

O ABANDONO AFETIVO DO FILHO, COMO VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

“Amar é faculdade, cuidar é dever”.

Ministra Nancy Andrighi. (In STJ – REsp. 1.159.242/SP)

Clayton Reis*

Simone Xander Pinto**

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Fundamentos dos Direitos da Personalidade; 3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 4 Requisitos Formais do Poder Familiar; 5 As Relações Jurídicas e Meta-jurídica entre Pais e Filhos; 6 O Afeto como Fundamento das Relações Paterno-filiais; 7. As Violações aos Deveres Inerentes ao Poder Familiar; 8 Os Danos Morais Decorrentes dessas Violações; 9 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: O afeto é o ponto determinante nas relações familiares, especialmente entre os pais e os filhos. Não se pode descurar que o ser humano que sempre mereceu particular proteção do *mens legis*, fique ao desamparo dos titulares do poder familiar. O cumprimento dos deveres inerentes ao pátrio poder não se circunscreve apenas nas obrigações de mera conduta de proteção, assistência material, intelectual, mas sim no dever de cuidar e tratá-los com emoções e sentimentos. Os filhos merecem um novo olhar, um olhar claramente humanizado. Somente através dessa linha de conduta será possível modelar a personalidade dos filhos, voltada para a construção de uma sociedade em que predomine o princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Violação dos Direitos; Afetividade dos Filhos; Ambiente Familiar.

EFFECTIVE ABANDONMENT OF THE CHILD AS A VIOLATION OF THE RIGHTS OF THE PERSON

ABSTRACT: Affection is the most determining theme in family relationships, especially between parents and children. The human being who always had the special protection

* Magistrado do TJPR aposentado; Pós-Doutorado na Universidade de Lisboa; Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR; Especialista em Responsabilidade Civil pela Universidade Estadual de Maringá - UEM; Docente Titular do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA; Docente Adjunto da Universidade Tecnológica Federal do Paraná - UTFPR; Docente Permanente do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Maringá - CESUMAR/Maringá; Docente da Escola da Magistratura do Paraná; Membro fundador da Academia Paranaense de Letras Jurídicas; E-mail: claytonreis2003@yahoo.com.br

** Discente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas – PPGCJ no Centro Universitário de Maringá – CESUMAR, Maringá/PR

of the mens legis cannot be subjected to abandonment by the holders of family authority. Attendance to obligations inherent to parents' authority should not be restricted to a mere protective behavior and to material and intellectual assistance but especially in the duty to care and treat children with emotions and feelings. Children require a humanized attendance. Through such behavior, children's personality is thus modeled towards the building of a society in which the principle of the dignity of the human person predominates.

KEY WORDS: Violation of Rights; Affectivity of Children; Family Milieu.

EL ABANDONO AFECTIVO DEL HIJO, COMO VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

RESUMEN: La afectividad es el punto determinante de las relaciones familiares, especialmente entre padres e hijos. No se puede descuidar que el ser humano que siempre mereció particular atención mens legis, se quede al desamparo de los titulares del poder familiar. El cumplimiento de los deberes al patrio poder no se circunscribe solo en las obligaciones de mera conducta de protección, ayuda material, intelectual, pero sí en el deber de cuidar y tratarlos con emoción y sentimientos. Los hijos merecen una nueva mirada, una mirada humanizada. Solo a través de esa línea de conducta será posible modelar la personalidad de los hijos, que se vuelve para la construcción de una sociedad en la que predomine el principio de dignidad de la persona humana.

PALABRAS-CLAVE: Violación de los Derechos, Afectividad de los Hijos, Entorno Familiar.

INTRODUÇÃO

O Direito de família é permeado por uma série de relações entre pessoas que se agregam nesse ambiente societário, onde se entrelaçam sentimentos diversos. As relações de afeto representam o ponto culminante nessa sociedade. Assim, a família é, por excelência, o ponto de equilíbrio de convivência entre pessoas de origens e formações diferentes. É nesse ambiente social de enorme complexidade, um verdadeiro laboratório da existência humana, onde a pessoa modela sua personalidade. É no interior desse o cadinho onde se temperam os mais diversos efeitos psicológicos agregadores da modelagem do ser humano – é a *célula-mater* da sociedade, instituição fundamental destinada à formação do tecido social. Desde tempos remotos o Estado sempre manifestou particular preocupação com os rumos da família, considerando a sua poderosa influência na formação estrutural dos mecanismos sociais. Por esta razão, o *caput* do artigo 226 da CF/88 proclamou: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Ao legislador romano desde há muito conferiu à família um papel diferenciado em razão da sua importância social, econômica e política para o Estado, atribuindo ao *paterfamiliae* poderes especiais para disciplinar e conduzir os integrantes dessa importante comunidade de pessoas. Na lição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, citado por Eduardo de Oliveira Leite¹, “a família desempenhou várias funções na sociedade, sempre tendentes a alcançar um dos objetivos da sua formação: a duração”. É exatamente a durabilidade dessa instituição que sempre assegurou segurança e estabilidade ao Estado. A despeito dos conflitos internos presentes no núcleo familiar ele ainda representa um marco e modelo de conduta ética e moral, valores que influem na formação da cidadania dos seus membros, e que interferem na própria sociedade. A família, a despeito das suas crises, se perpetua através do nome e do sangue dos seus componentes porque, no geral, se encontra agregada através de laços que extrapolam a passageira materialidade da existência.

As rupturas e as desagregações não são incomuns na sociedade familiar². O respeito e a consideração (art. 1566, V CC) que deve predominar no ambiente familiar apontam para uma linha de conduta valiosa nesse núcleo social. As próprias relações que qualificam e justificam essa união – *affectio maritalis* – na família são fundadas em elementos de valor. Nesse caso, as relações de afeto, amor, consideração e respeito são componentes axiológicos que cimentam a união entre as pessoas que compõem o grupo familiar.

Os rompimentos familiares afetam a estrutura espiritual das pessoas, gerando fissuras de grande magnitude na personalidade de todos aqueles envolvidos nesse processo de desagregação simbolizado nas perdas afetivas do ser humano. Todo projeto existencial de uma pessoa poderá ruir com a perda da identidade familiar. Eduardo Leite³ aponta que: “A literatura especializada (e abalizada, isto é, oriunda de efetivos estudos e observações científicas) tem demonstrado que o rompimento dos laços conjugais gera uma série de danos, dos mais diversos matizes. Desde a consideração mais materialista (do tipo, efeitos econômicos-financeiros) até a concepção, mais subjetiva (dor moral e efeitos emocionais) o rompimento, necessariamente, provoca efeitos nefastos – emocionais e físicos - nas pessoas”. Portanto, é naturalmente compreensível que as desagregações familiares, porque alicerçadas em relações de afeto, geram profundos efeitos na personalidade da vítima.

