

Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka[©]

SUMÁRIO: Introdução – 1. Pressuposto do dever de indenizar: a existência de uma efetiva relação paterno-filial: 1.1 Pais presentes e possibilidade de configuração do abandono afetivo; 1.2 Pais separados, guarda e direito de visita à luz do abandono afetivo; 1.3. Desconhecimento da existência da prole *versus* abandono deliberado – 2. Elementos do dever de indenizar e sua aplicação ao abandono afetivo: 2.1 Dano; 2.2 Culpa; 2.3 Nexo de causalidade – 3. Exercício de configuração de hipóteses a partir de casos extraídos do Direito ao pai, de Fernanda Otoni de Barros: 3.1 Paternidade e afeto; 3.2 O pai e o capricho materno; 3.3 Paternidade plural – 4. Considerações finais: nem sempre a indenização por abandono afetivo será possível – 5. Bibliografia.

Introdução

O Direito de Família tem se tornado, na contemporaneidade, um direito mais *humanizado*, isso é inegável.

Sem se despreocupar completamente das questões patrimoniais decorrentes das relações familiares – e existentes justamente em função destas relações – o direito de família contemporâneo tem voltado a sua atenção aos aspectos pessoais deste ramo das relações humanas, com a preocupação primordial de reconhecer à família a condição de *locus* privilegiado para o desenvolvimento de relações interpessoais mais justas, por meio do desenvolvimento de seres humanos (sujeitos de direito) mais completos e psicologicamente melhor estruturados.

Não importa discutir se esta evolução é tardia, se este outro enfoque já era necessário anteriormente. Importa aprender a manejar juridicamente esta nova realidade, valendo-se para tanto de informações importantes e relevantes trazidas por outras ciências de enfoque social. A família, enquanto realidade social e antropológica, psicologicamente organizada, exige uma apreciação e cuidados condizentes, por parte dos juristas, que passa, sem dúvida, pela determinação dos papéis que cada membro do grupo familiar deve ocupar com vistas à boa conformação das relações ali vivenciadas e dos vários feixes de relações jurídicas que partirão daquela família, por meio da participação social dos membros do grupo.

Nesse sentido, Gustavo Tepedino afirmou que ganham destaque: a) a funcionalização das entidades familiares, que devem tender à realização da personalidade de seus membros, com especial destaque para a pessoa dos filhos; b) a despatrimonialização das relações estabelecidas entre os membros do casal conjugal, bem como as relações havidas entre os membros do casal parental e sua prole e, c) a

desvinculação entre os direitos atribuídos aos filhos da espécie de relação que, composta por seus pais, deram-lhe a sua origem, fazendo-o, simplesmente, ocupar o lugar de filho[1]. Parece que tais elementos identificados pelo autor podem ter grande valia na análise que ora proponho empreender, ou seja, na discussão a respeito do dever de indenizar decorrente de abandono afetivo, por meio da análise de seu pressuposto, de seus elementos e de seus limites.

Assim é que, partindo da análise da existência de uma relação paterno-filial, procurar-se-á analisar – independentemente da espécie de relação havida entre os genitores e da origem dos filhos – quais sejam os direitos e os deveres concernentes a tal relação. Neste percurso, assumirão especial relevância as hipóteses de pais que se mostram presentes, mas que, eventualmente, em função do mal desempenho de sua função e do cumprimento de suas obrigações, possam dar azo à configuração do abandono afetivo. Além destas, outras hipóteses podem se configurar como aquela em que os pais se encontram separados, tendo sido a guarda dos filhos atribuída a um dos membros do casal parental, concedendo-se ao outro o direito de visita. Nesta oportunidade, procurar-se-á analisar as eventuais causas de um rompimento de relações entre o genitor visitante e sua prole, aventando-se os casos e as causas desta situação. Também se fará necessário, neste passo da pesquisa, uma reflexão a respeito do direito de visitas para que se possa configurar esta realidade como um direito-dever lastreado na dignidade da pessoa humana e no correto desenvolvimento sócio-psico-cultural da prole. Ainda neste passo, procurar-se-á aventar as hipóteses em que o desconhecimento da existência de prole é uma constância, contrastando-a com as hipóteses de abandono deliberado.

Neste diapasão, o dever de indenizar decorrente do abandono afetivo encontra os seus elementos de configuração na funcionalização das entidades familiares, que devem tender à realização da personalidade de seus membros, com especial destaque para a pessoa dos filhos, buscando-se, desta forma, analisar os elementos clássicos da responsabilidade civil segundo este paradigma.

