

DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS: A QUESTÃO DOS LIMITES DA INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRIVATE RELATIONS: THE ISSUE OF INDEMNITY LIMITS OF AFFECTIVE ABANDONMENT IN JURISPRUDENCE OF JUSTICE SUPERIOR COURT - STJ

Gladis Guimar Zago¹

Resumo: As relações familiares, mormente aquelas que envolvem pais e filhos, privadas por natureza, passaram a ter, com o tempo, a interferência do direito público. Neste sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconheceu a família como um espaço de afeto entre seus membros e vários dispositivos, considerados princípios constitucionais, permitem tal conclusão. É o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, sustentando que não basta assegurar a vida, é preciso assegurar que a vida só será significativa se for digna. O princípio da paternidade responsável assegura ao filho, considerado pessoa em desenvolvimento, o direito a convivência familiar, em um ambiente de afeto e de segurança moral e material. Ainda, o princípio da solidariedade afetiva e psicológica, inerente às relações paterno-filiais, busca assegurar este ambiente sadio. Assim, é possível verificar uma mudança de paradigmas desta relação paterno-filial, ou seja, a interferência do direito público, com vistas à efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos. Neste sentido, vislumbra-se como ponto de discussão a possibilidade do Poder Judiciário se imiscuir nas relações familiares a fim de determinar a indenização pelo chamado abandono afetivo.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Relações Privadas. Abandono Afetivo. Indenização.

Abstract: Family relationships, especially those involving parents and children, private by nature, now have, over time, the interference of public law. In this sense, the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988 recognized the family as a place of affection between members and multiple provisions, considered constitutional principles, allow such a conclusion. This is the case of the principle of human dignity, maintaining that it is not enough to ensure life, we need to ensure that life will only be meaningful if it is worthy. The principle of responsible parenthood assures the son, considered a developing person, the right to family life in an atmosphere of affection and of moral and material security. Still, the principle of solidarity emotional and psychological relationships inherent paternal-affiliates, seeks to ensure this healthy environment. So, you can see a paradigm turnover this paternal-filial relationship, such as the interference of public law, aiming at the effectiveness of constitutionally guaranteed rights. In this sense sees itself as point of discussion the possibility of the judiciary to interfere in family relationships in order to determine the compensation for emotional distance calling.

Keywords: Fundamental Rights. Private Relations. Affective abandonment. Indemnity.

Introdução

A relação entre pais e filhos vem sendo objeto de discussão cada vez mais presente, tanto nos debates acadêmicos, como nos tribunais pátrios. Discutir quais os limites desta relação e quais as possibilidades de interferência do Poder Público nesta Relação Privada requer cuidado, para não permitir uma interferência demasiada. Também, não se pode permitir que Direitos Fundamentais do cidadão, neste caso, do filho, sejam violados.

Sabe-se que a paridade de direitos dos integrantes da sociedade familiar é recente, pois, por muito tempo, o genitor exerceu um poder absoluto, de vida e de morte dos seus subordinados e a mulher galgou igualdade no exercício do poder familiar, hoje com poder de decisão tanto quanto o homem, antes uma mera colaboradora.

Assim, ao restar esclarecidos e normatizados os direitos e deveres da relação paterno-filial, surgem também os questionamentos quanto a questão do seu cumprimento ou não.

¹ Mestre em Ciências Jurídicas pela UNIVALI – SC. Professora da Faculdade CNEC de Campo Largo – PR.
REJUR - Revista Eletrônica Jurídica. Volume 2, n. 1, Campo Largo, jan-jun, 2015.

Demandas quanto ao descumprimento do dever de afeto, do dever de cuidado e do dever de amor, hoje denominado abandono afetivo vem aflorando no Judiciário pátrio. Analisar o direito e os limites da indenização pelo abandono é o que se propõe o presente artigo.

1 EPISTEMOLOGIA DOS DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS DENTRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS

Ao se iniciar a análise da epistemologia dos direitos humanos fundamentais deve-se levar em conta que não existe ainda um acordo semântico na doutrina sobre a terminologia e o alcance conceitual dessa categoria, a qual é frequentemente utilizada como sinônimo de *direitos humanos*, *direitos individuais*, *direitos subjetivos públicos*, *direitos do homem*, *liberdades fundamentais*, *liberdades públicas*, apenas para citar os mais conhecidos.² Além disso, a expressão é comumente empregada para definir o fenômeno da positivação dos direitos humanos na esfera constitucional interna dos Estados, confundindo-se com o que a maior parte da doutrina especializada chama de *direitos fundamentais* (PÉREZ-LUÑO, 1999, p. 31).

Mas por que separar as categorias *direitos humanos* e *direitos humanos fundamentais*? A necessidade desta distinção está no fato de que os direitos humanos (gênero) vêm sendo construídos historicamente (LEAL, 2000, p. 51), em diversos níveis de atuação. Fala-se hoje em direitos humanos ambientais, direitos humanos econômicos, direitos humanos culturais, entre outros (LIMA JÚNIOR, 2001), os quais vêm sendo implementados assimetricamente dentro dos limites sociais, econômicos, políticos e culturais de cada Estado. Este desenvolvimento assimétrico demonstra que esta categoria está se desenvolvendo em vários níveis de atuação: que vão desde a proteção das necessidades humanas basilares até a mais sofisticada forma de realização cultural, econômica e social da dignidade humana.

Dentro do gênero *direitos humanos*, encontra-se a categoria *direitos humanos fundamentais*, os quais devem ser entendidos como o conjunto de valores éticos, positivados ou não, que visam proteger a dimensão básica da dignidade humana. O uso desta expressão se mostra apropriado, visto que é nesta dimensão que se encontram o rol de bens jurídicos básicos, essenciais e *fundamentais* que todos os membros da espécie humana devem compartilhar em igualdade de condições, sem a objeção de qualquer natureza (FLORES, 2009, p. 29).