É no casamento que o homem e a mulher se encontram para realizar a grande tarefa de formação da família. Para esse mister, se torna necessária a superação dos problemas cotidianos da vida e, especialmente, das crises que ocorrem na direção da sedimentação do núcleo familiar e decorrentes da geração dos sucessores. Nesse cadinho onde se fermentam emoções de diversos matizes, sempre será necessário invocar valores presentes na compreensão, na tolerância, no amor e nos ideais que se encontram ínsitos

1 LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2011, p. 29.

2 Eduardo de Oliveira Leite, em sua obra citada, p. 30 proclama que: “Se a regra dos casamentos é a duração, se o normal, diríamos sem vacilar, é a permanência; a ruptura é a exceção, o divórcio é a situação excepcional”.

3 LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., 2011, p. 33

na família como valores supremos. “E, dentre esses valores fundamentais”, assinala Carlos Alberto Bittar⁴, “estão a dignidade da família, a dignidade da pessoa humana, a dignidade da prole, etc. Ora, tendo em vista o caráter íntimo desse vínculo contratual, estão envolvidos nessa relação os direitos da personalidade com toda sua intensidade”. Nesse sentido, é lícito deduzir que as rupturas que se operam na sociedade familiar produzem imensos danos na esfera patrimonial e especialmente moral dos seus integrantes. Assim, a exposição social da intimidade e privacidade dos cônjuges – presentes no processo da ruptura litigiosa dos laços afetivos que foram a causa da união do homem e da mulher – interfere de forma incisiva nos direitos da personalidade.

2 FUNDAMENTOS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A consagração dos Direitos da Personalidade prescritos nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002 representou para a sociedade brasileira um dos mais avançados passos na direção da tutela da pessoa humana em face do princípio da dignidade, não obstante o acanhamento do legislador, segundo a ótica de Gustavo Tepedino⁵. Todavia, não se pode perder de vista a sua importância como instituto civil inovador no sistema legislativo brasileiro, que foi ampliado e confirmado pelos doutrinadores nacionais e pela jurisprudência dos nossos Tribunais pátrios. Nessa linha de inteligência, se a Constituição Federal brasileira positivou a tutela da personalidade humana nas mais diversas direções, consagrou da mesma forma “o princípio previsto no artigo 1º, inciso III da CF/88 funciona como uma cláusula geral de tutela da personalidade, permitindo a utilização dos mais diversos instrumentos jurídicos para sua salvaguarda”, como assinala Gustavo Tepedino⁶. O que se pretende através desse instituto é ampliar os direitos de proteção da pessoa humana em seus mais diversos componentes, em especial aqueles que integram os elementos estruturais da personalidade. E, dentre esses direitos, ressalta-se a liberdade consciente do seu titular em realizar escolhas em face do seu projeto de vida⁷.

4 BITTAR, Carlos Alberto. Danos morais e materiais decorrentes da ruptura do casamento. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 100.

5 TEPEDINO, Gustavo. **Código civil interpretado**: conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 31,

6 *Ibid.*, 2004, p. 11.

7 Nesse sentido o Ministro Relator do STJ Luis Felipe Salomão em seu voto (In STJ – REsp. 1183378/RS) proclamou: No mesmo sentido foi o voto do Ministro Marco Aurélio (STF), alicerçado em escólio proferido pelo ilustre Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos Antônio Augusto Cançado Trindade, acerca do direito de todo indivíduo à livre formulação de um projeto de vida: Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. Loayza Tamayo *versus* Peru, Cantoral Benavides *versus* Peru), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no caso Gutiérrez Soler *versus* Colômbia, julgado em 12 de setembro de 2005: ***Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo “projeto” encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à idéia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. (tradução livre)***. (destaque do autor).

Nessa ordem de ideias Wanderlei de Paula Barreto⁸ ensina que, “A denominação Direitos da Personalidade foi sufragada para coactar conotação difusa genericamente compartilhada com outras designações recorrentes, a saber, direitos humanos, direitos fundamentais, liberdades públicas, direitos civis, direitos de estado ou direitos da pessoa”. Enfim, uma plethora de emanações da pessoa que se incorporam à estrutura dos direitos da personalidade, a merecer a ampla e irrestrita proteção do direito. É inadmissível no momento presente a inexistência de uma proteção ilimitada aos direitos fundamentais da pessoa, com o propósito de salvaguardá-la das incontáveis agressões que o ser humano sofreu no curso do processo civilizatório. Essa conduta legislativa traduz a maturidade da sociedade, em face do ordenamento jurídico que objetiva reequilibrar as relações humanas, impedindo que violações de outrora voltem a ocorrer ou se perpetuem no sempre difícil e controvertido relacionamento humano⁹. De acordo com esse pensamento, a proteção jurídica da personalidade é um instituto que não admite limites de intervenções, particularmente quando se trata de tutelar valores sobre os quais se encontram estruturados os elementos axiológicos na intimidade do grupo familiar. Daí porque Wanderlei de Paula Barreto¹⁰ leciona que, “por último, resta referir a situações em que o interesse público legitima uma intervenção na incolumidade físico-psíquica do ser humano, mesmo que ausente o seu consentimento”. Essa prerrogativa do Estado na intervenção sobre os direitos da pessoa para resguardá-la de ofensas à sua personalidade retrata o ponto culminante a que chegaram os países signatários da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948 na defesa da dignidade do ser humano – princípio incrustado no artigo 1º, inciso III da CF/88. E, por essa razão Rabindranath Capelo de Souza¹¹ proclama que, “Daqui decorre que a pessoa humana – toda e qualquer pessoa humana – é o bem supremo da nossa ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim”. Postura prescrita no artigo 13 da Constituição da República Portuguesa, que foi igualmente recepcionada na Carta Magna do Brasil.

Nessa linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça delineou com sua pontualidade característica no V. Acórdão ora destacado: “Outrossim, entre os direitos fundamentais consagrados pela CF/88 está a **dignidade da pessoa humana**, que compreende a garantia dos direitos da personalidade, isto é, o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio ou, no escólio de Rubens Limongi França, a “*faculdade jurídica cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim*

8 BARRETO, Wanderlei de Paula. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Coordenada por Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I, p. 99.

9 No dizer de SOUZA, Rabindranath V.A.; C. de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra, Coimbra Ed., 2001, p. 27: “Evolução essa que não se encerrou que se encontra numa fase de maturação e de transformação e que importa projectar no futuro, face, v.g., às conseqüências no plano jurídico da utilização pelas sociedades contemporâneas de sofisticada e ambivalente aparelhagem tecnológica, que cada vez mais planetariza a sociedade humana a nível quase de uma *aldeia global* e lhe introduz ritmos e rupturas diversas, questionando inclusivamente o perfil biológico do homem e sua inserção axiológica”.