Por fim, baseada na idéia da despatrimonialização das relações familiares, a narração avançará para tentar impor certos limites ao dever de indenizar decorrente de suposto abandono afetivo. Esta análise, então, partirá de três casos acompanhados por Fernanda Otoni de Barros, em seu belo trabalho como psicóloga judiciária. Em sua obra[2], a autora analisa estes casos com vistas a se indagar a respeito *do que seja um pai*. Da leitura destas hipóteses, tão ricas porquanto tão diversas e ao mesmo tempo tão comuns ou, pelo menos, tão demonstrativas de certos padrões sociais que nos rodeiam e que enriquecem a análise do reflexo jurídico, imaginei ser possível procurar reconduzir estes casos (tão específicos quanto genéricos) à temática do presente trabalho, perquirindo quais seriam as eventuais conseqüências jurídicas de um pedido formulado para indenização decorrente de abandono afetivo. Assim, e por vezes, nos será possível perguntar se a situação correlata – porém inversa – de um pai alijado do contato de seus filhos em razão da vontade de uma mãe guardiã que sistematicamente os afasta do convívio paternal, por exemplo, não seria caso que comportaria o pedido de indenização também invertido, quer dizer, do pai em face da mãe. Por óbvio, tais hipóteses dependeriam dos antecedentes fáticos a fim de se saber quais as tentativas de aproximação levadas a efeito por este pai, qual a extensão do dano sofrido, etc.

Penso que este percurso aqui brevemente sumariado permitirá avançar para conclusão de que nem sempre a indenização por abandono afetivo será possível, dotando-se, assim, os aplicadores do direito de subsídios tendentes a evitar que uma *indústria*

indenizatória se instale entre nós, sem que se tenha que recorrer ao argumento simples – e em certa medida pobre – no sentido de que o ordenamento jurídico não pode exigir de ninguém demonstrações de amor e carinho[3], porquanto não seja disto que se trate, mas, sim, de uma situação em que o que se cobra dos pais é o correto desempenho de suas funções, para o pleno desenvolvimento da pessoa humana de seus filhos[4]. Até porque, durante muito tempo, muitos pais deixaram de demonstrar afeto, amor e carinho para com seus filhos, mas cumpriram a função de autoridade (com ou sem autoritarismo) que lhes cabia e que permitiu que os filhos se adequassem socialmente.

1. Pressuposto do dever de indenizar: a existência de uma efetiva relação paterno-filial

Como já salientado, pouco importa discutir ou levantar, aqui, as circunstâncias múltiplas que possam ter dado origem à relação paterno/materno-filial. O que cumpre perquirir é a *existência efetiva* de uma relação paterno-filial. Assim, de baixa significância será a certeza se a prole adveio ao casal posterior ou anteriormente à convalidação das núpcias, da configuração de uma união estável ou se a prole decorreu de uma relação sexual passageira.

Para aquilo que importa no âmbito em que este estudo se insere, melhor será investigar se o genitor que se afastou do convívio de sua prole conhecia o fato de se ter tornado pai. Com efeito, e como se verá, parece improvável que alguém possa ser civilmente responsável por uma relação paterno-filial rompida se esta pessoa não conhecia sua condição de ascendente.

Por outro lado, parece também importante frisar que poderá ocorrer a hipótese de um pedido indenizatório vir a ser pleiteado em face de um pai ou uma mãe fisicamente presente, mas que não tenham cumprido, a contento, as suas funções. Nestas hipóteses, dever-se-á redobrar a atenção a fim de não se permitir a instalação de pedidos abusivos, calcados no rancor e na mágoa, como é até costumeiro acontecer.

Em ambas as hipóteses extremas – aqui veiculadas brevemente e a seguir melhor destrinchadas – bem como em todas as hipóteses intermediárias, parece fora de questão a necessidade de se identificar, diagnosticar e qualificar adequadamente quais sejam os direitos e os deveres atribuíveis a pais e filhos e que decorram, *ipso facto*, da relação paterno-filial. “É preciso ser pai [e mãe] na amplitude legal (sustento, guarda e educação)” [5].

O *dever de sustento* tem cariz notadamente patrimonial e se cumpre com a colocação de meios condizentes com a necessidade dos filhos à disposição destes, por parte dos pais. Importante ressaltar, aqui, que o dever de sustento não guarda relação direta com a possibilidade dos devedores, nem com o grau de necessidade dos credores. Bem por isso, e mesmo que o genitor guardião consiga sozinho manter o sustento dos filhos, eliminando, desta forma, a *necessidade* de alimentos, ainda assim não desaparecerá o dever de sustento por parte do genitor não-guardião, o qual deverá, em princípio, contribuir para este sustento, na meação das despesas. Todavia, se sua condição econômico-financeira não o permitir, será necessário que o sustento dos filhos sofra alguma espécie de restrição, adequando-se às possibilidades dos genitores. O descumprimento do dever de sustento dos filhos menores implica em mora, podendo até mesmo configurar a hipótese de prisão civil permitida pela Constituição Federal e corroborada pelo Pacto de San Jose da Costa Rica.

Quanto ao *dever de guarda*, diz ele respeito à manutenção dos filhos em companhia dos pais, ou de pelo menos um deles, salvo se algum fato indicar que, no melhor

interesse das crianças, devam ser elas afastadas da convivência diuturna com seus genitores, entregando-as à custódia de um terceiro que seja afetivamente próximo das crianças, guardando para com elas uma relação prévia de afinidade[6]. O dever de guarda, não obstante, é uma decorrência natural do poder familiar, daí porque incumba aos pais, primordialmente, este direito-dever. Na hipótese de desunião dos pais, caberá ao genitor não-guardião, então, o direito de visitas a respeito do qual se falará mais adiante.