Ruiz Miguel (*apud* PECES-BARBA, 1995, p. 100-111) sustenta que quando se postula a existência dos direitos humanos se pressupõem três linhas conceituais, entendendo que os direitos humanos são as exigências éticas justificadas; que sejam especialmente importantes; e que devem ser protegidas eficazmente e particularmente através do aparato jurídico.

Importante o ensinamento de Bobbio (1992), ao defender que os direitos do homem, ainda que fundamentais, são históricos, nasceram das lutas por novas liberdades contra velhos poderes, gradativamente, não de uma só vez e não de uma vez por todas. A história mostra que os direitos do homem se modificaram e continuam se modificando com as necessidades e interesses de classes no poder, transformações técnicas, etc.

E, para fins de fixação do conceito de direitos fundamentais e sua distinção com a expressão direitos humanos, colaciona-se algumas definições.

Segundo Sarlet (2006, p. 35-36), na obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, apesar dos termos direitos humanos e direitos fundamentais serem utilizados como sinônimos, os direitos fundamentais são os direitos do ser humano reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado, e os direitos humanos teriam relação com o Direito Internacional, referindo-se às posições

² A própria Constituição Federal Brasileira de 1988, utiliza de maneira indiscriminada as expressões: direitos e garantias fundamentais (art.5, §1º), direitos humanos (art. 4º, II), direitos e garantias individuais (art. 60, §4º) e direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI).

jurídicas internacionais que reconhecem o ser humano como tal, desvinculada a qualquer ordem constitucional estatal, com caráter supranacional, porque aspiram uma validade universal.

Theodoro (2005, p. 27) salienta que uma das formas de realçar a normatividade dos Direitos Humanos dentro do Direito Constitucional de um Estado Democrático de Direito por adotar a expressão Direitos Fundamentais.

Canotilho (1995, p. 497), por sua vez, estuda os direitos fundamentais enquanto direitos jurídico-positivamente constitucionalizados, pois, sem a positivação jurídico-constitucional, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.

A ênfase dada aos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro se deu a partir da Constituição Federal de 1988, entendida como o texto legal que efetivamente concebeu os direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 prevê um título específico para os “Direitos e Garantias Fundamentais” e, ao usar tal expressão, o constituinte inspirou-se, principalmente, na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976, rompendo com toda a tradição do direito constitucional positivo brasileiro (SARLET, 2006, p. 34).

Piovesan (2004, p. 57-58) leciona que a Carta de 1988 deve ser considerada como marco jurídico na transição ao regime democrático, porque alargou o campo dos direitos e garantias fundamentais, destacando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo. O texto inova e amplia a dimensão dos direitos e garantias, considerando não apenas os direitos civis e políticos, mas incluindo também os direitos sociais. E, como os direitos e garantias fundamentais são dotados de uma especial força expansiva, projetam-se por todo universo constitucional, servindo como critério de interpretação e compreensão de todas as normas do ordenamento jurídico.

Como bem salienta Bonavides (2000, p. 340): “Os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas. O seu reconhecimento fez nascer [...] as várias teorias sistematizadoras relativas ao caráter geral, à direção teleológica-normativa e ao alcance material de tais direitos.”

Ainda, Sarlet (2006, p. 69-70), usando da lição de Klaus Stern, defende a íntima e indissociável vinculação entre os Direitos Fundamentais e as noções de Constituição e Estado Democrático de Direito, quando ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal, porque os Direitos Fundamentais integram a essência do Estado Constitucional, como elemento nuclear da Constituição material.

Mais adiante, Sarlet (2006, p. 75-78) sustenta que é com a Constituição de 1988 que a matéria relacionada aos Direitos Fundamentais foi tratada com a devida relevância, visto que existiu a outorga para tais direitos do *status* jurídico que lhes é devido. Revela-se, portanto, três características atribuídas aos direitos fundamentais: a) caráter analítico, em face do grande número de dispositivos, o que demonstra uma certa desconfiança do Constituinte em relação ao legislador infraconstitucional, bem como a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos; b) pluralismo, advindo do caráter compromissário do Constituinte e da grande gama de dispositivos reconhecendo direitos; e c) cunho programático e dirigente, resultando um grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, imposições legiferantes e diretrizes a serem perseguidas, implementadas e asseguradas pelos poderes públicos.

Outro fator que merece destaque quanto aos direitos fundamentais previstos na Constituição é de que ela foi precedida de período marcado por forte dose de autoritarismo que caracterizou a ditadura militar vigente por 21 anos. Assim, a relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e a sua configuração são frutos da reação do Constituinte e das forças políticas e sociais nele representadas, ao regime de restrição e, até mesmo, de aniquilação das liberdades fundamentais.

As inovações trazidas pelo texto constitucional demonstram os direitos fundamentais em destaque na situação topográfica, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, que, além de traduzir um maior rigor lógico, ao constituir os direitos

fundamentais como parâmetro hermenêutico e valores superiores da ordem constitucional, vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais. Outra inovação se refere ao caráter de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, excluindo o cunho programático desses preceitos, ficando consagrado o *status* jurídico diferenciado e reforçado desses direitos na Constituição e sua inclusão no rol das “cláusulas pétreas”, impedindo a supressão ou erosão de tais preceitos pela ação do poder Constituinte derivado. A amplitude do catálogo dos direitos fundamentais é outra característica preponderante, porque ocorreu o aumento sem precedentes do rol de direitos protegidos, contemplando as mais diversas dimensões, demonstrando estar em sintonia com a Declaração Universal de 1948 e com os princípios dos pactos internacionais sobre Direitos Humanos (SARLET, 2006, p. 79).