10 BARRETO, Wanderlei de Paula, op. cit., 2005, p. 133.

11 SOUZA, Rabindranath Capelo de, op., cit., 2001, p. 97.

as suas emanções e prolongamentos” (In STJ – REsp. 1.037.759 – RJ). Todas as emanções que provem do direito de família certamente são oriundas de manifestações da personalidade das pessoas que integram esse grupo social. É na intimidade do grupo familiar que nos encontramos ‘despidos’ das ‘fantasias sociais’ impostas pelos regramentos determinados pelos padrões presentes no ambiente social. No interior da família somos o ‘homem primário’, despido de convenções, sem limites de condutas e por consequência em processo de educação e formação da cidadania. Por esta razão que a família é a base da sociedade considerada inclusiva como sua *célula mater*. É no ambiente familiar que estruturamos nossa personalidade¹².

Na concepção de Cristiano Chaves de Farias Nelson Rosenvald¹³, “Nota-se, assim, que é nesta ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela suscetibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade, na busca da felicidade – aliás, não só pela fisiologia, como, igualmente, pela psicologia pode-se afirmar que o homem nasce para ser feliz”. A intervenção do processo educativo, a conduta dos pais, o modelo de estruturação familiar, as heranças da família e os padrões utilizados pelos pais no processo de educação dos seus filhos, é que formam a base dos elementos axiológicos importantes na estruturação da personalidade dos filhos. Roberto Senise Lisboa¹⁴ assinala ser esse o momento decisivo na educação da criança em que os pais contribuem para a consolidação da personalidade do filho. Nesse sentido pontifica: “A integridade psíquica também é protegida desde a infância, buscando-se o desenvolvimento da criança e do adolescente e a sua inserção na convivência social. Da educação que se recebe nos primeiros anos de existência edifica-se o caráter da pessoa e demonstram-se as alternativas de vida em ele pode escolher”. O lar é assim, a oficina da construção da personalidade da criança, o atelier em que os pais pintam na tela branca as variadas cores e figuras da existência humana. O sucesso na modelagem da personalidade da criança está relacionado com a sensibilidade e a responsabilidade dos progenitores, sempre voltados para a obtenção dos resultados almejados. Quando a família falha nesse processo de construção da cidadania, o Estado paga preços elevadíssimos na construção de sistemas de repressão e na construção das penitenciárias!

No processo de estruturação da personalidade do ser humano, na feliz expressão de Divaldo Pereira Franco¹⁵, “A educação, a psicoterapia, a metodologia da convivência humana devem estruturar-se em uma consciência de ser, antes de ter, de ser, ao invés

12 Na perspectiva de FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Jus, 2009, p. 2: “É certo que o ser humano nasce inserto no seio familiar – estrutura básica social – de onde se inicia a moldagem da sua potencialidade com o propósito da convivência em sociedade e da busca de sua realização pessoal”.

13 Id.

14 LISBOA, Roberto Senise. **Teoria geral do direito civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 171.

15 FRANCO, Divaldo Pereira, **O homem integral pelo Espírito de Joanna de Angelis**. Salvador: Livraria Espírita Alvorada, 1990, p. 65.

de poder, de ser, embora sem a preocupação do parecer”. E, todo esse processo de personalização se opera, como afirmado, no interior do lar, na intimidade da família e na adequada estruturação presente nesse projeto e arquitetura do novo ser social. Daí porque, na visão de Divaldo Pereira Franco¹⁶, “O lar, em consequência, a família, tornam-se educandários de excelente qualidade para os ajustes e reabilitações dos agressores de qualquer natureza. Cada membro do teu lar é uma gema preciosa que Deus te concede para lapidação, a fim de que a grandeza que lhe dorme sob a ganga seja desvelada e possa brilhar ante qualquer claridade que a atinja”. O esforço dos pais para os ajustes necessários dos filhos, diante dos embates que a sociedade materialista e imediatista se opõe, são enormes exigindo destes acurada consciência dos processos de desintegração da personalidade presentes na sociedade modelada por valores efêmeros e passageiros. Para essa tarefa, no dizer de Erich Fromm¹⁷, “Não existem atalhos psicológicos para a solução da crise de identidade exceto a transformação fundamental do homem alienado no homem vivo”. Por isso, os pais responsáveis por essa transformação da personalidade dos seus filhos, enfrentam na modernidade adversidades imensas que são fontes de inesgotáveis preocupações¹⁸.

3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade do ser humano foi insculpido em nossa Constituição da República brasileira de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, representando um importante marco, na direção da ampla tutela da pessoa. Segundo Imanuel Kant, destacado por Ingo Wolfgang Sarlet¹⁹, “Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade”. A dignidade da pessoa abarca uma pletora de outros direitos centrados na personalidade do seu titular – desde o direito à vida, como o direito de viver nela com o mínimo de dignidade. E, nesse caso, envolvendo direito à saúde, a educação, a segurança, à educação, ao lazer e aos demais direitos que compõem o universo de meios e

16 FRANCO, Divaldo Pereira. **Iluminação interior**. Ditado pelo Espírito de Joanna de Angelis. Salvador: Livraria Espírita Alvorada, 2006, p. 125.

17 FROMM, Erich. **A revolução da esperança**. São Paulo: Círculo do Livro, [19--], p. 102.

18 Por essas acendradas razões, a Ministra Nancy de Fátima Andrighi, no voto da sua lavra junto ao Superior Tribunal de Justiça (In STJ - REsp. 1.159.224/SP) prolatou: “Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas um fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania”.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 33.

fins de que se vale o ser humano para coexistir no ambiente de convivência social. Por essa razão, o princípio retrata a inserção em que se encontra a pessoa humana em um mundo de relações, onde deve imperar o respeito e a consideração mútua entre os demais seres²⁰.

O princípio da dignidade, de origem filosófico-cristão, sedimenta a ideia de que o ser humano deve ser respeitado em face dos seus valores e, em razão da sua liberdade de escolhas em seu ambiente existencial. Ingo Wolfgang Sarlet²¹ ensina que, “A concepção de inspiração cristã e estoíca continuou a ser sustentada durante a idade média, tendo sido Tomás de Aquino quem expressamente chegou a fazer uso do termo *dignitas humana*, no que foi secundado, já em plena Renascença e no limiar da idade Moderna, pelo humanista italiano Pico de Mirandola, que, partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, sustentou ser esta que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino”. Esse imperativo axiológico fundamental, como se observa em face do seu conteúdo valorativo, introduz na ordem jurídica uma norma fundamental que exerce absoluta intervenção nas demais na qualidade de valor dos valores²². Na ótica de Maria Celina Bodin de Moraes²³, “o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, tornou-se um comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, do mesmo modo que já havia ocorrido em outras partes”. Portanto, uma regra fundamental condutora das demais normas que traça uma linha de comportamento para todas as pessoas que convivem dentro do arcabouço social e jurídico do Estado brasileiro.