Por fim, o *dever de educação* da prole incumbe aos pais como forma de se garantir aos filhos uma perfeita conformação moral e intelectual. Os pais devem, assim, desempenhar as funções de educadores e de autoridades familiares para que a criança possa se formar enquanto pessoa humana. O importante, segundo a psicologia, é que a criança possa receber uma educação condigna e receba a noção de autoridade, por meio da imposição de limites já no seio familiar, sob pena de um desajustamento e uma inadequação social posterior, quando o grupo familiar, por si só, já não se fizer presente, ou não se puder fazer ativo na proteção da pessoa do filho. Por óbvio, não é obrigatório que a função paterna (o *nome-do-pai* lacaniano) e a função materna (*maternagem*) sejam desempenhadas exclusivamente pelo pai e pela mãe, de forma respectiva. Com efeito, pode bem ser que ambos desempenhem ambas as funções ou que um só deles desempenhe ambas as funções ou ainda, que terceiro desempenhem estas mesmas funções, como é o caso de um tio, um avô, uma avó, uma irmã etc.

O desempenho destas funções cria entre a criança e seus pais uma relação de corte relativamente a uma outra relação, formada naturalmente com o mundo exterior, que é a relação de dependência e complementaridade relativamente ao mundo exterior. O educador e a representação da autoridade seriam, assim, a “*pessoa que predominantemente cuida dela no dia-a-dia (da preparação e planejamento das refeições, do banho, da higiene e do vestuário, do transporte da criança para a casa de amigos ou para a escola, do acto de deitar a criança na cama à noite, de atender a criança a meio da noite, de a acordar de manhã, do ensino de boas maneiras, de regras de disciplina e da educação religiosa, moral, social e cultural etc.)*” [7].

O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao *dever de educação*, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo. Esta a fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao Poder Judiciário, na medida em que a Constituição Federal exige um tratamento primordial à criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, à família, à comunidade e à sociedade[8].

1.1 Pais presentes e possibilidade de configuração do abandono afetivo

Ainda que a presença dos pais seja uma constância na vida dos filhos, deve-se atentar para o fato de que não basta a presença física, sendo mister que a presença se consubstancie no bom desempenho das funções parentais. Pode se dar, assim, que o mau desempenho destas funções acarrete danos à formação sócio-psíquico-cultural da criança. Quer isto significar que há muitos casos em que os pais convivem com seus filhos diuturnamente, mas delegam as suas funções de educadores e de encarnação da autoridade a terceiros, desobrigados destas funções *ipso facto*, na medida em que não sejam os genitores das crianças, mas que assumem de forma derivada uma parcela mais ou menos significativa desta responsabilidade em função de uma relação jurídica contratual, por exemplo.

Neste sentido é que se têm assistido, nas últimas décadas, à tentativa de se transferir à escola, por exemplo, o dever de educação das crianças, quando a estas instituições incumbe tão-somente o *dever de instrução e formação intelectual*.

Neste cenário, então, é possível aventar a possibilidade de que filhos de pais casados ou unidos estavelmente por toda a sua vida queiram pleitear de seus pais indenização decorrente de um abandono afetivo configurado por uma omissão no desempenho pleno das funções que se lhes incumbia exercer.

Esta hipótese de configuração exige, portanto, uma análise percuciente (que se levará a efeito no item 3) deste estudo, a fim de se chegar a uma conclusão a respeito da pertinência do pedido, uma vez que a configuração prejudicial eventualmente produzida ao filho é de difícil constatação e delimitação probatória.

1.2 Pais separados, guarda e direito de visita à luz do abandono afetivo.

Já as hipóteses de separação, divórcio e dissolução da união estável costumam se mostrar um campo fértil para a possível ocorrência de abandono afetivo por parte do genitor não-guardião^[9]. Nestas hipóteses, deve-se atentar para a causa desta ruptura e a quem ela pode ser atribuída. Assim, pode ser imputado ao não-guardião, por exemplo, a responsabilidade pelos danos oriundos de afastamento decorrente da despreocupação com a educação da prole, tendo em vista ou a sua própria posição falha na conformação do casal parental, ou em razão da assunção de novas obrigações familiares em face da reconstrução de sua vida conjugal com terceira pessoa, o que o afasta do primeiro lar conjugal de forma indiscutivelmente prejudicial. Nesta última hipótese, o que costumeiramente pode acontecer é o fato de que o genitor não-guardião acaba por confundir o casal conjugal primitivo – e agora desfeito – com o casal parental (relação esta que, diferentemente daquela, se marca pela perenidade e indissolubilidade). Pode acontecer, ainda, que o afastamento do outro genitor se dê em decorrência de uma situação de risco ou perigo que ele, não-guardião, poderia impingir a sua prole, preferindo, neste caso, afastar-se para não colocar a saúde ou a vida de seus filhos em risco (como é o caso, por exemplo, de o genitor ser portador de uma grave doença infecto-contagiosa, alcoolismo mórbido, drogadição, doença mental etc.).

