. A forma de reparação mais adequada é o restabelecimento do bom exercício da parentalidade. Entretanto, alcançar o *status quo ante* nestes casos pode ser impossível. A reparação pecuniária, de caráter compensatório, tem o objetivo de possibilitar ao filho uma reparação pelo dano sofrido, atenuando, em parte, as consequências da lesão. Obviamente que qualquer quantia arbitrada a esse título tem valor simbólico, pois não há dinheiro que pague o abandono afetivo. Trata-se de compensação, não de ressarcimento. Não se quer atribuir valor ou um conteúdo econômico ao afeto. Por tais razões é que não se está monetarizando o afeto. Ao contrário, admitir que somente o pagamento de pensão alimentícia é o bastante na relação entre pais e filhos é que significa monetarizar tal relação. Não admitir a indenização significa admitir que os pais não são responsáveis pela criação de seus filhos.⁸

É evidente que a separação dos pais não permitirá a quem não detém a guarda o estabelecimento de convivência frequente, ou mesmo intensa. Por este motivo é que efetivamente não se mostra razoável, em princípio e em linhas gerais, considerar que todo pai ou mãe que se separa e deixa o filho com o 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 pai ou a mãe, tendo condições materiais e intelectuais, se abstém completamente de estabelecer relacionamento afetivo ou de convivência, ainda que mínimo, com seu filho, como se não houvesse um vínculo de parentesco, que no âmbito jurídico se expressa também como companhia, transcendendo assim a dimensão estritamente material.

Na esteira do entendimento jurisprudencial, de que os julgados acima são exemplo, pode-se extrair que a dignidade da pessoa não pode ficar à mercê da existência ou não de afeto por parte dos seus genitores. Ou seja, na criação dos filhos, deve ser

⁸ CUNHA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 102-103.

inserida a sua formação psicológica, não pode depender das nobres intenções do pai ou da mãe, posto que se detém eles o poder familiar de seus filhos, devem conferir aos mesmos todo o necessário a seu pleno desenvolvimento, material e psicológico e afetivo.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andrea *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2019.

CUNHA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos** – além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br. Acesso em: 09 abr. 2021.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**, vol. 5. Rio de Janeiro: Forense: 2008.

TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro.** Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br. Acesso em: 06 abr. 2021.