4 REQUISITOS FORMAIS DO PODER FAMILIAR

O poder familiar disciplinado através do artigo 1.630 do Código Civil, prescreve a conduta e responsabilidade dos pais em relação aos filhos, enquanto perdurar a relação de dependência ou menoridade dos filhos biológicos ou adotivos. Segundo Eduardo de Oliveira Leite²⁴, “Resgatando a ideia de igualdade, prevista pelo texto constitucional, o

20 O STJ através de importante voto do Ministro relator Luis Felipe Salomão (In STJ - REsp. 1.183.378/RS) ao referir-se ao princípio da dignidade ressaltou; “Na expressão certa de Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana assume dimensão transcendental e normativa, e a Constituição passa a ser não somente “o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60).

21 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 99.

22 Nesse sentido, MORAIS, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84, nota de rodapé número 150 destaca a opinião de P. Ferreira da Cunha Pinto que diz: “aponta a dignidade da pessoa humana como VALOR DOS VALORES, seria uma espécie de GRUNDNORM”.

23 Ibid., 2003, p. 82.

24 LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 5, p. 278.

artigo 1630, sujeita os filhos ao poder dos pais, enquanto menores, na mesma linha de pensamento já manifestada pelo ECA, no artigo 21, quando se refere, ao exercício do poder parental, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe”. As responsabilidades decorrentes do exercício do poder familiar se assentam em sete diferentes procedimentos priorizados pelo *mens legis* e consubstanciado nos seguintes deveres; 1. Dirigir-lhes a criação e educação; 2. Tê-los em sua companhia e guarda; 3. Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; 4. Nomear-lhes tutor; 5. Representá-los e assisti-los até os 16 anos; 6. Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; 7. Exigir que lhes prestassem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condições.

Na realidade, se tratam de obrigações decorrentes da relação paterno-filial que impõe aos progenitores condutas que sejam aptas a contribuir para a formação da personalidade dos seus filhos, dentro de padrões ético-morais previstos na ordem jurídica e social. Nesse sentido, além das penas previstas no ordenamento civil, os pais poderão ser penalmente responsabilizados pelo abandono material (art. 244 do Código Penal), abandono intelectual (art. 246 do Código Penal) e por entregá-los aos cuidados de outrem expondo o filho a perigo material ou moral (art. 245 do Código Penal). Esses deveres representam procedimentos de condutas que decorrem da própria natureza humana. Afinal, no geral, os filhos são frutos do planejamento familiar na formação da família como previsto no art. 1.565, par. 2º do CC e no art. 226, par. 7º da CF/88, em que a escolha deve ser livre e responsável. Afinal, ninguém é obrigado por força de qualquer ordem jurídica em casar e a ter filhos²⁵. Todavia, quando os consortes se casam e na medida em que são gerados os filhos, os pais têm o natural dever de prover-lhes a manutenção e tratá-los como pessoas de direito em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, é o escólio de Carlos Roberto Gonçalves²⁶, “O instituto em apreço resulta de uma necessidade natural. Constituída a família e nascidos os filhos, não basta alimentá-los e deixá-los crescer à lei da natureza, como os animais inferiores. Há que educá-los e dirigi-los”. Esse instituto jurídico se reveste de caráter público, em razão da sua importância para a sociedade e, em razão de envolver pessoas humanas protegidas pelo princípio da dignidade. Consentâneo com essa realidade, Carlos Roberto Gonçalves proclama que, “O aludido instituto constitui, como foi dito, um *munus público*, pois

25 Segundo NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1162 ensinam que: “Quando se casam, os cônjuges assumem deveres, obrigações e direitos em face do outro com o qual se casou e em face dos filhos que vierem a gerar. Esses deveres existem em razão do casamento celebrado, do contrato do casamento que fizeram, da palavra que empenharam quando se aceitaram mutuamente”.

26 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. VI, p. 367.

ao Estado, que fixa normas para o seu exercício, interessa o seu bom desempenho²⁷. A preocupação do *mens legislatori* decorre da imensa responsabilidade que os pais possuem na condução da educação dos seus filhos. Dificilmente poderão se desonerar dos atos ilícitos praticados pelos filhos menores que se encontram sob sua autoridade e guarda. Na realidade, se trata de culpa objetiva como prescrito pelo art. 932, inciso I, combinado com o art. 933 do Código Civil. Nesse caso, aplica-se aos pais a culpa objetiva em face da teoria da guarda, onde o responsável foi negligente no dever de cuidar, aplicando-se nessa direção o princípio decorrente da culpa *in vigilando*.

Mas, além da obrigação de fiscalizar os atos praticados pelos filhos, os pais em razão da sua condição de geradores de seus descendentes, são detentores de outros deveres mais importantes e significativos nessa ordem – o de amar e cuidar da saúde psicológica dos seus filhos. São esses deveres os mais importantes dentre todos os demais. Por essa razão Erich Fromm²⁸ sinaliza: “Porque não são somente os cinco sentidos, mas também os chamados sentidos espirituais, os sentidos práticos (desejo, amor, etc.), em suma, a sensibilidade e o caráter humano dos sentidos que podem concretizar-se por meio da existência do respectivo objeto, por meio da natureza humanizada”. Enfim, a casa-família é o local onde iniciamos o desenvolvimento da nossa emocionalidade, através de uma relação em que deve predominar o amor, o respeito e a consideração.

5 AS RELAÇÕES JURÍDICAS E META-JURÍDICAS ENTRE PAIS E FILHOS.

A família principia sua formação através da união materializada entre duas pessoas com base no *affectio maritalis*, que representa o elemento afetivo predominante entre o homem e a mulher. É esse sentimento de afeição recíproca quem os levam a consorciar-se através do matrimônio – sem perder de vista as novas relações *homo-afetivas* que existem igualmente entre os novos parceiros, diante de um novo modelo de família que se desenha na sociedade pós-moderna. Segundo lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²⁹, “o escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido os núcleos familiares pelo afeto, como mola propulsora”. Diversamente do *affectio societatis* presente nas relações sociais de interesse estritamente econômico, a sociedade familiar se distancia dessa realidade essencialmente materialista. O interesse voltado para o lucro nessa realidade social, não se amolda à vocação da família. Na ótica de Carlos Roberto

27 O que sobressai nesse dever de cuidado, a princípio material, são as demais obrigações que não podem deixar de ser subestimadas entre os responsáveis pelo poder familiar. Carlos Roberto Gonçalves em sua obra citada, página 367 alude aos seguintes fatos: “O ente humano necessita, durante sua infância, de quem os crie e eduque, ampare e defenda, guarde e cuide dos seus interesses, em suma, tenha a regência de sua pessoa e seus bens. As pessoas naturalmente indicadas para o exercício dessa missão são os pais. A eles confere a lei, em princípio, esse mistério, organizando-o no instituto do poder familiar”.

28 FROMM, Eric. **Conceito marxista do homem**. 3. ed. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1964, p. 40.

29 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., 2009, p. 04.