Contudo, em que pese o rol amplo de direitos fundamentais, a Constituição prevê um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional. E é neste sistema aberto e flexível que analisar-se-á a questão do abandono afetivo e sua indenização decorrente de um direito fundamental, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

2 RELAÇÕES PRIVADAS: PAIS E FILHOS

O direito brasileiro conheceu o instituto do poder familiar em decorrência da influência portuguesa, que, por sua vez, o concebeu do direito romano, compreendendo um poder que durava durante toda a vida do filho, que só poderia ser legítimo ou legitimado. Tal poder compreendia algumas situações, tais como: só ao pai cabia o poder familiar, à mãe apenas alguns direitos relativos à obediência e a maioridade terminava aos 25 anos, mas o poder familiar não cessava se o filho continuasse sob a dependência de seu pai (COMEL, 2003, p. 23-24).

Mesmo com a edição de leis brasileiras, notadamente o Código Civil de 1916, o instituto do poder familiar não sofreu significativas alterações, mantendo o centro do poder na figura paterna. Frise-se que o pai era a autoridade e, por isso, temido pelos filhos, o que motivou, por muito tempo, um distanciamento da relação de afeto.

A defesa da autoridade unicamente paterna se dava em razão de entender que referido poder deveria estar centrado em apenas um dos cônjuges para evitar os conflitos e, também, que ao homem se deferia tal poder pelo fato de sua superioridade natural.

Contudo, a mentalidade começou a mudar quando algumas vozes defendiam que ambos os cônjuges se achavam no mesmo plano jurídico, não existindo uma superioridade do homem em relação à mulher, bem como a igualdade de suas participações na administração da sociedade conjugal e na vida dos filhos. Outra questão que já se apresentava era de que se todo esse poder era conferido ao pai, como o filho poderia ser considerado sujeito de direitos (COMEL, 2003, p. 26-27).

Assim, a doutrina começou a inserir ideias diferenciadas, para mudar a mentalidade existente e para considerar que as relações paterno-filiais deveriam ser regidas pelos princípios do amor e da solidariedade, mais fortes que qualquer dispositivo legal, dando à mãe um poder-dever igual ao do pai no trato dos filhos.

O Estatuto da Mulher Casada, aprovado pela Lei nº 4.121, de 27 de Agosto de 1962, estabeleceu a igualdade jurídica da mulher no ordenamento pátrio, embora mantendo a chefia da sociedade conjugal ao marido, inserindo modificações importantes, como atribuir a titularidade do poder familiar também à mulher, exercida então, em conjunto por ambos os genitores. A Lei do Divórcio – Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, apesar de não trazer significativas alterações quanto ao poder familiar, buscou regular a proteção da pessoa dos filhos nos casos de dissolução da sociedade conjugal.

Normalmente, nos casos de dissolução, os filhos permaneciam com a genitora, por ser considerada a mais apta para a criação e educação dos infantes, principalmente os de tenra idade, cabendo ao pai, ser o trabalhador e mantenedor do lar, bem como prover o sustento material.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, revolucionou-se o Direito de Família, quando se estabeleceu: a) a igualdade jurídica entre homem e mulher, prevista no art. 5º, I; b) de modo mais específico, a igualdade dos direitos e deveres no exercício da sociedade conjugal, conforme o § 5º do art. 226; c) a quebra da hegemonia do casamento como única forma válida de constituição da família, reconhecendo como entidade familiar a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, prevista nos §§ 3º e 4º do já citado art. 226; d) a equiparação de todos os filhos, havidos ou não da relação de casamento, reconhecendo os mesmos direitos e qualificações, proibindo quaisquer discriminações relativas a filiação, conforme o § 6º do art. 227.

Comel (2003, p. 40-41) ressalta que ao consagrar os princípios da igualdade na família e da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, a Constituição Federal construiu um novo modelo jurídico de família, atingindo as relações entre pais e filhos, e, principalmente, o ordenamento sobre o tema que até então era fundado na autoridade do marido como chefe da sociedade conjugal.

Desta forma, a Constituição Federal fez com que vários dispositivos do Código Civil de 1916 e de outras leis esparsas deixassem de ser recepcionados.

Ao interpretar as normas vigentes de acordo com o texto constitucional, verificava-se que os genitores deveriam proporcionar toda a ajuda ao filho, com vistas ao seu desenvolvimento e ajuda não apenas material, mas moral e espiritual.

Após, já de acordo com o texto constitucional, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, que, ao determinar as regras do poder familiar, o faz a luz do princípio da igualdade entre homem e mulher e da igualdade entre os filhos, conforme disposto no art. 21³.

O dispositivo nada mais é do que reflexo do que já acontecia no cotidiano das famílias, reafirmando o direito de ambos os genitores ao exercício do poder familiar e reconhecendo, ainda, a intervenção do Estado no caso de divergências.

Porém, uma falha verificada no dispositivo em comento é a remissão ao exercício do poder familiar às disposições da lei civil, que, no momento da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda ficavam submetidos ao Código Civil de 1916, necessitando, assim, de uma interpretação combinada do texto civil com a Constituição Federal, para que as alterações trazidas à matéria fossem respeitadas.

Surge, então, em 2002, a Lei nº 10.406, que instituiu o Código Civil, alterando e adequando o termo pátrio poder para poder familiar, mas não trazendo modificações significativas ao assunto.

Pelos novos rumos das relações paterno-filiais, verifica-se uma imprecisão no termo “poder familiar”, que, em razão de seu exercício revela um titular deste poder, que o exerce sobre uma coisa, quando deveria ser chamado de “autoridade parental”, termo muito mais adequado para designar a autoridade que se exerce em relação às pessoas, ainda porque a concepção moderna demonstra não o complexo de direitos que a lei confere ao pai sobre a pessoa e os bens dos filhos, mas o conjunto de obrigações dos pais no tocante a pessoa e bens dos filhos, ou, como leciona Silva (2002, p. 10): “[...] tal significante pareceu ser mais consentâneo com a conformação contemporânea do *múnus* que se reconhece aos pais para criação e educação de seus filhos [...]”.