Por outro lado, pode acontecer de se configurarem hipóteses de abandono afetivo determinado ou desencadeado pela atuação do genitor-guardião que, muitas vezes, confundindo os papéis paternos com os conjugais, acaba por afastar o genitor não-guardião do convívio com os filhos. Assim, isto pode se dar, por exemplo, nas hipóteses em que o genitor guardião projeta o sofrimento vivido em função da quebra da conjugalidade à relação parental, imaginando que o seu ex-companheiro será mau pai exatamente por ter sido um mau convivente ou um mau cônjuge.

Outras vezes, o guardião pode impedir o direito de visita do outro em função do inadimplemento das obrigações pecuniárias de caráter alimentar. Também pode acontecer que o genitor guardião procure atrapalhar a relação do genitor não-guardião com os seus filhos, em razão da reconstrução de sua própria vida afetiva, crendo e propalando que as crianças agora têm um *novo pai* ou uma *nova mãe*, melhor na exata medida em que esta pessoa se mostra também um melhor companheiro amoroso do que fora o genitor não-guardião... Por fim, pode-se imputar ao guardião a obstaculização do relacionamento dos filhos com o outro genitor, em razão da reconstrução da vida afetiva deste último.

Por fim, é possível ainda bem imaginar hipóteses em que a “culpa” pelo abandono afetivo da prole possa ser imputado a ambos os genitores, pai e mãe, na mesma medida em que nenhum dos dois terá *verdadeira* culpa! Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese de casais que, depois de desunidos, fixam a sua residência em cidades distantes, no mesmo ou em outro Estado, no mesmo ou em outro país, o que dificultará, certamente, a visitação e a manutenção dos vínculos, mormente em hipóteses de famílias menos abastadas. Outra hipótese, ainda, pode ser delineada entre casais que, sem conseguir superar os traumas da desunião, produzem cenas terríveis e extremamente traumáticas todas as vezes em que se encontram, como por exemplo, nas hipóteses em os filhos deixam o lar para passar o final de semana com o genitor visitante, ou quando este vem devolver as crianças ao lar. Nestes casos, a repetição infundável e enfadonha destas cenas pode ser de tal forma perniciososa que a convivência dos filhos com os pais se torne penosa, traumática e cada vez mais escassa até que, um dia, ela cesse de ocorrer[10].

Cumprе salientar, neste passo, que as visitas entre genitor não-guardião e prole constituem-se num verdadeiro *poder-dever*, “como forma de [se] atender às necessidades morais e psicológicas da prole”. O que ocorre é que no “direito brasileiro, não existem sanções típicas aplicáveis àqueles que descumprem as condições impostas ao direito de visitas’, sendo certo haver construção doutrinária da lavra de Arnaldo Wald pela configuração do crime de desobediência” [11].

Ademais, o dever de que os pais visitem os filhos pode se configurar em razão de a legislação e os tratados internacionais garantirem à criança o direito à convivência familiar de forma ampla, abarcando inclusive as hipóteses de famílias que se separam, propugnando-se, enfim, pela manutenção dos vínculos afetivos entre pais e filhos[12].

1.3. Desconhecimento da existência da prole versus abandono deliberado

Por fim, parece possível configurar outra hipótese em que a criança possa ser alijada da convivência de um de seus genitores. Trata-se do caso em que este genitor, apesar de ter participado do ato procriativo, não ter tomado conhecimento da superveniência de prole. Percebe-se, portanto, que não se está a referir aos casos de fecundação artificial heteróloga, mas, sim, das hipóteses de fecundação natural.

Assim, se um determinado casal mantém relações sexuais, sobrevivendo uma gravidez, e no lapso temporal que permeia a concepção e a confirmação do estado gestacional, este casal se separa (divórcio, dissolução da união estável, término do namoro ou da relação eventual) sem que a futura mãe procure o futuro pai para lhe participar a notícia, não se lhe poderá imputar, depois, a responsabilidade por abandono afetivo, se este não tomou conhecimento sequer do fato da concepção. Não conhecendo o fato da concepção, não soube do nascimento e não provocou a ruptura do vínculo afetivo, posto que este nunca se efetivou. No entanto, pode bem ser que este pai sinta-se moralmente prejudicado pelo desconhecimento de sua descendência e procure um mecanismo jurídico para se ressarcir da ocultação de sua paternidade.

Todavia, parece que esta hipótese não poderá ter o seu deslinde na ambiência da responsabilidade civil se a mãe não dispusesse de meios para localizar o pai, cabendo a este, tão-somente, pleitear a constituição judicial do vínculo paterno filial. Por outro lado, se a mãe, podendo localizar o pai, não envidou os esforços necessários para que este fosse informado de sua descendência, configura-se a omissão da mãe, cuja ação poderia ter encaminhado ao estabelecimento dos laços de afeto oriundos da relação paterno-filial

desfraldada. A dúvida que permanece, no entanto, é a que diz respeito à efetiva possibilidade de se verificar se esta omissão se deu em face de um *dever jurídico*, quando então se poderá alegar a violação ou quebra a este dever, com a conseqüente responsabilização daquela mãe. Tal situação ainda nem bem está definida pelo pensamento doutrinário atual, nem se encontra presente no percurso jurisprudencial, com chances de criar uma tendência de encaminhamento.