Gonçalves³⁰, “O direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito”. Isto porque todos os fatos que ocorrem e decorrem do relacionamento entre pessoas, são geridos e administrados por seres humanos na direção de entidades igualmente humanas. Na mesma linha proclama Cristiano Chaves de Farias Nelson Rosenvald³¹, “não há mais proteção à família pela família, senão em razão do ser humano. Enfim, é a valorização definitiva e inescandível da pessoa humana”.

Deduz-se que as relações que predominam nessa sociedade se destinam a aferir e conduzir comportamentos entre seres humanos, onde ocorrem permutas energéticas de afeto e amor, energias positivas que enaltecem e enobrecem o ser humano. Erich Fromm³² chega ao ponto de afirmar que: “A cisão entre o pensamento e o afeto conduz a uma doença, a uma esquizofrenia crônica de baixo grau, do qual o novo homem da era tectrônica começa a sofrer”. A família para ser o instrumento do desenvolvimento da pessoa humana, precisa se equipar com o sentimento de afeto, envolver-se no sentimento do amor ao próximo unidos pelos laços do sangue ou da afinidade.

O Superior Tribunal de Justiça, através do voto proferido pela Ministra Nancy Fátima Andrighi proclamou: “Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar” (in STJ – REsp. 1.159.242/SP). Dessa forma, o reconhecimento jurídico de que as obrigações decorrentes do poder familiar não são apenas disciplinadas por normas contratuais mas, acima de tudo, por elementos axiológicos que predominam nessa modalidade de relação. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³³ concluem que: “nessa linha de intelecção, a entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto Constitucional”.

Os elementos meta-jurídicos são, nessa realidade social, o ponto que determina situações que podem justificar a falência ou a consolidação da instituição denominada família. O nó e o ninho da socióloga Michele Perrot retratam sua preocupação ao concluir que, “o que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor”. Exatamente porque são esses valores que se opõem ao vazio existencial predominante na sociedade do século XXI, alimentada pela vulgaridade das expressões e energizada através da sensualidade das aparências. “Retirar-se da bestialidade das multidões para ficar na companhia dos muito poucos e também no estar só absoluto do Um tem sido a

30 GONÇALVES, Carlos Alberto, op. cit., 2007, p. 06.

31 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., 2009, p. 10.

32 FROMM, Eric, A Revolta da Esperança, op. cit., 1964, p. 56.

33 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., 2009, p. 25.

principal característica da vida do filósofo”, no dizer de Hannah Arendt³⁴. Tais reflexões nos conduzem a repensar a família como centro de valores, onde seus integrantes devem aplicar os conteúdos meta-jurídica porque, é na intimidade dessa relação onde “se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoas, entre outros...”, como assinalado no REsp. 1.159.242/SP, onde se exige maturidade, compreensão e consciência dessas energias, que movimentam o ser humano em seu caminhar pela existência.

6 O AFETO COMO FUNDAMENTO DAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

O afeto é o ponto que convalida as relações familiares. É o elemento axiológico presente no ambiente familiar. Para Nicola Abbagnano³⁵: “Afeto do latim *affectus*; in. *affection*; fr. *Affection*; al. *Affektion*; it. *Affetto*. Entende-se com esse termo, no uso comum, as emoções positivas que se referem a pessoas e que não têm caráter dominante e totalitário da paixão. Enquanto as emoções podem referir-se tanto a pessoas quanto a coisas, fatos ou situações, os afetos constituem a classe restrita de emoções que acompanham algumas relações interpessoais (entre pais e filhos, entre amigos, entre parentes), limitando-se à tonalidade indicada pelo adjetivo *afetuoso*, e que, por isso, exclui o caráter exclusivista e dominante da paixão”. Essa relação predominante no ambiente familiar foi atualmente alçada ao patamar de direito fundamental porque se encontra umbilicalmente ligada com o princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, a maior parte dos traumas vivenciados pelo ser humano na trajetória da sua vida decorre de perdas afetivas vivenciados no ambiente familiar ou social.

Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira³⁶ proclamam que: “O ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana”. Realmente, a mais precisa das relações familiares decorre daquelas onde predominam situações de afeto que traduz um conjunto de atos ou de atitudes onde se encontram presentes a bondade, benevolência, inclinação, dedicação, proteção, apego, ternura dentre outros adjetivos similares. “Dessa forma”, pontificam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³⁷, “afirma-se a importância do afeto para a compreensão da própria pessoa humana, integrando o seu “eu”, sendo fundamental compreender a possibilidade de que dele (do afeto) decorrem efeitos jurídicos, dos mais diversos efeitos”.

34 ARENDT, Hannah. **A vida do espírito**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 64.

35 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 20.

36 PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 309.

37 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., 2009, p. 25.

As novas e mais importantes conquistas no direito de família ocorreram no plano do afeto³⁸, que se converteu em garantia fundamental em face da tutela Constitucional aos membros do núcleo familiar³⁹. Essa nova realidade paradigmática em que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a união estável homoafetiva entre casais do mesmo sexo, é uma fronteira entre o direito de família do passado e da pós-modernidade. Nessa decisão, se insere uma nova realidade que muda substancialmente os conceitos dogmáticos das codificações antigas. Na verdade, segundo entendeu o STJ no REsp. 1183378/RS: “A bem da verdade, pela Carta de 1988, a família foi vista por uma nova óptica, um **“novo olhar, um olhar claramente humanizado”**, (destaque do autor) cujo foco, antes no casamento, voltou-se para a dignidade de seus membros”. Portanto, um novo desenho onde deve predominar a espiritualidade no seio da família, ressaltando o sentimento de amor entre as pessoas nesse núcleo doméstico. De acordo com essa linha de ideias, Eduardo de Oliveira Leite⁴⁰ ressalta, **“É o pai de emoções e sentimentos, e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos”** (destaque do autor).

O STJ nessa linha de pensamentos destaca a realidade de um horizonte diferenciado na família: “Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os “arranjos” familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos **possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto**” (destaque do autor) (In STJ – REsp. 1.183.378/RS – 4ª Turma – Relator: Min. Luis Felipe Salomão – julgado em 25.10.2011 – RSTJ 226/602). Os seres humanos se revelam na prática da convivência, manifestando suas tendências e expondo ao outro os pensamentos e ideias que jazem no fundo do seu subconsciente. No laboratório da sociedade familiar, as relações paterno-filiais se formam através das permutas energéticas entre os dois seres – um que veio ao mundo por desejo do outro.

38 Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, no texto de sua obra citada, página 25 ensina que: “Maria Berenice Dias chega mesmo a sustentar a consagração do afeto como um verdadeiro direito fundamental, permitindo a projeção do mais alto relevo, como, v.g., o reconhecimento da igualdade entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva. E, então esclarece: “o novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais que passaram a se sustentar o amor e no afeto. Na esteira dessa evolução o direito de família instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto”.