Necessário se faz, portanto, uma nova compreensão da relação entre pais e filhos, assentada sobre três pilares fundamentais: a) a afeição, eis que, fundada no afeto e na solidariedade, tais relações passam a encontrar sentido não mais no interesse supra individual, mas sim na realização e desenvolvimento de seus membros; b) a publicização das relações familiares, porque se rompeu o proibitivo de interferências exógenas na estrutura familiar em detrimento da realização pessoal de seus integrantes; e c) a emergência de um novo sujeito - criança e adolescente - colocado, agora como centro do palco das relações que lhes dizem respeito (SILVA, 2002, p. 55-58).

³ Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

E é no reconhecimento no pilar afetivo que começou a se justificar a busca pelo direito à convivência familiar e comunitária, não apenas na sobrevivência material, mas na assistência moral e espiritual.

Os filhos que não receberam o cuidado, o afeto e a atenção, começaram a busca por esse direito, propondo demandas judiciais a fim de compensar esta falta através da responsabilização civil, como será melhor explorado na sequência.

3 OS DIREITOS E DEVERES DECORRENTES DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

É sabido que, na antiguidade, a relação entre pais e filhos era de uma autoridade tamanha que o pai tinha, inclusive, poderes sobre a vida e sobre a morte dos filhos. O Cristianismo influenciou o poder paternal, colocando que os pais, além de direitos, também tinham deveres sobre os filhos, eis que as relações familiares deveriam repousar sobre a afeição e sobre a caridade, porque o pai tem por missão assegurar o desenvolvimento da pessoa humana que fez nascer. Assim, o pai não poderia mais romper os laços que o uniam ao filho, ou seja, não poderia matá-lo, expô-lo ou vendê-lo como escravo. Portanto, o filho tinha o direito à vida e a assistência moral e material durante a juventude, mas com o dever de respeitar o pai e a mãe. Os princípios cristãos penetraram lentamente nos costumes e no direito (GILISSEN, 1995, p. 612).

Na primeira fase do direito brasileiro, que ainda estava vinculado aos mandamentos legais de Portugal e sob a influência do direito romano, as atribuições do pai em relação ao filho consistiam em: educá-los e dar-lhes profissão, de acordo com as condições do pai; castigá-los moderadamente e, se incorrigíveis, entregá-los aos magistrados para os fazer recolher à cadeia por tempo razoável, obrigando-se a sustentá-los; repeti-los de quem os subtraísse e proceder contra os que os pervertessem ou concorressem para isso; exigir e aproveitar seus serviços; nomear tutor; defendê-los em juízo ou fora dele; e contratar em nome do filho impúbere se o contrato viesse em seu proveito (COMEL, 2003, p. 24).

Com a edição do Código Civil de 1916, manteve-se o poder familiar centrado na figura do pai, que poderia exercê-lo apenas em relação aos filhos que poderiam ser reconhecidos. Aos filhos que a lei vedava reconhecimento, sequer se falava em autoridade paterna, deixando-os, quando possível, sob a autoridade da mãe. As competências estabelecidas aos pais consistiam em: dirigir a criação e educação dos filhos; tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para o casamento; nomear-lhes tutor; representá-los, até os 16 anos e assisti-los até os 21 anos nos atos em que fossem partes; reclamá-los de quem ilegalmente os detivesse e exigir que lhes prestassem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Quanto ao aspecto patrimonial, os pais detinham a administração e o usufruto dos bens dos filhos, com algumas restrições. Ainda, existia a possibilidade de interferência estatal neste poder, quando o bem-estar dos filhos recomendasse, podendo o juiz estabelecer a guarda dos filhos de outra maneira (COMEL, 2003, p. 29-33).

Como salienta Comel (2003, p. 33), na família, o poder preponderante era do pai, quanto ao direito de dirigir os filhos, inclusive no casamento, nos aspectos pessoais ou patrimoniais. O modelo patriarcal de família dominava, mas, no momento da dissolução da sociedade conjugal, o poder do genitor quebrava-se, para sobressair o interesse do filho, dada a importância da mulher na proteção e educação dos menores. Mais tarde, o interesse dos filhos transformou-se em princípio norteador da política familiar.

Como já mencionado retro, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, ao reconhecer a igualdade entre homens e mulheres e, especificamente, a igualdade dos cônjuges no exercício da sociedade conjugal, o poder familiar fica igualmente atribuído ao pai e à mãe.

O poder familiar, na atual configuração, inclusive legislativa, prima pela proteção do incapaz, que em face da sua idade, não tem condições de reger sua pessoa e seus bens, razão pela qual a lei estabelece as funções que os pais devem exercer para tal mister.

É de se salientar que tais funções, ainda que determinadas por lei, residem mais no campo da ética e da moral, tomando-se a “[...] relação paterno-filial no aspecto eminentemente afetivo, fundada nos laços extremamente frágeis e sutis das relações interpessoais, que dificilmente podem ficar circunscritos aos limites da norma jurídica” (COMEL, 2003, p. 88).

Assim, de acordo com o art. 229 da Constituição Federal; art. 1634 do Código Civil e art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, várias são as atribuições dos pais, entendidas como um conjunto de direitos e deveres.

O dever de assistência, estabelecido em sede constitucional, deve ser compreendido como uma declaração programática do que constitui o poder familiar, extremamente abrangente, sendo que os pais tem o dever de prestar assistência de toda a ordem e dar o suporte necessário para o pleno desenvolvimento da personalidade dos filhos.