Bem por isso, e como se vê, fica bem marcada a necessidade de uma análise mais acurada dos *elementos do dever de indenizar*, por meio dos quais melhor se poderá perscrutar os caminhos que levam à configuração desta obrigação, quando ela efetivamente se produzir.

2. Elementos do dever de indenizar e sua aplicação ao abandono afetivo

Prosseguindo, então, no percurso de tal reflexão, penso ser razoável registrar que o dever de indenizar decorrente do abandono afetivo deva encontrar os seus elementos de configuração na *funcionalização das entidades familiares*, uma vez que estas devem tender à realização da personalidade de seus membros, com especial destaque para a pessoa dos filhos. Nesta visão, buscarei analisar os elementos clássicos da responsabilidade civil segundo este paradigma.

2.1 Dano

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

A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.

Com efeito, com o estabelecimento efetivo de um vínculo de afetividade será mais fácil configurar o dano decorrente da cessação do contato e da convivência entre pais e filhos, na exata medida em que se conseguir demonstrar e comprovar que a sensação de abandono foi nociva à criança. Esta prova deve ser feita por perícia técnica, determinada pelo juízo, com o intuito de se analisar o dano real e sua efetiva extensão.

Mas mesmo na hipótese de casais separados com filhos recém-nascidos, em que este pai ou esta mãe não-guardiões se afastam do convívio com o filho, deixando vago o espaço que deveria ser por eles ocupado, pode ser possível configurar o dano decorrente do abandono em si. Assim, parece fora de questão que a ausência prolongada deste pai ou desta mãe pode acarretar transtornos à conformação psíquica da criança, com possíveis conseqüências em suas relações sociais na exata medida em que se estabeleça de forma a produzir não só a sensação de abandono, mas também e principalmente, a sensação de rejeição de um pai ou de uma mãe que não lhe foi dado conhecer, muito embora entre eles

se mantenha, ou possa se manter, um contato patrimonial, na medida em que o genitor ausente cumpra, a contento, o dever de sustento, por exemplo. [13]

Indagação interessante que poderia se levantada, neste passo, e por conta da análise deste primeiro elemento do dever de indenizar – o dano – seria esta que diz respeito ao fato de que só filhos menores poderiam ser prejudicados pela ausência de afeto, no desempenho integral do dever de educação e convívio a ser produzido pelos seus genitores. Neste sentido estão, por exemplo, e como argumento de autoridade, as conclusões de Maria Isabel Pereira da Costa, nas quais esta autora registra que o dano vinculado ao fato de *abandono afetivo* e o conseqüente dever de indenizar não podem se configurar em face dos adultos, na medida em que estes já teriam sua personalidade totalmente conformada, *verbis*: “Assim, só os filhos menores de idade, ou incapazes, têm legitimidade para pedir indenização aos pais pela omissão do afeto. Em relação aos filhos maiores de idade e capazes, não tem cabimento indenização pela ausência de afeto por parte dos pais, porque não estão em fase de formação da personalidade. (...) No caso do afeto, a cobrança da reciprocidade pura e simples não é conveniente, pois os filhos não têm o dever de fornecer as condições para formar a personalidade dos pais, por impossibilidade absoluta!” [14].

Inversamente, contudo, e igualmente como argumento de autoridade a ser considerado, estão as análises oriundas de estudos psicológicos sobre o tema, segundo os quais se tem entendido que nada há que possa garantir que a personalidade – enquanto atributo pessoal da dignidade humana seja um processo de contínua evolução e que, por isso, não seja um dado acabado ou completo com a assunção da plena capacidade – não se modifica mais, depois que esta etapa etária da vida de uma pessoa tenha sido alcançada.

É este, portanto, um assunto a ser bem pensado e cuidadosamente tratado, no caso concreto, quando este se apresentar à consideração judicial. Novamente aqui, esquemas fechados de organização do raciocínio jurídico não podem ser aceitos, de modo integral, sem chance de flexibilização das hipóteses concretas.

2.2 Culpa

Além da inquestionável concretização do dano como elemento da configuração de dever de indenizar, torna-se necessária a comprovação da culpa do genitor não-guardião, que deve ter se ocultado à convivência com o filho, e deliberadamente se negado a participar do desenvolvimento de sua personalidade, de forma negligente ou imprudente. Como o caso é de abandono afetivo, com a concomitante inobservância dos deveres de ordem imaterial atinentes ao poder familiar, expressão maior da relação paterno/materno-filial, configurar-se-á a culpa em sua modalidade omissiva.

Desta forma, na conduta omissiva do pai ou da mãe (não-guardião) estará presente a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhes são impostos como decorrência do poder familiar.

Assim, não se há falar em culpa do não-guardião, sempre que se apresentar, por exemplo, fatores que o impedem de conviver com o filho, como será o caso da fixação do domicílio em distância considerável, que encareça os deslocamentos a fim do cumprimento do dever de educar e conviver, mormente em hipóteses de famílias menos abastadas, assim como na hipótese de doença do genitor que, a bem dos filhos, prefere se afastar para não os colocar em situação de risco, além, ainda, da comum hipótese de não se saber se, realmente, “este suposto incumprimento é imputável à própria omissão do genitor não-guardião ou aos obstáculos e impedimentos por parte do genitor guardião” [15].