39 Através do voto preciso e valoroso da Ministra relatora do STJ Nancy de Fátima Andrighi (In STJ – REsp. 1.000.356/SP), a Egrégia Corte decidiu sobre a importância do afeto nas relações familiares, ao proclamar: “Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança – hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo – preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.

40 LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 116.

Os dois se completam na medida do tempo, porquanto a prática da convivência ensina um e o outro a se conhecerem na proporção em que ambos amadurecem – enquanto o filho desperta para a vida o pai desperta para a morte. Nesse caminhar pela existência, pai e filho vão adquirindo conhecimento e sabedoria. Para que essa experiência seja concreta no núcleo familiar é necessária que seja envolvida pelo sentimento do amor que, na realidade deveria ser o elo de união de todos os seres do planeta⁴¹. Eduardo de Oliveira Leite⁴² nessa linha de intelecção aduz: “Porque a paternidade biológica vem pronta sobre a filiação; elo inato, indissolúvel, não raro impenetrável (enquanto) a relação paterno-filial socioafetiva se revela; é única conquista que ganha grandeza e se afirma nos detalhes”.

Foi nessa linha de conduta que o *mens legislatori* ao introduzir esses novos conceitos nas relações familiares, através da Lei 11.698 de 13.06.2008, introduziu no artigo 1.583, par. 2º, inciso I, bem como, no artigo 1.584, par. 5º o valor jurídico do afeto como elemento substancial na guarda do filho entregue a um dos consortes ou a ambos⁴³. E, ao proceder nessa direção, o legislador pátrio “abriu os olhos” para melhor enxergar o direito ao afeto que deve existir no seio da família e, especialmente, direcionado para os filhos, diante da nova direção apontada para o milênio da espiritualidade.

7 AS VIOLAÇÕES AOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR

A violação aos deveres inerentes à sociedade familiar, pautadas por valores que predominam nesta modalidade de relações interpessoais, repercutem intensamente na intimidade dos membros desse núcleo social. Essa “quebra de conduta valorativa” causam imensas fissuras na personalidade dos seus integrantes, sujeitando seus autores

41 FROMM, Erich. **A arte de amar**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 54, ensina: “As atitudes da mãe e do pai em relação ao filho correspondem às necessidades deste. A criança precisa do amor e do cuidado maternos incondicionais, fisiológica e psicologicamente. Depois dos seis anos, a criança começa a precisar do amor paterno, da sua autoridade e da sua orientação. A mãe tem a função de torná-lo seguro na vida, o pai a de ensiná-lo, orientá-lo para enfrentar os problemas que a sociedade em que o filho nasceu lhe coloca”. E, adiante, o autor conclui: “A pessoa madura chega finalmente ao ponto em que ela é sua própria mãe e seu próprio pai. Ela tem por assim dizer, uma consciência materna e paterna. A consciência materna diz: não há erro, não há crime que o prive do meu amor, do meu desejo de que você viva e seja feliz. A consciência paterna diz: você errou, agora vai ter de aceitar certas conseqüências do seu ato. E, principalmente, você precisa mudar seu modo de ser para que possa gostar de você. A pessoa madura libertou-se das figuras maternas e paternas externas, e construiu-as dentro de si. Essa evolução de uma relação centrada na mãe para uma relação centrada no pai, e para a síntese final de ambos, constitui a base da saúde mental e da consecução da maturidade. **O fracasso desse desenvolvimento é a causa básica das neuroses**” (destaque do autor).

42 LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 116.

43 A neurocientista Suzana Herculano-Houzel, professora da UFRJ e autora do livro *Pílulas de Neurociência para uma vida melhor* (Editora Sextante) e do blog www.suzanaherculanohouzel.com, em artigo intitulado **NEURO**, publicado na Folha de São Paulo do dia 09.10.2012, na folha **EQUILIBRIO**, p. 7 conclui em seu texto: “Dar carinho ao seu filhote adotado, portanto, é investir desde já no bem-estar dos seus netos. Por fim, pais, não se sintam excluídos. Estudos com ratos são necessariamente feitos com as mães, porque os ratos-pais... não dão a mínima para os filhos. Mas vocês, homens, podem escolher seus filhos, biológicos ou adotivos, dando-lhes muito carinho e atenção”.

à responsabilidade civil decorrente desses fatos. Na precisa análise de Carlos Roberto Gonçalves⁴⁴, “A injúria nas relações entre os cônjuges, não necessita ser pública, pois ainda na intimidade ela significa, da parte de quem a pratica, uma violação dos deveres de afeição e respeito devidos ao consorte, e da parte de quem a sofre, **será uma dor moral insuportável**” (destaque do autor). A insuportabilidade da dor apontada pelo autor destaca as imensas repercussões que produzem na intimidade das pessoas no âmbito familiar as referidas rupturas. Sendo a família o repositório dos valores que enobrecem o ser humano nessa esfera de relações, é fácil concluir que as violações oriundas de condutas ofensivas, sejam elas em qualquer nível, repercutem de forma intensa na intimidade dessas pessoas vinculadas pelo afeto e pelo amor.

Por outro lado, não obstante a existência de dissenso quanto à aplicação dos danos morais no direito de família, a matéria se encontra superada em face da sua institucionalização, especialmente porque se trata de ponto vulnerável na seara dos danos extrapatrimoniais. Nesse sentido, o STJ através do REsp. 1.159.242/SP proclamou: “Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores. Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família”. Na realidade, não se trata de pagar valores pecuniários em face do sofrimento das pessoas, mesmo porque a dor-sentimento não possui preço avaliável quantitativamente, se considerarmos o imperativo categórico Kantiano da dignidade da pessoa. Todavia, não impede ao magistrado, através do seu sentido de valoração, estabelecer *quantum indenizatório* para as questões relacionadas com o *pretio doloris*.

Eduardo de Oliveira Leite⁴⁵ sinaliza que: “Com efeito, a indenização, na área do Direito de Família, embora incomum e naturalmente imprópria (em setor onde o pessoal se sobrepõe ao patrimonial) ganha novo alento, na medida em que se revela uma estratégia capaz de amparar os direitos pessoais nas relações de família”. Nada mais justo em assegurar a compensação dos danos morais em sede de direito de família, em razão do procedimento a que se presta este valoroso instituto jurídico, alçado atualmente à categoria de princípio Constitucional (art. 5º, incisos V e X da CF/88), que objetiva tutelar elementos valorativos expressivos no ordenamento jurídico.