Já o dever de criação, expresso inicialmente no ato de dar existência ao filho, concebendo-o e complementando-se com a criação da prole, visa assegurar o desenvolvimento e boa formação, desde a concepção até a maturidade. Referido dever é expresso no sentido de cultivar, educar, fazer crescer, promover o crescimento e, em sentido jurídico, implica em assegurar todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

O dever de sustento consiste no dever dos pais de alimentar os filhos menores, consistindo na obrigação unilateral, enquanto sujeitos ao poder familiar, passando a ser recíproca após a maturidade destes. Alimentos compreendem tudo que é necessário ao sustento, à habitação, ao vestuário, ao tratamento médico etc.

Quanto ao dever de educar, este implica na obrigação dos pais de promover o desenvolvimento pleno de todos os aspectos da personalidade do filho, preparando-o para o exercício da cidadania e qualificando-o para o trabalho, através de educação informal ou formal. Além disso, a educação deve obedecer às condições pessoais do filho, contextualizadas na situação sócio-cultural da família.

Surge, ainda, o dever de corrigir, correlato ao dever de educar, entendido como a possibilidade de castigos moderados, com reprimenda comedida, prudente, razoável, sem exageros ou excessos e sempre com caráter educativo, podendo consistir em advertências, privações de regalias. A correção física é bastante questionável, eis que pode consistir em uma violação da integridade física ou psíquica do filho.

O dever de ter o filho em sua guarda e companhia é entendido como uma extensão do dever constitucional de assistir o filho, que só poderá ser exercido se os pais tiverem o filho consigo e como forma de estabelecer uma relação de proximidade que gere uma comunidade de vida e interesses, com constante troca de experiências, sentimentos e informações. Ainda, em companhia dos pais, os filhos ficam protegidos de vários perigos, vigilância e acompanhamento de companhias e amigos e, inclusive, da responsabilidade civil dos pais sobre os atos dos filhos.

Já o dever de reclamar de detenção ilegal significa que os pais tem o dever de reclamar o filho de quem o detenha ilegalmente, contra sua vontade e sem justa causa, impondo a volta coercitiva ao lar. O afastamento do lar pode ocorrer por afastamento do próprio filho ou quando o filho é retido por terceiro.

Quanto ao dever de representação e assistência, este se justifica em razão da incapacidade da pessoa para exercer pessoalmente os atos da vida civil, incapacidade esta até os 16 anos de forma absoluta e, entre 16 e 18 anos, relativa, quando a legislação confere aos pais a função de manifestar a vontade pelo filho.

Por fim, o dever de exigir obediência, respeito e colaboração é inerente a função de criar e educar o filho, quando pode o pai exigir obediência, que consiste em ter ele de se submeter às determinações dos pais relativamente à disciplina doméstica; pode exigir respeito, considerado, inclusive um dever natural e que não cessa com a maioridade, decorrente dos costumes locais; e pode exigir a colaboração na realização de tarefas domésticas diversas, serviço da família como um todo, da administração do lar, não se confundido com trabalho remunerado (COMEL, 2003, p. 94-130).

Verifica-se, portanto, a interferência estatal é no sentido de assegurar à criança e ao adolescente ser tratado como sujeito de direitos, respeitada sua condição de pessoa em desenvolvimento.

E, neste sentido, pode-se verificar que tais relações estão contempladas e protegidas pelos princípios constitucionais, como se expõe na sequência.

4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE A RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

Para Kant (2009, p. 134-135, 140-141), a dignidade humana é uma qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impede a sua coisificação e se materializa através da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Este atributo, contudo, é também reconhecido aos indivíduos desprovidos de condições de se autogerirem, como, por exemplo, as crianças.

Kant (2009, p. 264-265) afirma que tudo tem preço, quando pode ser trocado por algo equivalente, ou dignidade, quando está acima de qualquer preço, pois é um fim em si mesmo, que nesse caso, não existe um valor relativo, isto é, um preço, mas dignidade, quer dizer, um valor absoluto. A condição da moralidade é única em poder fazer de um ser racional um fim em si mesmo, porque é através dela é que se pode ser membro legislador em “um reino de fins”.

A dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e é considerada como uma meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito, porque a destruição da dignidade implica na destruição da pessoa (SARLET, 2002, p. 27-28). Eleito à condição de princípio jurídico, despontou no Brasil nos últimos anos e que está em um momento de elaboração doutrinária e em uma busca de maior densidade jurídica.

Referido princípio identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo, relacionando-se com a liberdade, com os valores do espírito e com as condições materiais de subsistência. A história demonstra que o desrespeito a esse princípio foi um dos estigmas do século que se encerrou e que a luta por sua afirmação reflete um novo tempo, que ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente. A dignidade expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade e seu conteúdo está associado aos direitos fundamentais, envolvendo direitos individuais, políticos e sociais, compondo um mínimo existencial, ou seja, o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável à própria liberdade (BARROSO, 2003, p. 334-335).

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, de acordo com o art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, sendo considerada uma "cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana", ainda, a dignidade é o "valor máximo" do ordenamento jurídico brasileiro, devendo informar todas as relações jurídicas e estando sob seu comando a legislação infraconstitucional (TEPEDINO, 1999, p. 47-48).

Dessa conclusão, Sarlet (2002, p. 62) formula uma proposta de conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana, como a “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano”, que o tornaria merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, quanto ao complexo de direitos e deveres fundamentais que garantam condições existenciais mínimas para uma vida saudável e a protejam de qualquer ato degradante ou desumano, propiciando sua participação ativa nos destinos da sua existência e dos demais seres humanos.

Nas relações paterno-filiais, a tutela da dignidade da pessoa humana deve ser amplamente assegurada, cabendo ao Direito oferecer instrumentos para impedir a violação a esse valor maior. As disposições atuais, que reconhecem que a família é a base da sociedade, merecendo a proteção do Estado e a igualdade jurídica entre todos os filhos, além de outras disposições, nada mais visam do que assegurar a preservação da referida dignidade.