2.3 Nexa de causalidade

A responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo é calcada na idéia de culpa, razão pela qual se torna mais difícil a sua configuração. No entanto, em meu sentir, não reside aí a dificuldade maior da hipótese, mas, sim, na configuração do nexo de causalidade.

Com efeito, ainda que comprovada a culpa do genitor que assume conduta omissiva e abandona afetivamente a sua prole e ainda que a perícia psicológica consiga detectar e esclarecer os danos sofridos pelo filho abandonado, bem como a sua extensão, mais difícil será estabelecer o necessário nexo de causalidade entre o abandono culposo e o dano vivenciado.

Avulta, assim, a importância da perícia a fim de se estabelecer não só a existência do dano, como a sua causa. Necessário, portanto, a fixação, em caráter retrospectivo, da época em que os sintomas do dano sofrido pela criança começaram a se manifestar, pois não se poderá imputar ao pai um dano que tenha se manifestado em época anterior ao abandono, por exemplo, seja este abandono um abandono caracterizado pela ausência física do genitor, seja este abandono um abandono em modalidade presencial, com o mau exercício dos deveres decorrentes da paternidade, ainda que o convívio fosse diuturno.

3. Exercício de configuração de hipóteses a partir de casos extraídos do Direito ao pai, de Fernanda Otoni de Barros.

Por fim, baseada na idéia da despatrimonialização das relações familiares, penso ser imprescindível que se busque estabelecer certos limites ao dever de indenizar decorrente de suposto abandono afetivo, sob pena de se assistir à instalação de *verdadeira indústria indenizatória do afeto*.

A análise desta proposição, então, partirá de três casos reais que foram acompanhados por Fernanda Otoni de Barros em seu trabalho como psicóloga judiciária. Como referido na introdução, em sua obra [16], esta autora analisa os casos com vistas a se indagar a respeito *do que seja um pai*. Da leitura destas hipóteses, tão ricas porquanto tão diversas e ao mesmo tempo tão comuns ou, pelo menos, tão demonstrativas de certos padrões sociais que nos rodeiam e que enriquecem a análise do jurídico, imaginei ser possível procurar reconduzir estes casos (tão específicos quanto genéricos) à temática de centro do presente estudo, perquirindo quais seriam as eventuais conseqüências jurídicas de um pedido formulado para indenização decorrente de abandono afetivo. Esta é a proposta de trabalho, no presente item.

3.1 Paternidade e afeto

Sob esta rubrica, a autora narra o caso de uma mãe de baixa renda que esconde do marido a verdade a respeito da paternidade biológica de sua filha mais nova, a única filha do casal, temporã, a caçula entre outros meninos. A mãe, pobre, trabalha como empregada doméstica na casa de uma fazenda, onde sempre trabalhara o seu marido, como peão. Com o tempo, aquela mãe passa a se relacionar com o filho do fazendeiro, que a

retribui com dinheiro, toda vez que lhe presta favores de ordem sexual. Nesta relação é concebida uma filha.

Esta menina, com cerca de seis anos de idade, é extremamente apegada ao pai presuntivo, estabelecendo-se entre eles uma relação de cumplicidade, carinho, afeto e amor, dignos de nota. O pai exerce os papéis de autoridade e educador, já que a mãe passa a maior parte do tempo na casa da fazenda.

Com o anúncio do casamento do filho do fazendeiro, neste íterim tornado titular da propriedade do patrimônio de seu pai, recentemente falecido, a mãe se desespera, segundo o relato de Fernanda Otoni de Barros, e traz à tona a história que escondia em sua alma e não revelara sequer ao pai biológico.

Este, ao saber do fato, propõe a entrega de uma pequena casa na periferia de uma cidade distante para que o escândalo não se propague. O marido da mãe, humilhado, confundido e atordoado, expulsa a mulher de casa e esta, por vingança, carrega consigo a filha, deixando para trás os filhos que teve em comum com seu marido.

Realizado o exame de DNA, constata-se a paternidade biológica, cancelando-se o registro da criança para dele fazer constar o pai biológico. O pai afetivo, inconformado com a decisão judicial, desiste da filha de seu coração, de seu afeto e de sua dedicação. No entanto, a menina clama, de forma subliminar e por vezes inconsciente, por seu pai querido.

Flagrante, neste caso, o abandono afetivo daquele pai humilhado, que se vê alijado da filha de seu coração e acaba desistindo de seu amor, de sua convivência e de sua companhia. Possível prever o eventual dano que esta situação causa na estrutura psíquica e de personalidade da criança já que, como narra a autora, é possível começar a perceber uma série de retrocessos em seu desempenho escolar.

Imagine-se, agora, a hipótese desta menina, tornada mulher, pleitear de seu pai afetivo uma indenização por abandono, já que entre eles a relação afetiva é a que valia, esta é que tinha valor e, no entender desta criança, não deveria o pai ter desistido dela de forma assim tão fácil. Não seria ele capaz de imaginar a dor que ela suportava? Todavia, haverá entre esta culpa e este dano um efetivo nexo de causalidade? Ou não terá este se rompido com a intervenção daquela mãe que, a guisa de fazer o bem – patrimonial – à filha, causara-lhe aquele mal maior, representado pelo mal da alma?