Opiniões divergentes, como a de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴⁶, se opõem visceralmente à possibilidade de monetarização ou patrimonialização do direito de família, ao não admitir a indenização em face da violação ao dever de afeto. Nessa linha de raciocínio os autores citados e na obra indicada pontificam: “Exatamente por isso, não se pode admitir que a pura e simples violação de afeto enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta se caracterizar-se como ilícita é

44 GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., 2007, p. 231.

45 LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 39.

46 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., 2009, p. 76.

que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes”. Todavia, essa questão foi enfrentada e sabiamente resolvida pela ministra Nancy de Fátima Andriighi quando, na condição de relatora, prolatou o seguinte voto no REsp. 1.159.242/SP: “**Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever** (destaque do autor). A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal”. O texto do Acórdão não se refere ao dever de amar e a consequente indenização decorrente da violação dessa obrigação, que os pais possuem em relação aos filhos. A *contrário senso*, o texto da decisão do STJ assinala: “**Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos**” (destaque do autor). Assim, não se poderá realmente impor ao pai o dever ou a obrigação de amar o filho por ele gerado. Embora o filho o mereça, porque veio ao mundo por vontade do seu pai-gerador. E, se ninguém é obrigado a ter filhos e quando os têm, deverão tê-los com responsabilidade - já que o planejamento familiar é de livre decisão do casal (art. 226, par. 6º da CF/88 e art. 1.565, par. 2º do CC/2002). Nesse caso, os pais deverão assumir os deveres inerentes de cuidado, atenção e afeto. De fato, “o amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídica da filosofia, da psicologia ou da religião”, conforme assinala o Acórdão referenciado da Ministra Nancy Fátima Andriighi.

Assim, a responsabilidade civil em face das violações aos deveres do poder familiar deve privilegiar a tutela ampla e irrestrita que o instituto promove na defesa dos elementos axiológicos presentes nas relações inter-familiares. As lesões produzidas são no geral irreversíveis eis que ferem de forma profunda a sensibilidade dos filhos posto que, esse sentimento íntimo de agressão permanecerão em suas intimidades *ad perpetua*.

8 OS DANOS MORAIS DECORRENTES DESSAS VIOLAÇÕES

Os danos morais depois de constitucionalizados pela Carta Magna de 1988 ingressaram no mundo jurídico brasileiro, para tutelar o mais expressivo de todos os direitos, centrados no princípio da dignidade da pessoa humana. No dizer de Maria Celina Bodin de Moraes⁴⁷, “Ao optar por fazer decorrer o dano moral dos sentimentos de dor e humilhação, das sensações de constrangimento ou vexame, teve a jurisprudência acerta intuição acerca de sua real natureza jurídica. Normalmente, o que nos humilha, ofende, constrange, o que nos magoa profundamente, é justamente o que fere a nossa dignidade”. Na vertente das hipóteses delineadas nesse estudo é inequívoco que as

47 MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., 2003, p. 132.

agressões decorrentes do abandono afetivo, segundo a ótica do Acórdão prolatado pelo STJ e ora examinado consistente basicamente no dever de cuidado, redundou em danos morais fixados em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Ora, se os pais podem ser responsabilizados penalmente pelo abandono intelectual, previsto no artigo 246 do Código Penal, não poderiam igualmente ser responsabilizados pelo abandono afetivo? O que será realmente mais importante no processo de educação e formação da cidadania dos filhos: uma pessoa cultural e intelectualmente extremamente instruída; todavia, despedida de sentimentos éticos e morais que enobrecem a criatura humana; ou, uma pessoa adequadamente instruída, mas detentora de elevada maturidade emocional modelada em princípios axiológicos que integram sua personalidade? “Enfim, em hipótese de negativa de afeto, os remédios postos à disposição pelo próprio Direito de família deverão ser ministrados para a solução dos problemas”, segundo argumentam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴⁸. Na realidade, entendo que a melhor solução para o equacionamento dessa questão está sendo objeto de um novo entendimento, em face da postura dos Ministros do STJ através de um “...*novo olhar, um olhar claramente humanizado*” (In: REsp. 1.183.378/RS). Na ótica dos julgadores, a Veneranda Corte de Justiça assinalou os novos valores afetivos entre os membros da sociedade familiar que passaram a comandá-la a partir da Carta Constitucional de 1988.

Nessa linha, o STJ já consolida entendimento de que as ofensas que geram danos morais no direito de família, extravasam simples aborrecimentos, para se converter em violações que ferem visceralmente a intimidade das pessoas em especial o princípio da dignidade do ser humano. Assim, a Corte deliberou: “Nessa esteira, não fica difícil concluir que, muito embora a proximidade do grau de parentesco possa, de regra, conduzir à legitimidade para o pedido de indenização em razão de morte, tal não se verifica sempre, porquanto, como bem lembrado por Cavalieri, a presunção é *iusuris tantum* de que há abalo moral na perda de parentes de grau próximo, havendo possibilidade, com efeito, de demonstração em contrário. Tal constatação coaduna-se com a mais moderna doutrina acerca dessa realidade social metamórfica chamada “família”. Como tive oportunidade de asseverar na relatoria do REsp. 945.283/RN, o que deve balizar o conceito de “família” é, sobretudo, o princípio da afetividade, que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico” (LÔBO, Paulo. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009. (Direito Civil), p. 47)”. (In STJ – REsp. 866.220/BA - RELATOR: Min. LUIS FELIPE SALOMÃO).

No caso de valoração dos danos morais, o STJ na condição de Corte Superior moderadora, vem arbitrando valores por danos morais, levando-se em conta critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Para esse mister, entende que no caso de danos extrapatrimoniais decorrentes de morte de pessoa da família, tendo em vista a elevada carga emocional suportada pelos parentes, arbitra valores em 500 salários mínimos à

48 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., 2009, p. 77.

título de compensação da(s) vítima(s) e como forma para desestimular o agente ofensor⁴⁹. Não se poderá, todavia, distanciar o nível das emoções sofridas pelas pessoas no círculo familiar, diante dos abalos vivenciados pelos parentes no âmbito dessas relações. Nesse sentido, referidos valores deveriam situar-se entre os limites de 300 a 400 salários mínimos, compatíveis com as igualmente elevadas cargas emocionais decorrentes de cisões que ocorrem na comunidade familiar. O que se pretende com esses valores será certamente compensar a vítima diante das elevadas cargas afetivas que lhe proporcionaram penosas aflições. O ser humano que se sente afetivamente abandonado pelos seus familiares padece de sofrimentos de grande magnitude. As violações dos laços afetivos que unem essas pessoas enfraquecem seus espíritos, que refletem na desestruturação da sua personalidade. Daniel Goleman⁵⁰ aponta que: “Ao buscar princípios básicos, siga Ekman e outros no pensar nas emoções em termos de famílias ou dimensões, tomando as famílias principais – ira, tristeza, medo, amor, e assim por diante – como exemplo dos intermináveis matizes de nossa vida emocional. Cada uma dessas famílias tem no centro um núcleo emocional básico, com os parentes partindo dali em ondas de incontáveis mutações”. Assim, os filhos que estão conectados com esse núcleo emocional da família dependem basicamente dele para sua interação e sucesso social e ou profissional. A nova psicologia do afeto descobriu a poderosa energia espiritual presente nessas pessoas integradas no ambiente familiar. Por essa razão, uma nova forma de tutela do afeto está gerando mudança principiológica da responsabilidade civil, de forma a proteger esse valioso núcleo axiológico. Rafael Marinangelo⁵¹ assinala que: “Se, todavia, o ordenamento jurídico considera a pessoa em si, dotada de personalidade e por isso mesmo, titular de atributos e de interesse não mensuráveis economicamente, o direito passa a construir princípios e regras que visam tutelar essa dimensão existencial, surgindo, assim, a responsabilidade extrapatrimonial”. Portanto, os danos morais são a resposta certa para tutelar o afeto, considerado na modernidade como elemento valorativo que fornece a energia vital aos seres humanos em seu imenso mundo de relações. Essa indenização se justifica na medida em que, segundo anota Rafael Marinangelo, “[...] **mais importante do que reparar o dano é evitar que ocorra**” (destaque do autor). Dessa forma, impõe-se uma nova reflexão sobre uma efetiva proteção do princípio do afeto, para que os seres humanos se conscientizem dessa nova dimensão existencial, bem como, da responsabilidade civil decorrente no descumprimento do dever de cuidar, educar e amar.