Aliado ao princípio da dignidade humana, surge o princípio da paternidade responsável, inserido no direito do estado de filiação e garantido implicitamente na Constituição Federal, nos artigos 226 e 227.

A família tem especial proteção do Estado e é seu dever assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de discriminação, vedando expressamente as designações discriminatórias relativas ao estado de filiação. Também se pode inferir tal princípio, quando o § 7º do art. 226 deixa à livre decisão do casal o planejamento familiar, baseado na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável.

Muito antes de qualquer previsão constitucional, a Declaração dos Direitos da Criança⁴ já determinava, no Princípio 6º⁵ que toda criança tem direito ao desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade.

Também a Convenção, adotada pela Assembleia das Nações Unidas em 1959, já reconhecia o direito ao afeto assegurado ao filho no ambiente familiar.⁶

Assim, o princípio da paternidade responsável fundamenta, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, o planejamento familiar que a Constituição reconhece como um direito pertencente ao casal de livre decisão quanto à constituição familiar, ou seja, planejar o nascimento dos filhos, mas vai além, ou seja, quando o papel do genitor não se esgota na ação de provedor, mas envolve toda a vida do filho até sua maturidade (COMEL, 2006, p. 76).

Quando os pais adquirem este *status*, são contemplados com direitos e deveres que, inclusive, preexistem ao nascimento ou a concepção dos filhos, fundamentando-se no empenho que aqueles devem ter em relação a estes, quando, além de suprir as necessidades materiais, devem proporcionar-lhes carinho, afeto e companheirismo (ROLLIN, 2003, p. 37).

É importante ressaltar que o princípio da paternidade responsável vem ao encontro com uma nova mentalidade do papel de pai e de mãe, em que se exige uma comunicação entre pais e filhos que antes não existia em razão do poder autoritário imposto e exercido. Referida comunicação envolve e requer uma construção progressiva, cuja presença gera laços de afetividade, independente da origem biológica do filho. Como salienta Comel (2006, p. 89), o pai cria laços, externados em “[...] fonte de alegrias verdadeiras, durabilidade no tempo, sustentabilidade nos tempos difíceis”. Para que tais laços aconteçam, é necessária a estrutura da família, em que os homens podem se encontrar e quando ocorrem as relações humanas. “São relações construídas e vitais para o homem, podendo acontecer em diversos níveis, contudo o de maior intimidade é chamado grupo familiar ou família”.

Concluindo, para que a paternidade e a maternidade sejam exercidas de forma responsável, deve ser levado em consideração o melhor interesse da criança, necessitando que os pais destinem mais do

⁴ Aprovada por unanimidade em 20 de novembro de 1959, pela Assembléia Geral da ONU, é integralmente fiscalizada pela UNICEF, organismo da ONU, criada com o fim de defender e integrar as crianças na sociedade e zelar pelo seu convívio e interação social, cultural e até financeiro conforme o caso, dando-lhes condições de sobrevivência até a sua adolescência. Tem como base e fundamento os direitos a liberdade, estudos, brincar e convívio social das crianças que devem ser respeitados e preconizados em dez princípios.

⁵ Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

⁶ A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança é um tratado que visa à proteção dos menores em todo o mundo, aprovada na Resolução 44/25 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989. Dentre os princípios consagrados pela Convenção, estão o direito à vida, à liberdade, as obrigações dos pais, sociedade e do estado em relação à criança e adolescente. Os estados signatários ainda comprometem-se a assegurar a proteção dos menores contra as agressões, ressaltando em seu artigo 19 o combate à sevícia, exploração e violência sexual (pedofilia). Esta convenção foi ratificada pela quase totalidade dos estados membros das Nações Unidas com a exceção de Somália e Estados Unidos da América.

que recursos materiais. E, atualmente, tal realidade se confirma, porque de nada adianta recursos materiais, se o filho não tem o necessário para seu desenvolvimento biológico, psicológico e social.

A questão que surge é: o que fazer quando o pai não dá carinho, amor, afeto, atenção e cuidado ao filho? Este direito pode ser exigido? De que forma? Pode tal direito ser substituído por uma prestação pecuniária indenizatória? É o que se pretende discutir a seguir.

5 O ABANDONO AFETIVO

O abandono afetivo e a reflexa indenização vêm sendo alvo de questionamentos nos tribunais pátrios e entre os doutrinadores como se pode observar nos dizeres de Tartuce (2011, p. 230): “A tese do *abandono moral*, *abandono afetivo* ou *abandono paterno-filial*, também denominada como *teoria do desamor*, tem sido discutida amplamente pelas páginas da doutrina do Brasil, tanto por aqueles autores que se dedicam à responsabilidade civil quanto entre os familiaristas”.

O assunto começou a ganhar destaque a partir do pedido de Alexandre Batista Fortes contra Vicente de Paulo Ferro de Oliveira, que foi amplamente veiculado na mídia nacional, quando o extinto Tribunal de Alçada Civil do Estado de Minas Gerais, reformando a decisão singular, condenou o pai do autor ao pagamento de indenização de 200 (duzentos) salários-mínimos, porque, após a separação da mãe do autor e a constituição de nova família, o pai passou a privar o filho de sua convivência. Não se discutia, no caso, os alimentos – prestações para o sustento material, mas sim o direito ao afeto (TARTUCE, 2011, p. 230).

Em recurso ao Superior Tribunal de Justiça, o processo, autuado sob nº 757.411-MG, por maioria de votos, reconheceu que o abandono afetivo não pressupunha a prática de ato ilícito e, assim, impossível a reparação pecuniária⁷.