Por outro lado, será possível dizer que o pai biológico, a quem a paternidade fora negada no princípio da vida da criança pode ser réu numa ação de indenização, sem que existisse efetivamente entre ele e a filha uma prévia relação de afeto?

Por fim, poderá aquele pai afetivo pleitear indenização daquela mãe, sua ex-mulher, que o afastara da convivência diuturna, valiosa e afetiva com a filha? Haverá efetiva culpa desta mãe?

3.2 O pai e o capricho materno

Neste outro caso relatado por Fernanda Otoni de Barros, uma mãe, depois de muitas idas e vindas, depois de muitos rompimentos do relacionamento com seu companheiro, decide se afastar do lar conjugal levando consigo a filha do casal. Toma esta atitude sem atentar para o mal que pode causar à filha, tanto que impede, sistematicamente, a aproximação da menina com o pai. Este, por sua vez, só consegue contato com a filha quando há o patrocínio do encontro por parte dos familiares de sua ex-mulher.

Por sua vez, a mãe da criança inicia novo relacionamento, com um senhor maduro, advogado de respeito, muito mais velho do que ela. Ameaçada pela presença de

seu “ex”-amor, a mãe apressa o casamento e sugere ao novo marido a adoção de sua filha. Este último, advogado habilidoso, teria conseguido “brechas na lei” e consumado a adoção. No entanto, a realidade é que a mãe omitira do juízo a existência daquele pai que buscava desesperadamente participar da vida de sua filha, da forma que lhe fosse permitido, ainda que como amigo do casal, um tio querido da criança.

Quid juris, se esta verdade vier à tona? De quem a culpa efetiva pela ruptura na relação paterno-filial? Certamente da mãe. Quem os prejudicados? O pai e a filha, certamente.

3.3 Paternidade plural

Por fim, Fernanda Otoni de Barros narra um caso em que se requer o reconhecimento da paternidade biológica ao mesmo tempo em que o pai que consta no registro luta para não ser afastado da relação paterno-filial. Demonstra-se, no caso, que a criança é manipulada por sua mãe, de forma a levar ao juízo a idéia de que o pai civil é mau e o pai biológico, seu amante de longa data, é bom.

Estabelece-se entre eles uma espécie de acordo segundo o qual o pai civil abriria mão do registro para que dele pudesse constar a paternidade biológica. A intervenção do Ministério Público, então, se faz no sentido de afirmar que a paternidade não é um ato disponível, privado, que pode restar segundo a vontade das partes.

No meio de tudo isso, a criança. Que danos poderão ser constatados em sua vida, mais tarde, se porventura se vir, ao crescer, sem a presença paterna, se quem a quer verdadeiramente não se liga a ela pelo vínculo biológico, e se aquele que assim (biologicamente) com ela se relaciona não desenvolveu por ela a indispensável relação de afeto que faz com que pais e filhos se entrelacem indelevelmente?

4. Considerações finais: nem sempre a indenização por abandono afetivo será possível

De todo o exposto, percebe-se que os casos de indenização por abandono afetivo não devem se disponibilizar de forma desarrazoada ou desapegada da realidade. O molde jurídico para o restabelecimento da situação foi pensado pelo direito há muito tempo. O que se assiste, atualmente, é uma adaptação do figurino clássico da responsabilidade civil aos casos que decorrem de situações de direito de família e entre membros de uma mesma família, sem que isto implique em subversão do sistema.

Também a obrigação jurídica que se apresenta violada é obrigação que existe há muito tempo. O que se assiste na atualidade é o necessário repensar destes direitos e deveres, permeando-os com o afeto, agraciando-os com a despatrimonialização das relações, submetendo-os a uma função de esteio e alicerce para a dignidade humana e deixando-se de lado o autoritarismo, a perversão e o direito de disposição mais ou menos limitado a respeito do futuro dos filhos.

Os avanços ou as adaptações percebidos, portanto, não podem ser olvidados ou relegados, sob pena de retrocesso. Mas certamente não podem também – e muito menos – tornarem-se instrumento nefasto às relações familiares sob o pretexto da penalização do pai que abandona, ocasionando – tal qual o tiro que sai pela culatra – a impossibilidade completa de restabelecimento destas relações [\[17\]](#).

Bons e maus pais, boas e más mães sempre houve. E continuarão a existir durante muito tempo, quiçá para sempre. Enquanto não se puder perceber que o afeto é a mola propulsora

da engrenagem familiar – e não o patrimônio ou os laços biologizados, apenas –, muitos outros casos de maus pais e más mães serão encontrados. Da mesma forma, enquanto não se puder perceber que o casal conjugal deve se dissociar do casal parental, as crianças continuarão servindo apenas de instrumento colocado à mercê dos interesses específicos de seus pais, tal qual receptáculos de suas frustrações ou de seus sonhos falidos.

De outro lado, a indenização por abandono afetivo, se bem utilizada, se configurada com parcimônia e bom senso, se não transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou da busca do lucro fácil^[18], poderá se converter num instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito de família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar inclusive um importante papel pedagógico no seio das relações familiares.