49 Nessa direção a Corte vem reiteradamente decidindo: “A decisão agravada majorou a reparação pelo abalo moral para o equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos, o que encontra ressonância na jurisprudência desta Corte, não esbarrando o acerto no óbice de que trata o verbete n. 7, da Súmula desta Corte. Aliás, há julgado desta Casa no qual a indenização foi fixada naquele montante para cada um dos pais do falecido” (In: STJ - AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 976.872/PE – 4ª. Turma - Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti).

50 GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional**: a teoria que redefine o que é ser inteligente. 6. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 1995, p. 306.

51 MARINANGELO, Rafael. A função punitiva da responsabilidade civil. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 689.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O afeto, como restou demonstrado, constitui emoção positiva no ambiente familiar. É um direito da personalidade, sendo considerado como um dos seus predicados – talvez, o mais importantes deles partindo da consideração de que o ser humano se encontra essencialmente ligado uns aos outros através dos laços da afetividade.

No núcleo familiar, “onde se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoas, entre outros”, de acordo com decisão do STJ, o afeto exerce uma poderosa influência de agregação entre as pessoas. No momento em que esse nexo relacional desaparece, as famílias tendem a se desagregar e os seus componentes a perder seu núcleo referencial, com sérias e traumáticas consequências no âmbito pessoal, social e profissional. Por essa razão que o Estado conferiu especial proteção constitucional à família, por ser ela o núcleo de formação dos sentimentos de afeto do ser humano.

A partir do princípio da dignidade da pessoa humana, o legislador pátrio inseriu no texto Constitucional uma das regras mais importantes de tutela da pessoa, em suas diversas dimensões que compõem os direitos da personalidade. Esse núcleo axiológico presente na sociedade parental mereceu igualmente a especial atenção do legislador quando consignou no Código Civil que “o afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar” passam a ser determinante para o Juiz conferir a guarda e proteção dos filhos. Nesse caso, qual foi o sentido almejado pelo legislador, senão conferir responsabilidade aos pais geradores do filho, no sentido de que o elemento afetivo é o mais significativo dentre aqueles elencados no poder familiar prescrito no artigo 1.634 do Código Civil. A partir desse momento, adota-se uma postura relevante no Direito de família de que pai não é mais aquele que gerou o filho, senão aquele que confere amor e afeto ao seu descendente.

Todavia, não basta apenas reconhecer os elementos valorativos nas relações familiares. Impõem-se conferir-lhes tutela efetiva aos citados direitos fundamentais. E, para tanto, o Poder Judiciário procedeu à interpretação do texto legal, conferindo-lhe efetividade e concretude às citadas normas de caráter essencialmente valorativas. Nessa linha de intelecção, o Superior Tribunal de Justiça, através de judicioso entendimento delineou a interpretação do texto legislativo sob a ótica de que há obrigações familiares que vão além das obrigações denominadas *necessarium vitae*. Assim, *se amar é faculdade, cuidar é dever*. E, é exatamente por extensão desse dever que se pretende outorgar a faculdade de incidir a reparação dos danos morais, quando ausente o cumprimento do dever de cuidar e amar.

Para tanto, os danos morais que possuem função compensatória e desestimuladora de novos atos lesivos exercem importante efeito sobre a personalidade do ofensor na medida em que o constrange na prática de novos e reiterados atos lesivos. Essa função pedagógica dos danos morais vem assinalando uma nova função essencialmente punitiva desses danos, a exemplo da linha jurisprudencial dos *punitives damages* presentes nos países da *comonn Law*. Uma postura que objetiva reprimir condutas lesivas na seara dos

direitos fundamentais e, dentre eles, as lesões que se operam no direito de família e, que violam obrigações inerentes aos deveres decorrentes do poder familiar.

Afinal, é inadmissível que na pré-modernidade onde predomina o princípio da dignidade da pessoa humana, que encarna o espírito da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ser humano continue a ser sistematicamente estigmatizado em seus direitos essenciais. Na vida familiar não mais se justificam que violações a esses direitos de primeira dimensão interfiram no pleno desenvolvimento da personalidade dos membros familiares, subtraindo-se deles o inarredável direito ao afeto para que a pessoa tenha condições no futuro, de crescer e atingir sua plenitude como ser humano.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2007.

ARENDT, Hannah. *A vida do espírito*. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 2009.

BARRETO, Wanderlei de Paula. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Coordenada por Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2005. v. I.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. Danos morais e materiais decorrentes da ruptura do casamento. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coords). **O Direito Civil no século XXI**. São Paulo, SP: Saraiva, 2003.

FRANCO, Divaldo Pereira, **Iluminação Interior**. Ditado pelo Espírito de Joanna de Angelis. Salvador, BA: Livraria Espírita Alvorada, 2006.

_____. **O Homem Integral pelo Espírito de Joanna de Angelis**. Salvador, BA: Livraria Espírita Alvorada, 1990.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lúmen Jus, 2009.

FROMM, Eric. **Conceito marxista do homem**. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Zahar Editores, 1964.

_____. **A revolução da esperança**. São Paulo, SP: Círculo do Livro. [19--].

_____. **A arte de amar**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2006.

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional**: a teoria que redefine o que é ser inteligente. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Objetiva, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 4. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2007. v. VI.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito de família. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Teoria geral do direito civil**. 5. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2009. v. 1.

MARINANGELO, Rafael. A função punitiva da responsabilidade civil. In: LOTUFO, Renal; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo, SP: Atlas, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. São Paulo, SP: Renovar, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 7. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Código civil interpretado**: conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2004.

Recebido em: 17 outubro 2012

Aceito em: 17 outubro 2012