Os argumentos que fundamentaram o voto do relator são de que, inicialmente é importante determinar quais danos extrapatrimoniais são passíveis de reparação pecuniária e, no caso de abandono ou descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, a legislação pátria – Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil – já determinam a perda do poder familiar, pena civil mais grave a ser imputada ao pai;

Na sequência, sustenta que, as vezes, aquele que detém a guarda isolada do filho transfere a ela sentimentos de ódio e vingança contra o ex-companheiro e a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso. Assim, o pai, após a condenação, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou se verá definitivamente afastado do filho pela barreira erguida durante o processo litigioso? Ao admitir a indenização, não se estará enterrando em definitivo a possibilidade do pai buscar o amparo do amor dos filhos, no presente ou na sua velhice? O deferimento do pedido não atenderia o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo já é providenciado com a pensão alimentícia.

Ao final, entende o relator que: “Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.” (BRASIL, 2006).

O voto do Ministro Cesar Asfor Rocha ressalta que tudo o que diz respeito às relações entre parentes só podem ser analisadas e apreciadas à luz das normativas do direito de família, esta como instituição com proteção constitucional como nenhuma outra recebe, dada a sua importância na formação do Estado.

Assim, por mais sofrida que tenha sido a dor suportada pelo filho, por mais reprovável que tenha sido o abandono – que, no entender do ministro não se configurou no caso em questão – a repercussão

⁷ 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 (BRASIL, 2006).

ao pai só se dá no campo dos alimentos e da destituição do poder familiar, repudiando-se a quantificação do preço do amor⁸.

Contudo, em voto contrário, o Ministro Barros Monteiro entendeu que, no caso, ocorreram a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade. O dano foi comprovado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante a falta de convivência. Poderia, ainda, haver a excludente de responsabilidade do réu se o pai demonstrasse a ocorrência de força maior, o que não foi sequer cogitado no acórdão recorrido.

Também sustenta que não se confunde a destituição do poder familiar – sanção de direito de família – com a indenização por dano moral, devida e configurada pelo ordenamento jurídico pátrio (BRASIL, 2006).

Em 2009, no julgamento do REsp 514350/SP, o STJ manteve o entendimento externado no processo retromencionado⁹.

Posteriormente, na análise do Recurso Especial nº 1.159-242-SP, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, através do voto da Ministra Nancy Andrigli, reviu seu posicionamento anterior, aceitando que o descuido com a prole caracteriza ilícito civil na forma de omissão e, assim, possível o pedido de compensação por danos morais¹⁰.

Inicialmente a decisão busca reconhecer a possibilidade de configuração do dano moral nas relações familiares, sustentando que a legislação pátria trata do tema de maneira ampla e irrestrita, com fundamento no art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal e arts. 186 e 927 do Código Civil, combinada com a questão de que a relação entre pais e filhos tem preconização constitucional e legal de obrigações mínimas.

E tais “funções legais” estão previstas no dever legal de cuidado, criação e educação dos filhos, estando aí abrangidos elementos materiais e imateriais, necessários para a adequada formação do ser humano.

⁸ Do voto do ministro extrai-se: “Ao ser permitido isso, com o devido respeito, iremos estabelecer gradações para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandono por uma semana, o valor da indenização seria “x”; se abandono por um mês, o valor da indenização seria “y”, e assim por diante”.

⁹ 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 (BRASIL, 2009).

¹⁰ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, 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 (BRASIL, 2012).

É no dever de cuidado e não no dever de amar que se funda a decisão, porque o dever de cuidado significa colocar o filho a salvo de toda a forma de negligência, a teor do dispositivo constitucional (art. 227), repetido no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 5º). (BRASIL, 2012).

Do corpo da decisão colhe-se que não se fala ou se discute o amar, mas a imposição biológica e legal de cuidar. O amor é motivação que foge dos limites legais, possuindo subjetividade e impossibilidade de materialização. Já o cuidado pode ser definido por elementos objetivos, podendo ser verificado e comprovado o seu cumprimento, através de ações concretas, como a presença, o contato, as ações em favor da prole, o tratamento dado aos filhos, etc. “Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever”. (BRASIL, 2012).

Assim, continua a decisão, a comprovação de que o dever de cuidado foi descumprido implica na ocorrência do ilícito civil, na forma omissiva, quando o *non facere* atinge um bem juridicamente tutelado.

Quanto a fixação do dano, a decisão discorre que seria facilmente verificável através 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.

Contudo, a possibilidade de compensação não deve a isso se limitar, porque inúmeras circunstâncias dão azo à compensação, especialmente a ausência quase que completa do contato do pai com a filha, no caso em apreço.

Em voto contrário, o Ministro Massami Uyeda discorda do entendimento da relatora, ressaltando que a decisão pode trazer intranquilidade, porque “[...] a interpretação dos princípios constitucionais requer razoabilidade e proporcionalidade”. E continua, ao questionar o que é a negligência no sentido do dever relativo ao poder familiar. Todas as pessoas tem defeitos, falhas, mas reconhecer isso como direito não é possível, porque a vida é feita de perdas e ganhos, “[...] talvez até mais de perdas do que de ganhos”. (BRASIL, 2012).

Contra a decisão do Recurso Especial nº 1.159-242-SP foram interpostos Embargos de Divergência, justamente pelo fundamento de que o acórdão recorrido dissentiu do entendimento firmado pela Quarta Turma tendo, como paradigmas, os julgados relativos aos Recursos Especiais nº 514.350-SP e 757.411-MG.

Na análise da divergência, o recurso foi provido mas não conhecido, para legitimar que “O valor jurídico objetivo relativo ao cuidado está incorporado no sistema jurídico brasileiro, cujas disposições, sejam de ordem constitucional (artigo 227 da Constituição Federal) ou infraconstitucional (Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente), apontam para a existência de um dever jurídico de cuidado insito ao poder familiar, consubstanciado na denominada paternidade responsável. Não se fala, portanto, na impossível obrigação de amar, mas sim no impostergável dever de cuidar.”