© Doutora e Livre Docente em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora Associada do Departamento de Direito Civil da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Diretora Nacional da Região Sudeste do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Ex Procuradora Federal. A autora contou com o precioso auxílio de pesquisa, para a composição deste estudo, do doutorando em Direito pela USP, Gustavo Ferraz de Campos Monaco.

5. Bibliografia

- BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **A família na travessia do milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BARROS, Fernando Otoni de. **Do direito ao pai: a paternidade no tribunal e na vida**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BRASIL. Comarca de Capão da Canoa, 2ª Vara, Processo 141/1030012032-0 (ação de indenização), Juiz Mario Romano Maggioni, sentença em 15.09.2003.
- BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7ª C. Cível. Apelação 408.550-5. Rel. Juiz Unias Silva, j. 01.04.2004.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 4ª C. Cível. Apelação 2004.001.13664. Rel. Des. Mario dos Santos Paulo, j. 08.09.2004.
- CASTRO, Lídia Rosalina Folgueira. **Disputa de guarda e visitas: no interesse dos pais ou dos filhos?** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.
- COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto; como e a quem indenizá-lo? **Revista Magister – Direito civil e processual civil**. Porto Alegre, n. 5, 2005, p. 58-75.
- GROENINGA, Giselle. Do interesse à criança ao melhor interesse da criança: contribuições da mediação interdisciplinar. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 62, 2001.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. **Família e cidadania: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai... **A família na travessia do milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Atribuição da guarda na desunião dos pais: reconstrução do instituto a partir da figura primária de referência. **Questões Controvertidas no novo Código Civil**, v. 3. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). São Paulo: Método, 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. **A família na travessia do milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REZENDE, Joubert R. Direito à visita ou poder-dever de visitar: o princípio da afetividade como orientação dignificante no direito de família humanizado. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, a. 6, n. 28, p. 150-160, 2005.

SERRANO CASTRO, Francisco de Assis. Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores. Punto de encuentro familiar. **Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar**. Madrid: Dykinson, 2002.

SHINE, Sidney. **A espada de Salomão. A psicologia e a disputa de guarda de filhos**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

[1] TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 91

[2] BARROS, Fernando Otoni de. **Do direito ao pai: a paternidade no tribunal e na vida**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 73 e seguintes.

[3] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 4ª C. Cível. Apelação 2004.001.13664. Rel. Dês. Mario dos Santos Paulo, j. 08.09.2004.

[4] BRASIL. Comarca de Capão da Canoa, 2ª Vara, Processo 141/1030012032-0 (ação de indenização), Juiz Mario Romano Maggioni, sentença em 15.09.2003.

[5] BRASIL. Comarca de Capão da Canoa, 2ª Vara, Processo 141/1030012032-0 (ação de indenização), Juiz Mario Romano Maggioni, sentença em 15.09.2003.

[6] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Atribuição da guarda na desunião dos pais: reconstrução do instituto a partir da figura primária de referência. **Questões Controvertidas no novo Código Civil**, v. 3. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). São Paulo: Método, 2005, p. 122-123.

[7] Maria Clara Sottomayor, *apud* MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Op. cit., p. 117-118.

[8] RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 94.

[9] A fixação da guarda compartilhada teria o condão de dificultar (senão mesmo o de impedir) o afastamento do cônjuge não-guardião. Com efeito, nas hipóteses de guarda compartilhada, ambos os genitores são detentores da guarda jurídica e um deles será o

detentor da guarda física. Todavia, o fato de se compartilhar a guarda jurídica implica em um compartilhamento das decisões atinentes à decisão dos filhos de todo salutar.

[10] Os exemplos estão em SERRANO CASTRO, Francisco de Assis. Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores. Punto de encuentro familiar. **Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar**. Madrid: Dykinson, 2002, p. 65-69.

[11] REZENDE, Joubert R. Direito à visita ou poder-dever de visitar: o princípio da afetividade como orientação dignificante no direito de família humanizado. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, a. 6, n. 28, p. 150-160, 2005, p. 155.

[12] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 249-276.

[13] TJMG, AC nº 408.550-5, 7ª Câmara Cível, publ. *DJMG* 29/4/2004.

[14] COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto; como e a quem indenizá-lo? **Revista Magister – Direito civil e processual civil**. Porto Alegre, n. 5, p. 58-75, 2005, p. 68.

[15] SERRANO CASTRO, Francisco de Assis. Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores. Punto de encuentro familiar. **Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar**. Madrid: Dykinson, 2002, p. 69.

[16] BARROS, Fernando Otoni de. **Do direito ao pai: a paternidade no tribunal e na vida**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 73 e seguintes.

[17] REZENDE, Joubert R. Direito à visita ou poder-dever de visitar: o princípio da afetividade como orientação dignificante no direito de família humanizado. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, a. 6, n. 28, p. 150-160, 2005, p. 159.

[18] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 4ª C. Cível. Apelação 2004.001.13664. Rel. Des. Mario dos Santos Paulo, j. 08.09.2004.

Disponível em: < <http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/direito-total/direito-civil/pressuposto-elementos-e-limites-do-dever-de-indenizar-por-abandono-afetivo/>>. Acesso em: 04 mai 2007.