A partir da decisão proferida no REsp 1.159.242, que transforma o dever de afeto, cuidado, amor em uma simples prestação pecuniária indenizatória. Os Tribunais pátrios irão cuidar de mágoas, de resolver conflitos privados, de monetarizar o afeto.

E é aqui que surgem várias perguntas:

Qual é o valor a ser arbitrado no caso da indenização?

Como mensurar a falta de afeto?

Deve se levar em consideração, analogicamente ao direito alimentar, os critérios de necessidade x possibilidade?

Ou utilizar os pressupostos da responsabilidade civil, que entendem que o dano moral deve, ao mesmo tempo, compensar a dor da vítima e penalizar o agressor?

E mais, qual o valor que deve ser pago pela decepção de uma criança que realiza junto com seus professores e coleguinhas na escola uma apresentação para o dia dos pais (preparada uma semana antes, ou mais) e na hora o mesmo não esta presente para recebê-la? Ou então, ter a presença, carinho, afeto no momento em que se encontra doente? Enfim, poder-se-ia citar várias e diversas outras situações como esta, mas o que realmente importa aqui é a dignidade desta criança.

A dignidade humana deve ser preservada, pois coisas tem preço, já o ser humano tem dignidade, ou seja, esta acima de qualquer valorização monetária.

A dignidade humana não depende de reconhecimento jurídico para existir (MARTINEZ, 1996, p. 21), pois é um bem inato e ético, colocando-se acima, inclusive, das especificidades culturais e suas diversas morais e a sua violação evidencia afronta a capacidade de autodeterminação do ser humano e de sua própria condição de ser livre.

Conclusão

O abandono afetivo, também chamado de Teoria do Desamor, vem exigindo dos operadores do Direito uma ampla discussão sobre seu cabimento ou não, bem como dos limites da indenização.

Antes limitadas às discussões sobre alimentos e poder familiar, agora as relações paterno-filiais evoluem, entendendo que além do dever de sustento, guarda e educação, o filho tem direito ao amor, ao afeto, ao carinho e ao cuidado por parte do genitor.

Não sendo possibilitado ao filho este rol de direitos, surge o abandono afetivo, considerado como o descaso, o descuido e, em algumas situações, a total ausência de convivência entre pai e filho.

Contudo, este abandono deve ser analisado com cuidado, porquanto as situações de cada caso concreto devem determinar se existiu ou não o abandono.

Sabe-se que, muitas vezes, a falta de contato de um genitor com o filho é ocasionada por aquele que detém a guarda e que, por motivo de raiva, vingança, ciúmes, inicia campanha de desqualificação do genitor, alienando-o em relação ao menor.

Instados a se manifestar, os juízes pátrios vem proferindo decisões diversas. No Superior Tribunal de Justiça, especificamente, a matéria evoluiu no pensamento dos Ministros.

A primeira manifestação do STJ, no ano de 2006, entendeu que o abandono afetivo não poderia ser considerado ilícito civil, e, em consequência, incapaz de gerar direito à indenização, porque escapa ao Poder Judiciário obrigar alguém a amar e, portanto, nenhuma finalidade positiva poderia ser alcançada através de indenização.

Em 2012, o STJ reviu seu posicionamento, de forma majoritária, ao aceitar que a falta de cuidado com a prole caracteriza o ilícito civil e inovou ao considerar que o abandono afetivo não é a falta de afeto, a falta de amor, e sim a falta de cuidado.

Reconhecido o ilícito, parte-se para a segunda parte, a fixação da indenização. Que critérios utilizar para tal. Reconhecem os juízes que vários são os fatores a serem verificados, inclusive patologias psicológicas decorrentes do abandono.

A decisão faz parecer fácil estabelecer um valor, principalmente quando o genitor possui considerável quantidade de patrimônio, como no caso em análise.

A questão que surge é como estabelecer indenização para o pai que não tem condições sequer de pagar alimentos. E como mensurar a dor sofrida pelo filho, transformar em mero valor pecuniário. Como mensurar a decepção, o desapontamento. Como substituir, com dinheiro, o carinho, o afago, o abraço.

Garantir ao filho seu direito digno de existência e de uma existência com carinho, afeto e dedicação do genitor não pode ser transformada, posteriormente, em mera indenização por descumprimento de dever legal. A garantia da dignidade vai além, não pode ser monetarizada, porquanto qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

REJUR - Revista Eletrônica Jurídica. Volume 2, n. 1, Campo Largo, jan-jun, 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Proc. nº REsp 1159242/SP, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior. Proc. nº REsp 514.350/SP, Quarta Turma, julgado em 28/04/2009, DJe 25/05/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministro Fernando Gonçalves. Proc. nº REsp 757.411/MG, Quarta Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COMEL, Nelsina Elizena Damo. *Paternidade Responsável*. 2. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

FLORES, Joaquín Herrera. *A (Re)invenção dos Direitos Humanos*. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Universidad de León, 1996.

PECES-BARBA, Gregório. La diacronia Del fundamento y Del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

PIOVENSAN, Flavia et al. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

ROLLIN, Cristiane Flores Soares. Paternidade responsável em direção ao melhor interesse da criança. In *Tendências Constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos*

Teixeira Giorgis. Sérgio Gilberto Porto; Daniel Ustároz (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Marcos Alves da. *Do Pátrio Poder à Autoridade Parental: Repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TARTUCE, Flávio. Abandono Afetivo (Indenização) – Comentários a Julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Danos Morais por abandono afetivo. In: *Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. Caetano Lagrasta Neto, Flávio Tartuce, José Fernando Simão (org.) São Paulo: Atlas, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil - Constitucional Brasileiro, in *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THEODORO, Marcelo Antonio. *Direitos fundamentais & sua concretização*. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2005.